



SELECCIÓN DE PROVIDENCIAS DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO 2017–2023



www.defensoria.gov.co

#NosUnenTusDerechos

SELECCIÓN DE PROVIDENCIAS DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO 2017-2023

• • •

2024

Defensoría del Pueblo



#NosUnenTusDerechos



#NosUnenTusDerechos

© Defensoría del Pueblo

© Consejo de Estado

Obra de distribución gratuita.

El presente texto se puede reproducir, fotocopiar o replicar, total o parcialmente, citando la fuente.

Colombia. Defensoría del Pueblo y Consejo de Estado. Selección de providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado 2017-2023.

Páginas: 1464

Bogotá, D. C., 2023

Defensoría del Pueblo

<https://www.defensoria.gov.co/>

Consejo de Estado

<https://www.consejodeestado.gov.co>

...

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Carlos Camargo Assis

Defensor del Pueblo

Luis Andrés Fajardo Arturo

Vicedefensor del Pueblo

Nelson Felipe Vives Calle

Secretario Privado

Óscar Julián Valencia Loaiza

Secretario General

CONSEJO DE ESTADO

Milton Chaves García

Presidente del Consejo de Estado 2024

Jaime Enrique Rodríguez Navas

Presidente del Consejo de Estado 2023

Gabriel Valbuena Hernández

Presidente de la Sección Segunda 2023

Juan Enrique Bedoya Escobar

Jorge Iván Duque Gutiérrez

César Palomino Cortés

Jorge Edison Portocarrero Banguera

Rafael Francisco Suárez Vargas

Exmagistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez

Exmagistrado William Hernández Gómez

Exmagistrado Carmelo Perdomo Cuéter

Sección Segunda del Consejo de Estado

Diana Lucía Sánchez Serna

Secretaria General del Consejo

de Estado

MYRIAM CECILIA VIRACHACÁ SANDOVAL

Secretaria de la Sección Segunda

...

Ana María Charry Gaitán

Ana Milena Chinome Lesmes

Ana Paulina Restrepo Bernal

Angelica María Hernández Gutiérrez

Armin Josef Sattler González

Aurelio Enrique Rodríguez Guzmán

Camilo Andrés Blanco López

Carol Melissa Chinchilla Imbett

Carolina Gómez Gómez

Catalina Uprimny Salazar

César Augusto Barragán Tabares

César Augusto Duarte Acosta

Claudia María Marcela Jiménez S

Daniel Castrillón Arango

Deissy Mayerly Dueñas González

Diana Marcela Arenas Pedraza

Diomar Camacho Montes

Dora Elsy Carvajal Correa

Edgardo de la Ossa Monterrosa

Eduardo José Amaya Lacouture

Elizabeth Becerra Cornejo

Elizabeth Beltrán Acosta

Fabián Enrique Salazar Cárdenas

Francisco Javier Vides Redondo

Gabriel Ramón Jaimes Durán

Germán Rodolfo Acevedo Ramírez

Gina María Sáenz Muñoz

Gloria Luisa Castilla Roa

Graciela Tangarife Betancourt

Guillermo Poveda Perdomo

Hernán Darío Guzmán Morales

Herney de Jesús Ortiz Moncada

Jaime de Jesús Burgos Martínez

Jaime Henry Ramírez Moreno

Jairo Ignacio Lozano Castaño

Janneth Pedraza García

Jhon James Montoya Castro

Jonh Harbey Pinzón Navarrete

José Joaquín Cely Páez

Juan Camilo Morales Trujillo

Juan Carlos Hermosa Rojas
Julián Andrés Romero de la Ossa
Juliana Mosquera Correal
Julio César Escorcia Chávez
Laura María Monroy Ochoa
Liz Carolina López Pedreros
Manuel Ricardo Laverde Enciso
María Antonieta Rey Gualdrón
María Aurora Mejía Novoa
María Eugenia Carreño Gómez
Mariano Ezequiel Barros Rivadeneira
Marino León Tadeo Henao Ospina
Martha Yaneth González Rodríguez
Miguel Ángel Cárdenas González
Myriam Paola Acevedo Rey
Nelson Enrique Pinedo Celis
Néstor Raúl Sánchez Baptista
Nini Johanna Castro Cortés
Nohora Leonor Losada Cajiao
Nydia Cristina Cerinza Leal
Orlando Efrén Cuervo Pinzón
Patricia Afanador Armenta
Paula Andrea Gil Aguirre
Paulina Hincapié González
Roberto Salgado Zamudio
Sandra Liliana Vanegas Ángel
Sandra Marcela Gómez Osorio
Sergio Escobar Vélez
Sonia Esther Jaimes Valencia
Víctor Hugo Aguirre Ceballos
William Moreno Moreno
Yebrail Andrés Haddad Linero
Yenny Marisella Soledad Guerrero
Zoe Isaza Restrepo
**Magistrados auxiliares de la Sección
Segunda**

Pedro Javier Barrera Varela
Camilo Augusto Bayona Espejo
Gloria Cristina Olmos Leguizamón
Antonio José Sánchez David
Juan Alejandro Suárez Salamanca
**Relatoría del Consejo de Estado – Sec-
ción Segunda**

Rodrigo Eduardo Meléndez Camargo
Enlace de la Sección Segunda

...

COORDINACIÓN Y EDICIÓN GENERAL:

Gissela Arias González
**Directora Nacional de Promoción y
Divulgación de los Derechos Humanos
Secretaría Técnica del Comité Editorial**

EVML
Diseño y diagramación

EVML
Diseño de portada

Sonia Villalba
Corrección de estilo

Fotografías
**Banco de fotos de la Defensoría del
Pueblo**

Impresión
Impreso en Colombia

...

Este documento debe citarse así: Consejo de Estado y Defensoría del Pueblo de Colombia. [2023]. Selección de providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado 2017-2023.

Esta publicación fue posible gracias al apoyo de Nombre de Entidad(es). Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de sus autores y no representan necesariamente los puntos de vista de Nombre de la Entidad Cooperante o Aliada.

SELECCIÓN DE PROVIDENCIAS DE LA SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO 2017-2023

• • •

2024

Defensoría del Pueblo

CONTENIDO

SIGLAS Y ABREVIATURAS	12
PRESENTACIÓN	19
PRÓLOGO.....	20
INTRODUCCIÓN	24
1. ASUNTOS CONSTITUCIONALES PROFERIDOS POR LA SECCIÓN SEGUNDA.....	26
1.1 Derecho a la vivienda	27
1.2 Protección del medio ambiente y la fauna	30
1.3 Derecho a la estabilidad familiar	31
1.4 Derecho a la salud	32
1.5 Derecho al debido proceso administrativo.....	44
1.6 Derecho a la vida y la integridad personal	46
1.7 Protección de los trabajadores.....	47
1.8 Concurso de méritos, acceso a cargos públicos y estabilidad laboral reforzada de empleado que ocupa cargo en provisionalidad	57
1.9 Derechos de los niños. Interés superior del menor	82
1.10 Derecho a la educación	85
1.11 Protección de los pueblos indígenas y grupos étnicos..	87
1.12 Derecho a la seguridad social en materia pensional ..	91
1.13 Sujetos de especial protección constitucional, personas en situación de discapacidad y debilidad manifiesta.....	95
1.14 Acreditación del estado civil.....	109
1.15 Enfoque diferencial y equidad de género	110
1.16 Paz, justicia y reparación.....	118
1.17 Pandemia por COVID-19	124
1.18 Acción de tutela contra trámite de tutela	133

1.19 Derecho de petición	134
1.20 Derecho a la protesta pacífica.....	140
1.21 Acción de tutela por participación en política del presidente de la República	143
1.22 Ejercicio de la abogacía	145
1.23 Acceso a la administración de justicia.....	152

2. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL .155

2.1 Defecto procedimental	156
2.2 Defecto sustantivo	180
2.3 Desconocimiento del precedente jurisprudencial.....	219
2.4 Defecto fáctico.....	243
2.5 Defecto orgánico	270

3. ASUNTOS DE SALA PLENA PROFERIDOS POR LA SECCIÓN SEGUNDA 273

3.1 Pérdida de investidura de congresistas	274
3.2 Falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que impliquen la destitución o inhabilidad general de derechos políticos a servidor público de elección popular	306
3.3 Sentencia de unificación. Características de la acción popular	311
3.4 Sentencia de unificación. Ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993	322
3.5 Sentencia de unificación. El régimen contractual de entidades de derecho público no determina el hecho generador de contribución en contratos de obra pública... 330	
3.6 Sentencia de unificación. Improcedencia de la revisión eventual de la acción de grupo cuando las pretensiones están dirigidas a la indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de empleados públicos.....	348
3.7 Sentencia de unificación. Facultad del juez de anular los contratos administrativos que considere causa de amenaza o violación de derechos colectivos en las acciones populares iniciadas antes de la expedición de la Ley	

1437 de 2011	358
3.8 Sentencia de unificación. Mecanismo de revisión eventual de acciones populares sobre el concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.	361
3.9 Sentencia de unificación. Procedencia de los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad	365
3.10 Procedencia del recurso extraordinario de revisión de las decisiones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación contra servidores públicos de elección popular	382
3.11 Facultad del juez popular para dejar sin efectos actos administrativos de naturaleza privada	388
4. ASIGNACIONES Y PENSIONES	392
4.1 Pensión de jubilación	393
4.2 Pensión gracia	522
4.3 Asignación de retiro.....	554
4.4 Pensión de invalidez.....	558
4.5 Reconocimiento post mortem.....	565
4.6 Pensión de sobrevivientes	567
4.7 Sustitución pensional.....	585
5. VINCULACIÓN LABORAL	609
5.1 Carrera administrativa.....	610
5.2 Empleos de periodo	639
6. RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE.....	641
7. REINTEGRO	674
8. RETIRO DEL SERVICIO	680
9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.....	728
10. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONES SOCIALES	953

11. DERECHO LABORAL COLECTIVO	1029
12. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS	1039
13. OTROS ASUNTOS LABORALES.....	1052
14. DECISIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, CONVENCIONALIDAD Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES.. 1063	
15. DEMANDAS DE NULIDAD Y SOLICITUDES DE SUSPENSIÓN DE NORMAS	1100
16. AUTOS DE UNIFICACIÓN.....	1333
17. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	1339
18. ACCIÓN EJECUTIVA.....	1433
19. ASUNTOS PROCESALES.....	1436

SIGLAS Y ABREVIATURAS

A

AFP: Administradoras de Fondos de Pensiones

AIS: Agro Ingreso Seguro

ANH: Agencia Nacional de Hidrocarburos

ANTV: Autoridad Nacional de Televisión

ASESS: Asociación Sindical de Empleados de la Superintendencia de Sociedades

ASOMMEC: Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante Colombiana

C

C. Cons.: Corte Constitucional

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CAJANAL: Caja Nacional de Previsión Social

CAR: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca

CASUR: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

CAXDAC: Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles “ACDAC”

CC: Código Civil

CCA: Código Contencioso Administrativo

CDPD: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

CDU: Código Disciplinario Único

CE: Consejo de Estado

CGP: Código General del Proceso

CGR: Contraloría General de la Nación

CIARP: Comité Interno de Asignación y Reconocimiento de Puntaje – Universidad Distrital Francisco José de Caldas

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CN: Constitución Nacional

CNE: Consejo Nacional Electoral

CNSC: Comisión Nacional del Servicio Civil

CNTV: Consejo Nacional de Televisión

COLPENSIONES: Administradora Colombiana de Pensiones

CORMAGDALENA: Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

CPP: Código de Procedimiento Penal

CPTSS: Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

CRAET: Comité de Recepción, Atención, Evaluación y Trámite de Quejas e Informes en la Policía Nacional

CREMIL: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

CSJ: Corte Suprema de Justicia

CST: Código Sustantivo del Trabajo

D

DAFP: Departamento Administrativo de la Función Pública

DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística

DAS: Departamento Administrativo de Seguridad

DEAJ: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

DIAN: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia

DIMAR: Dirección General Marítima

DNP: Departamento Nacional de Planeación

E

EAAB: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB-ESP.

ECOPETROL: Empresa Colombiana de Petróleos S.A.

EMCALI: Empresas Municipales de Cali

EPS: Entidades Promotoras de Salud

ESAP: Escuela Superior de Administración Pública

ESE CAMU: Empresa Social del Estado – Centros de Atención Médica de Urgencias

ESE: Empresa Social del Estado

ESP: Empresa de Servicios Públicos

F

FEDECAFE: Federación Nacional de Cafeteros

FIDUPREVISORA S.A.: Fiduciaria La Previsora S.A.

FNA: Fondo Nacional del Ahorro

FNPSM: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

FOMAG: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

FONCOLPUERTOS: Fondo de Pasivos de la Empresa Puertos de Colombia

FONVIVIENDA: Fondo Nacional de Vivienda

FOSYGA: Fondo de Seguridad y Garantía

I

IBL: Ingreso Base de Liquidación

ICA: Instituto Colombiano Agropecuario

ICBF: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

ICETEX: Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior

ICFES: Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación

IDU: Instituto de Desarrollo Urbano

INCODER: Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

INEM: Instituto Nacional de Educación Media

INMLCF: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

INVÍAS: Instituto Nacional de Vías

IPC: Índice de Precios al Consumidor

IPS: Institución Prestadora de Servicios de Salud

ISS: Instituto de Seguros Sociales

J

JEP: Jurisdicción Especial para la Paz

L

LGTB: Lesbianas, gays, bisexuales y trans (transgénero, transexuales y travestis).

LGTBI: Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales

M

MinDefensa: Ministerio de Defensa Nacional

MinEducación: Ministerio de Educación Nacional

MinSalud: Ministerio de Salud y Protección Social

MP: Magistrado Ponente

O

OBP: Oficina de Bonos Pensionales – Ministerio de Hacienda y Crédito Público

OCCRE: Oficina de Control, Circulación y Residencia – Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMS: Organización Mundial de la Salud

P

PGN: Procuraduría General de la Nación

PISIS: Plataforma de Intercambio de Información del Sistema Integral de Información de la Protección Social [SISPRO]

R

RAIS: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

RPMPD: Régimen de Prima Media con Prestación Definida

S

SENA: Servicio Nacional de Aprendizaje

SGSSP: Sistema General de Seguridad Social en Pensiones

SINTRANORE: Sindicato Nacional de Trabajadores de Notariado y Registro

SINTRATELEFONOS: Sindicato de Trabajadores de la ETB

SIUNEDIAN – FINANZAS PÚBLICAS: Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la Dian y Finanzas Públicas

SMLMV: Salario Mínimo Legal Mensual Vigente

SSPD: Superintendencia de Servicios Públicos

U

UAE AERONÁUTICA CIVIL: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

UAEMC: Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

UAESP: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos

UARIV: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

UDFJC: Universidad Distrital Francisco José de Caldas

UGPP: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

UIAF: Unidad de Información y Análisis Financiero

UIS: Universidad Industrial de Santander

UNIMAR: Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial

PRESENTACIÓN

La Sección Segunda del Consejo de Estado entrega a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general un juicioso trabajo editorial que compila los extractos de las más importantes decisiones proferidas en su seno. Estas decisiones no solo abordan la resolución de litigios originados en el marco de las relaciones laborales trabadas por la administración, sino que también se centran en el ejercicio de sus funciones como juez constitucional garante de los derechos fundamentales. Además, con el loable propósito de ofrecer una visión integral del quehacer de sus miembros, trae a la memoria del lector un acopio resumido de providencias de la Sala Plena de la Corporación, que fueron sustanciadas por aquellos, entre las que merecen especial atención las sentencias de unificación de jurisprudencia.

De esta manera, la Sección Segunda se suma a la extensa tradición de difusión jurisprudencial que ha observado el Consejo de Estado a lo largo de su vida institucional, con recursos que se adaptan progresivamente a las nuevas tecnologías para facilitar la consulta especializada. En esta línea, los autores no se limitaron a proporcionar extractos en los que los estudiosos pueden encontrar respuestas a problemas jurídicos determinados. Conscientes del interés que concita cada una de esas providencias resumidas, adicionaron, entonces, un código QR que facilita el acceso al cuerpo íntegro de la providencia fuente del extracto respectivo.

Felicitó al presidente de la Sección Segunda, a todos sus magistrados y al equipo de servidores que aunaron esfuerzos para llevar a cabo esta encomiable empresa editorial. También agradezco, en nombre de la Corporación que represento, la armónica colaboración de la Defensoría del Pueblo, aliada estratégica de los trabajos de difusión de nuestra jurisprudencia como medio de altísimo valor en la defensa de los derechos de nuestros connacionales. Con gran complacencia, pongo en manos de la comunidad jurídica esta publicación de obligada consulta, que podrá ser obtenida de forma impresa y en versión digital en los repositorios respectivos de las páginas web del Consejo de Estado y de la Defensoría del Pueblo.

Jaime Enrique Rodríguez Navas
Presidente 2023
Consejo de Estado

PRÓLOGO

Durante buena parte del siglo XX, nuestra colegiatura adelantó una ambiciosa tarea de divulgación y difusión de los frutos más selectos de su producción jurisdiccional y consultiva a través de los “Anales del Consejo de Estado”, cuya andadura empezó en el año 1915 bajo la acertada dirección de Gonzalo Benavides Moreno, siendo presidente del Consejo de Estado don Jorge Holguín. Las providencias y conceptos recopilados en sus 175 volúmenes contribuyeron significativamente al derecho administrativo nacional y a la creación de un cuerpo doctrinal robusto y coherente, orientado fundamentalmente a la defensa de nuestras instituciones políticas y administrativas, a la protección y efectividad de los derechos fundamentales, a la contención de los abusos y desbordamientos del poder y a la defensa del interés público.

A pesar de las bondades y los méritos indiscutibles que propios y extraños le reconocen a esa publicación, no podemos soslayar que el acceso real y efectivo a dichos textos llegó a convertirse en una verdadera hazaña no exenta de vicisitudes y dificultades, pues su tiraje, por razón de costos, siempre fue demasiado reducido y su circulación en extremo limitada, lo cual impidió la posibilidad de consultar ese compendio de jurisprudencias en los rincones más apartados de nuestra agreste geografía nacional.

En este ligero, incompleto y desordenado recuento, no sería justo dejar de evocar el “Diccionario Jurídico” publicado por las doctoras

María Elena Giraldo Gómez y Nubia González Cerón, relatoras del Consejo de Estado. En sus

páginas se resumieron y condensaron muchas de las decisiones más relevantes y significativas de nuestra corporación, cubriendo un largo periodo de 23 años de evolución jurisprudencial (1958-1981). Desafortunadamente, ese gran esfuerzo habría de culminar cuando sus autoras se desvincularon de este cuerpo colegiado.

En 1988, durante la presidencia de la doctora Dolly Pedraza de Arenas en nuestra corporación, se inició un ambicioso y visionario proceso de sistematización de la jurisprudencia del Consejo de Estado. El objetivo era reconstruir la memoria institucional que terminó convertida en cenizas con ocasión del luctuoso episodio de la toma del Palacio de Justicia. La tarea fue ardua y engorrosa, pues buena parte de los tomos de jurisprudencia, que por su peso y volumen habían sido depositados en los sótanos del desaparecido Palacio de Justicia, construido a finales de los años sesenta, se perdieron o quedaron ilegibles a raíz de la conflagración.

Gracias a la ayuda invaluable de los servidores del Consejo de Estado, al generoso aporte de algunas universidades de la capital y al entusiasmo de un selecto grupo de judicantes, se emprendió la tarea de recopilación de las providencias en medios magnéticos, lo cual hizo posible el rescate de algunas decisiones emblemáticas que fueron el fruto de las juiciosas y razonadas intervenciones de aquellos magistrados que en el pretérito le dieron gloria y lustre a este cuerpo de juzgamiento plural.

Simultáneamente, se escanearon o transcribieron en forma manual más de 10.000 sentencias

dictadas por el Consejo de Estado entre los años 1984 y 1998. Esta tarea incluyó la digitalización propiamente dicha, la corrección, desglose e identificación de los elementos consultables.

El propósito cardinal de esa iniciativa apuntaba a la edición de un CD-ROM que no solo sirviera como moderno instrumento de consulta, sino que también registrara la evolución de la jurisprudencia de la corporación a lo largo de los años. Como resultado, se conformó un banco de jurisprudencias y conceptos que no ha parado de crecer, al cual se puede acceder por internet.

Así, quedó atrás el vetusto sistema de registro de la información jurisprudencial en fichas de cartulina, que durante años se manejó en la relatoría y en las secretarías de nuestra corporación. En estas fichas se anotaban manualmente los descriptores y demás tópicos centrales de cada providencia, lo cual facilitaba la búsqueda de las decisiones por temas, despachos, magistrados, etcétera. Ese viejo sistema dio paso, con bastantes resistencias, a la búsqueda de la información de datos con la ayuda de los computadores, optimizando y haciendo mucho más rápida y eficiente esa labor.

Desde entonces, el Consejo de Estado ha venido divulgando sus providencias a través de CD, memorias USB y del potente motor de búsqueda disponible en la página web institucional. Actualmente, esta tarea se complementa con el Boletín Mensual de Jurisprudencia, que en octubre completó 271 entregas y más de 40.000 suscriptores. Ese medio de divulgación registra, además, cerca de 60.000 visitas por año, según el reporte del CETIC.

Aprovechando las bondades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, la Oficina de Prensa de esta alta Corte desempeña una importante labor de difusión a través de las distintas redes sociales. Además, en cumplimiento de la política de lenguaje claro, publica regularmente infogramas y podcasts dirigidos a los ciudadanos para facilitar el adecuado entendimiento de las decisiones que se adoptan.

Siguiendo el hilo de estos comentarios, es pertinente mencionar que hace seis años, al celebrarse el bicentenario de la fundación del Consejo de Estado, nuestra corporación publicó en siete tomos una antología con algunas de las jurisprudencias y conceptos más relevantes emitidos por esta colegiatura en el periodo 1817-2017. La versión digital de esta antología se encuentra disponible de manera gratuita en la página web del Consejo de Estado.

Por último, se impone hacer una breve referencia al libro titulado “Sentencias de unificación de contenido laboral, Sala Plena y Sección Segunda del Consejo de Estado - Recolección jurisprudencial de trascendencia”, de reciente aparición. Esta obra, de elaboración colectiva promovida por el doctor William Hernández Gómez, quien fue presidente y magistrado de esta sección, impulsó con gran entusiasmo la expedición de sentencias y autos de unificación que han contribuido a la seguridad jurídica y a imprimir una mayor celeridad en la evacuación de los asuntos jurisdiccionales que en ellas se abordan. En sus páginas se emplea un moderno formato y se hace una llamativa presenta-

ción de esas providencias y de otras decisiones ordinarias y constitucionales que tienen alguna trascendencia jurídica, social o económica. Además, incluye interesantes ensayos que contextualizan los temas tratados y dan a conocer las razones explicativas y justificativas que motivaron su expedición.

La publicación que hoy presentamos a la comunidad jurídica abarca el periodo comprendido entre los años 2017 y 2023 y contiene varias de las decisiones adoptadas por la Sección Segunda. Estas se relacionan con los aspectos más sensibles en el campo administrativo laboral, como las pensiones y asignaciones de retiro, la carrera administrativa, las relaciones legales encubiertas o subyacentes, el régimen disciplinario, el régimen salarial y prestacional, el régimen docente y de las fuerzas armadas, las situaciones administrativas y una multiplicidad de temas variopintos que, sin lugar a dudas, van a ser de interés y utilidad para los lectores.

Este trabajo editorial tiene la particularidad de señalar en forma abreviada las tesis centrales de cada decisión y contiene, al pie de cada extracto, un código QR que permite acceder al texto completo de la providencia, haciendo de esta publicación un texto muy útil y de obligada consulta.

Debo resaltar que esta publicación sale a la luz gracias al respaldo brindado por los doctores Carlos Camargo Assis, Defensor del Pueblo, y Luis Andrés Fajardo Arturo, su segundo a bordo. Ellos, de manera generosa y en el marco de la colaboración armónica que debe reinar entre las entidades del Estado, quisieron sumarse a

esta iniciativa de dar a conocer los pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el entendido de que en muchas de las reyerías jurídicas que se dirimen en nuestra sección están involucrados no solo los derechos fundamentales de los servidores públicos y sus familias, sino la suerte misma del Estado “social” de derecho.

En ese contexto, vale la pena destacar el gran esfuerzo de armonizar el derecho administrativo laboral de nuestro país con los estándares internacionales adoptados por la Organización de Naciones Unidas, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Organización Internacional del Trabajo. Esto trae vientos frescos de renovación y esperanza a ciertos sectores de la población que, por razones de género, preferencia sexual, origen étnico o condición social, eran víctimas de la exclusión y la discriminación.

Este testimonio de reconocimiento va también para todos los magistrados auxiliares de la Sección Segunda, los que son y los que fueron, quienes día tras día y de manera silenciosa han puesto su alma y su rico acervo de conocimientos al servicio de la justicia. La jurisprudencia plasmada en estos tomos es ante todo el fruto de su abnegada labor y de la de quienes en forma callada y anónima, en cargos de menor jerarquía, aportan su grano de arena en la construcción de las decisiones, inspirados en la justicia y en los demás principios que sirven de sustento y de norte a nuestro ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, quiero agradecer de manera cálida y afectuosa a los relatores de la Sección Segunda del Consejo de Estado, doctores Gloria Cristina Olmos Leguizamón, Antonio

José Sánchez David, Pedro Javier Barrera Varela, Juan Alejandro Suárez Salamanca y Camilo Augusto Bayona Espejo, por la juiciosa y muy acertada selección de las providencias cuyos extractos se publican en estas páginas. Por último, al doctor Rodrigo Meléndez Camargo, abogado sustanciador del despacho a mi cargo, le agradezco por el empeño y la dedicación que puso en la clasificación temática de las decisiones y la incorporación de los códigos QR que permiten acceder al texto completo de las providencias.

Los consejeros de Estado que formamos parte de esta Sección esperamos que lo escrito en estas páginas concite el interés de la comunidad en general y contribuya de algún modo al avance del derecho administrativo laboral y a la reivindicación de los derechos de los servidores del Estado.

Gabriel Valbuena Hernández
Presidente de la Sección Segunda 2023
del Consejo de Estado

INTRODUCCIÓN

El Consejo de Estado, como máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conoce de las acciones judiciales iniciadas entre las personas y las entidades estatales o solo entre estas.

En la presente publicación se incluyen varias fichas jurisprudenciales que corresponden a las diferentes providencias dictadas por los despachos de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Estas fichas contienen los datos de identificación y un enlace de descarga para acceder a la respectiva providencia, así como un código QR que facilita dicho acceso. En caso de no ser posible acceder a través de estos mecanismos, invitamos al lector a ingresar a la página de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del Consejo de Estado –SAMAI– (<https://samai.azurewebsites.net>) y, junto con el número de radicado, podrá obtener la información solicitada.

Es necesario precisar que las fichas jurisprudenciales son el resultado del proceso de titulación, conformado por las fases de análisis, indización y extracción de tesis. Este proceso se materializa mediante la identificación del problema jurídico planteado en la providencia y la tesis que resuelve ese interrogante. A partir de ello, se elabora el extracto jurisprudencial correspondiente, utilizando descriptores previamente elaborados que atienden a las instituciones jurídicas tratadas.

ASUNTOS CONSTITUCIONALES PROFERIDOS POR LA SECCIÓN SEGUNDA

Derecho a la vivienda

27

Amparo del derecho al debido proceso administrativo y a la vivienda digna de la madre cabeza de familia y sus hijos menores de edad, orden de expedición de cronograma e información sobre los requisitos faltantes para la entrega del subsidio de vivienda asignado.

RADICADO: 23001-23-33-000-2015-00424-01[AC]

FECHA: 10/03/2016

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Diana Patricia Gómez Yáñez

DEMANDADO: Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial y Fonvivienda

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y Fonvivienda vulneraron los derechos a la igualdad y a la vivienda digna al negar que se otorgara el subsidio de vivienda a una madre cabeza de familia y a sus hijos menores de edad?

Tesis: “[O]bserva esta Sala de Subsección que no se garantizó el debido proceso administrativo a la accionante en la reclamación del subsidio familiar de vivienda, pues aparte de que se impone término de seis meses para su utilización, no se definió el desembolso del dinero correspondiente al subsidio, tampoco se verificó el cumplimiento en el adelanto de las obras ni el siniestro del proyecto, de tal manera que dicha limitación en el tiempo y las respuestas evasivas de la administración, particularmente de la Gobernación de Córdoba y del mismo Ministerio de Vivienda, son obstáculos para que

la accionante pueda materializar su derecho, conducta que se considera vulneradora del debido proceso administrativo. En este orden de ideas, se ordenará a la Gobernación de Córdoba, que fije un cronograma con fechas exactas, en el cual informe a la accionante los requisitos faltantes que debe cumplir y el estado del trámite adelantado para la entrega del subsidio que le ha sido asignado, así como la precisión de la solución a su necesidad de vivienda digna, en el mismo proyecto o en otro que ella voluntariamente acepte, según las posibilidades que los entes oficiales le puedan ofrecer, y el respectivo desembolso de los dineros mediante los mecanismos que concertadamente las autoridades involucradas en tema definan dentro de los plazos concedidos. Dicho cronograma no podrá superar el término de tres -3- meses a partir de su expedición”.

RADICADO: 25000-23-36-000-2017-01693-01 (AC)

FECHA: 13/12/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Marysela Sierra Rojas y otros

DEMANDADO: Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se han quebrantado las garantías de linaje constitucional fundamental invocadas por la tutelante, pues las autoridades accionadas no le han dado respuesta a las peticiones que ha formulado, ni le han entregado la ayuda humanitaria, subsidio de vivienda, ni adjudicado una vivienda definitiva, así como tampoco ha sido inscrita en el programa de alojamiento transitorio, a lo que dice tener derecho en su condición de ciudadana en situación de desplazamiento forzado?

Tesis: “[N]o obstante que la tutelante hace parte de la población desplazada del país, es claro que si no se postuló oportunamente al subsidio familiar de vivienda dirigido a ese grupo poblacional durante los años 2004 y 2007, como lo informó Fonvivienda en su contestación, no puede exigir de la administración la asignación inmediata de la ayuda estatal, pues ello implicaría no solo desconocer los procedimientos impuestos por el legislador para su estudio, trámite y entrega, sino el derecho constitucional fundamental a la igualdad de aquellas personas y familias que se inscribieron a tales convocatorias (...), cumplieron los requisitos, obtuvieron calificación y se encuentran a la espera de la asignación del subsidio de vivienda. (...). Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la accionante actualmente cuenta con la posibilidad de postularse a los denominados Subsidio Familiar

100% de Vivienda en Especie (SFVE) o Programa de Vivienda Gratuita [...] previstos en la Ley 1537 de 2012, desde luego, previo cumplimiento de todos los requisitos previstos para ese fin y en igualdad de condiciones con aquellas familias que acudan a la administración en busca de las mismas posibilidades de adquirir vivienda. Asimismo, se observa que la actora formuló una solicitud el 9 de agosto de 2016 ante el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, encaminada a obtener información en torno a qué documentos y requisitos debe reunir para ser beneficiaria del programa de vivienda digna urbana y enviar la información pertinente a la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas; sobre cuándo abren las convocatorias para postulación y asignación de subsidios de vivienda para personas desplazadas, (...) y la vinculación al programa de alojamiento temporal, (...), frente a la cual, como bien lo indicó el a quo, la autoridad no ha brindado respuesta precisa y congruente, motivo por el cual, se confirmará en ese sentido el fallo impugnado, que amparó el derecho constitucional fundamental de petición invocado. (...). En ese orden de ideas, y en atención al principio de oficiosidad del juez de tutela y a la obligación de que este adopte una interpretación extensiva del escrito inicial, y en aras de garantizar el derecho constitucional fundamental

de petición, se amparará y se ordenará a la señora directora general de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esa sentencia dé respuesta de fondo, clara, precisa y congruente a dicha solicitud. (...) la Sala confirmará la sentencia de primera instancia (...) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (...), que accedió parcialmente al amparo deprecado, y la adicionará en el sentido de ordenar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esa providencia la señora directora general de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas dé respuesta de fondo, clara, precisa y congruente a la petición (...), formulada por la actora”.

Protección del medio ambiente y la fauna

Se ampara el derecho al debido proceso administrativo y el libre desarrollo de la personalidad.

RADICADO: 76001-23-33-000-2016-01375-01[AC]

FECHA: 10/11/2016

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Nelly Amparo Ruiz Cárdenas

DEMANDADO: Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC)

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) vulneró el derecho al debido proceso administrativo de la actora al incautarle el ave, sin adelantar previamente un procedimiento administrativo en el que se investigara el presunto incumplimiento de las obligaciones inherentes a la custodia y tenencia de un espécimen de la fauna silvestre?

Tesis: “[A]dvierte esta Sala que revocarle a la [actora] de manera directa y sin contar con su consentimiento previo el permiso de custodia y tenencia que le fue concedido desde hace aproximadamente 8 años, constituye un ostensible desconocimiento del principio de confianza legítima y vulnera a la accionante sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y al libre desarrollo de la personalidad, pues a pesar de que ella adelantó de manera adecuada los trámites necesarios ante la autoridad ambiental competente para mantener la tenencia y custodia de la lora, la autoridad ambiental, en una clara vía de hecho, la está reteniendo sin que se vislumbre siquiera que la accionante la está sometiendo a condiciones sanitarias inadecuadas o a actos de maltrato. En esos términos, esta vulneración del debido proceso y defraudación de la confianza legítima depositada por la accionante en el acto de la administración que la autoriza a la tenencia de la Lora, afecta también el libre desarrollo de su personalidad pues, ilegítimamente le impide escoger con libertad las circunstancias que dan sentido a su existencia, como lo es, por ejemplo, elegir como compañía a dicho animal, con el cual, debido al paso prolongado del tiempo, se han establecido lazos de cariño en grado igual o incluso superior a los que se consolidan con los integrantes de su núcleo familiar, (...). [S]e revocará la decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó la protección reclamada por la [actora], para en su lugar amparar sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, se ordenará a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (...), le entregue a la [actora] la Lora ROBERTA de Frente Amarilla y le indique de manera detallada sobre las obligaciones que implica el permiso de tenencia y custodia que le fue otorgado desde el año 2008”.

cuadas o a actos de maltrato. En esos términos, esta vulneración del debido proceso y defraudación de la confianza legítima depositada por la accionante en el acto de la administración que la autoriza a la tenencia de la Lora, afecta también el libre desarrollo de su personalidad pues, ilegítimamente le impide escoger con libertad las circunstancias que dan sentido a su existencia, como lo es, por ejemplo, elegir como compañía a dicho animal, con el cual, debido al paso prolongado del tiempo, se han establecido lazos de cariño en grado igual o incluso superior a los que se consolidan con los integrantes de su núcleo familiar, (...). [S]e revocará la decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó la protección reclamada por la [actora], para en su lugar amparar sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, se ordenará a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (...), le entregue a la [actora] la Lora ROBERTA de Frente Amarilla y le indique de manera detallada sobre las obligaciones que implica el permiso de tenencia y custodia que le fue otorgado desde el año 2008”.

Derecho a la estabilidad familiar

31

Para que sea procedente la acción de tutela, en el caso del traslado de un servidor público, se debe acreditar la afectación real de los derechos fundamentales.

RADICADO: 44001-23-33-000-2016-00146-01[AC]

FECHA: 17/11/2016

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Jesús Enrique Escalante Salazar

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación - Dirección Seccional de Fiscalías de La Guajira

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se configura la vulneración de los derechos fundamentales del actor con la actuación administrativa que lo trasladó de la Unidad de Riohacha a Maicao?

Tesis: “[A]unque se acreditó en el proceso de tutela que la esposa del accionante, la señora [M.C.G.L.], padece una enfermedad (...) no se demostró que de trasladarse a la ciudad de Maicao su situación médica pueda empeorar, que no existan los servicios asistenciales adecuados para tratar su padecimiento, ni se probó que la cónyuge del accionante presenta algún impedimento para valerse por sí misma, o que requiera de acompañamiento permanente debido a su estado de salud. Asimismo, en el escrito de tutela tampoco se acreditó que exista una situación

que conlleve a la afectación de los derechos fundamentales del núcleo familiar del accionante, pues este se limitó a allegar parte de la historia clínica de su esposa y unos certificados escolares de su hijo de 10 años, sin que de alguno de dichos documentos se pueda inferir que el traslado del actor conlleva a la ruptura de la unidad familiar. (...) Cuando se pretende alegar la ruptura de la unidad familiar en casos de traslado, el accionante debe acreditar en el trámite de tutela, que la reubicación territorial de la cual fue objeto a través de la figura del traslado generó una afectación de las circunstancias reales familiares, o si existe alguna imposibilidad para que se lleve a cabo el desplazamiento de toda la familia al nuevo sitio de trabajo”.

Derecho a la salud

En caso de multifiliación al sistema de salud, se ordena de manera excepcional suspender la afiliación al subsistema de salud de las Fuerzas Militares a persona en situación de vulnerabilidad manifiesta y emitir certificación para que la EPS continúe prestando el servicio de salud.

RADICADO: 08001-23-33-000-2016-00038-01[AC]

FECHA: 07/12/2016

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jorge Alberto Caicedo Correa

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Dirección de Sanidad Militar - Coomeva EPS

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se debe determinar si el régimen legal vigente del subsistema de salud de las Fuerzas Militares permite suspender la afiliación y, de ser positiva la respuesta, se puede ordenar de manera excepcional que el accionante sea atendido por la EPS Coomeva?

Tesis: “[E]sta Sala de Subsección colige que dada la prevalencia de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y en atención a su situación de vulnerabilidad manifiesta, es viable que de manera excepcional se suspenda la afiliación del accionante al subsistema de salud de las

fuerzas militares. Respecto al problema de las cotizaciones a este régimen especial durante el tiempo que el accionante esté suspendido, esta Sala de Subsección ha llegado a la conclusión de que deben seguir llevándose a cabo, en virtud de los artículos 4 y 19 de la Ley 352 de 1997, en tanto el accionante tiene la calidad de cotizante obligatorio, por lo que se modificará la orden dada por el Tribunal Administrativo, pues el debate que acá se suscita es de derechos fundamentales y ese es un asunto entre las entidades, que debe dirimirse ante la jurisdicción contenciosa y a la luz de la normatividad aplicable”.

Amparo del derecho a la salud de una menor de edad, la garantía de gozar de un tratamiento integral y la asunción de los gastos asociados al mismo.

33

RADICADO: 81001-23-33-000-2016-00125-01(AC)

FECHA: 25/01/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Yorledis Cárdenas Peinado en representación de su hija menor de edad

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La decisión del Tribunal Administrativo de Arauca permite garantizar el derecho a la salud de la menor o sí, como lo afirma la impugnante, el a quo no concedió el amparo necesario, puesto que no se pronunció sobre el tratamiento integral solicitado en la acción de tutela, que permite atender de manera óptima a la niña?

Tesis: “[L]a menor [K.J.D.C.] ha sido diagnosticada con ‘ventrículo con doble entrada (...) retardo en desarrollo’, ‘paciente con cuadro convulsivo con retraso sicomotor con alteración de la movilidad con parálisis flácida (...) cuadriplejía no especificada’ (...) la Dirección General de Sanidad Militar autorizó la realización de un examen llamado electroencefalograma convencional en el Hospital Militar Central de Bogotá. De igual forma, obra en el expediente copia de la petición radicada por la madre de la menor el 10 de octubre de 2016, en la cual solicita transporte vía aérea ida y vuelta, para el cumplimiento de las citas médicas y exámenes que

mi hija requiera de cualquier tipo de especialista en cualquier parte del país, que sea remitida y durante el tiempo de duración del tratamiento. (...) la accionante manifestó que dichos gastos no podían ser cubiertos por sus propios medios por falta de recursos económicos. (...) En este caso no se observa ningún pronunciamiento de las entidades vinculadas, por lo cual la Sala tendrá por probada la incapacidad económica de la accionante para cubrir los gastos que se deriven de la toma del examen de la menor en el lugar al que fue remitida (...) Por lo anterior, confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca que ordenó a la Dirección de Sanidad Militar del Ejército y al Establecimiento de Sanidad Militar, entregar a la madre de la menor el valor de los gastos de transporte aéreo, urbano, albergue y alimentación para la paciente y un acompañante para la toma del examen autorizado y de la misma manera, cuando en futuras oportunidades sea remitida a otra ciudad por parte del médico tratante”.

Amparo de los derechos a la salud y la seguridad social, la prestación del servicio médico y a la convocatoria de la junta médico-laboral con la finalidad del restablecimiento de la salud de un miembro del Ejército Nacional.

RADICADO: 18001-23-33-000-2016-00243-01(AC)

FECHA: 07/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Johnatan Chávez Hurtado

DEMANDADO: Directores de Sanidad y del Dispensario Médico de Florencia (Caquetá) del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate n.º 12 de la Décimo Segunda Brigada del Ejército Nacional

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: Determinar el eventual quebranto de derechos de linaje constitucional fundamental que pueda comportar la negativa de las autoridades accionadas de (i) prestar al actor atención médica a través del sistema de salud de las fuerzas militares, (ii) practicar el examen de retiro y (iii) convocar la junta médico-laboral de revisión militar para valorar sus condiciones actuales de salud.

Tesis: “Ahora bien, no puede desconocer la Sala que para las autoridades militares de reclutamiento es obligatorio realizar exámenes médicos de ingreso a la institución, y en el caso concreto del actor, fue reclutado en óptimas condiciones de salud, pues de lo contrario no hubiese sido incorporado a las filas, y fue afectado como consecuencia directa de sus actividades llevadas a cabo durante la prestación del servicio, circunstancia que no ha sido desmentida por las autoridades militares, por ello es deber del Estado suministrarle la atención médica que requiera, ya que como lo ha señalado la Corte Constitucional, frente a la prescripción constitucional de tomar las armas en de-

fensa de la seguridad y soberanía de la Nación, la administración tiene el deber correlativo de garantizar la salud e integridad física de los uniformados. (...) Así las cosas, se encuentra que el accionante requiere la prestación integral del servicio médico y que la conducta omisiva por parte de las autoridades médicas militares en su prestación resulta atentatoria de los derechos cuyo amparo se invoca a la luz de las disposiciones constitucionales y los diferentes criterios de la jurisprudencia constitucional mencionados en líneas anteriores, razón por la cual se confirmará el fallo de primera instancia. (...) De las normas transcritas, se colige que cuando algún miembro de la fuerza pública (activo o retirado) acredite o informe sobre la existencia de una patología o enfermedad que constituya disminución de sus condiciones de salud o afecte la prestación del servicio que desempeña, tendrá derecho a ser evaluado por la junta médico-laboral, la que a su vez tiene el deber correlativo de practicarla. (...) En el sub lite, la Sala advierte que la negativa de las autoridades demandadas de realizar la valoración a través de los organismos médico-laborales se soporta en

que «[...] ya ha pasado un término mucho más que prudencial para que el actor [se] hubiese realizado los trámites tendientes a definir su situación de sanidad [...]» y diligenciara la «[...] ficha para ser convocado a junta médica laboral [...]» (f. 60 vuelto). (...) No obstante lo anterior, y pese a que tales argumentos no se oponen a la normativa citada en líneas anteriores que regula dicho tema, sí resultan contrarios al contenido de los derechos constitucionales fundamentales del actor, pues, como ya se precisó, las enfermedades que al parecer padece actualmente fueron causadas durante la prestación del servicio militar, y a pesar de haber transcurrido más de 2 años, estas no han sido tratadas por los galenos de la institución castrense, circunstancia que pudo agravarlas y sin lugar a dudas deben ser valoradas a efectos de determinar si esas condiciones persisten o han empeorado. (...) Agrégase a ello, que sin perjuicio de que el tutelante no haya solicitado oportunamente el examen de retiro con el objeto de valorar su estado de salud al momento del desacuartelamiento, no justifica que la administración no lo haya practicado”.

Amparo del derecho a la salud, el tratamiento integral y el diagnóstico definitivo para determinar la condición de salud por pérdida auditiva de miembro retirado de la Policía Nacional.

RADICADO: 68001-23-33-000-2016-01294-01[AC]

FECHA: 09/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Enyember Alfredo Espinosa Guerrero

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional ha transgredido los derechos deprecados por el [accionante] al no brindarle los servicios médicos asistenciales que requiere con ocasión de las lesiones auditivas que padece por no estar vinculado a la institución policial y, asimismo, al negarse a realizarle la junta médico-laboral pretendida?

Tesis: “[E]stima la Sala que, tal y como lo ordenó el a quo, se debe reactivar el servicio de salud del accionante para que sea valorado por el especialista que corresponda con el fin de que verifique la verdadera condición de salud auditiva del actor, y consecuencia de ello, le preste el tratamiento integral de salud que

llegare a necesitar en los términos que lo determine el médico tratante. (...) [L]a Sala se abstendrá de emitir orden de amparo en relación con la realización de la junta médica laboral en favor del [actor], hoy pretendida, teniendo en cuenta que en este momento no se cuenta con los soportes necesarios para ello; al respecto, se aclara que no se está desestimando tal pretensión, sino que la misma será procedente o no de acuerdo con los resultados de las valoraciones médicas y demás a que tendrá que ser sometido el actor. De acuerdo con todo lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de 30 de noviembre de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Santander amparó el derecho fundamental a la salud del [accionante]”.

En garantía del derecho a la salud, no basta la simple autorización de los servicios de salud; es indispensable que se realicen los procedimientos médicos necesarios.

37

RADICADO: 73001-23-33-000-2016-00753-01(AC)

FECHA: 14/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Vicente Sánchez Sánchez

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad y Dirección de Sanidad Área Tolima

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La autorización de los servicios médicos es suficiente para proteger el derecho a la salud del accionante, incluso cuando no se le ha practicado el procedimiento médico ordenado?

Tesis: “La Sala advierte que el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del fallo de primera instancia, protegió los derechos fundamentales invocados por el señor [J.V.S.S.] y, en consecuencia: (i) ordenó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que máximo en los ocho días siguientes a la notificación del fallo le agende cita y practique el procedimiento quirúrgico, el cual está catalogado como prioritario de acuerdo con la prescripción del médico tratante, (ii) ordenó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que en el caso en que el accionante deba desplazarse fuera de su ciudad de residencia, con el fin de realizarse algún tipo de procedimiento quirúrgico o exámenes para el manejo de su patología, deberá suministrarle el transporte para él y un acompañante. La Dirección de Sanidad Área Tolima impugnó el fallo de tutela de primera instancia, bajo el argumento que, las citas co-

rrespondientes a la atención médica del señor [J.V.S.S.] fueron asignadas de forma oportuna y hasta el momento solo hace falta el concepto del anestesiólogo para determinar la viabilidad del procedimiento quirúrgico. (...) No obstante lo anterior, la Sala no advierte que al señor [J.V.S.S.] se le hubiera realizado el procedimiento quirúrgico autorizado por la Dirección General de Sanidad de la Policía Nacional. Así las cosas, al no acreditarse la prestación completa de los servicios de salud y la realización del tratamiento requerido por el actor, se evidencia la vulneración de sus derechos fundamentales. (...) Por otra parte la Dirección de Sanidad - Área Tolima expresa que, para cumplir la orden emanada en el fallo de tutela, es necesario repetir contra el FOSYGA, por esa razón solicita que se ordene el recobro a dicho fondo para poder sufragar los costos del procedimiento quirúrgico. Al respecto (...) no es posible acceder a la petición presentada por la Dirección de Sanidad y Dirección de Sanidad Área Tolima, pues al ser un régimen exceptuado del sistema de seguridad social no puede verse beneficiado por los dineros pertenecientes al régimen general de seguridad social en salud”.

Vulneración de los derechos fundamentales del accionante y su núcleo familiar ante la desvinculación del sistema de salud de la Policía Nacional y la falta de realización de la junta médico-laboral.

RADICADO: 25000-23-37-000-2016-01979-01[AC]

FECHA: 09/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Alexander Rivera Laytón y otros

DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Dirección de Sanidad y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos a la salud, vida, dignidad humana, integridad personal, mínimo vital, educación y debido proceso de los accionantes al no reconocerle la asignación mensual de retiro al [accionante], lo que llevó a la desvinculación del sistema de salud de su grupo familiar?

Tesis: “[E]n lo que respecta al derecho a la salud del [actor] y el de su hijo, la Sala considera acertado el discernimiento realizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, por tanto, confirmará el amparo y las medi[d]as adoptadas para su garantía. Esto es así, porque en el plenario se encuentra acreditado que el señor [R], quien padece de una importante afección lumbar, requiere continuar con los procedimientos y tratamientos médicos iniciados bajo la cobertura del Sistema Especial de Salud de la Policía Nacional, los cuales no pueden serle privados hasta tanto las autoridades médico-laborales no le definan su condición de retirado. Esto, porque como ya se mencionó, la solicitud que el accionante interpuso para promover la convocatoria a la junta médico-laboral está vigente y precisa de un pronunciamiento de fondo, so

pena de que las entidades incurran en la vulneración de su derecho fundamental de petición. En cuanto a su hijo, la Sala coincide plenamente con el a quo en amparar su derecho a la salud, pues como menor, debe ser sujeto de especial protección constitucional, sobre todo si se tiene en cuenta que su tratamiento psiquiátrico venía siendo atendido por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional. (...) Sin embargo, considera necesario modificar el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo, en el sentido de conceder también el amparo del derecho fundamental a la salud para la menor [M.A.R.B.]. Esto, porque a partir de los hechos de la demanda y de las pruebas arrojadas al proceso, se pudo determinar que la menor depende económicamente de su padre, el cual, como se ha identificado, no realiza ninguna otra actividad laboral como consecuencia de su enfermedad; razón de peso para considerar que la menor no puede acceder a otro tipo de asistencia sanitaria que no sea la que le proporciona su progenitor. Además, sería contrario a la jurisprudencia constitucional desvincular a un sujeto de especial protección de su asistencia sanitaria, sobre todo cuando no se tiene la certeza de que podrá acceder a esta por otros medios”.

Vulneración del derecho a la salud de miembro retirado del Ejército Nacional, a quien no se le presta el servicio de salud a pesar de que las afecciones fueron contraídas en el servicio activo y no se encuentra afiliado a ninguna EPS.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05384-01(AC)

FECHA: 09/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Juan Carlos Cataño Osorno

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional ha transgredido los derechos deprecados por el señor [J.C.C.O.] al negar prestarle la atención medica requerida por las lesiones sufridas durante el servicio, considerando que no tiene la condición de afiliado ni beneficiario del Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares?

Tesis: “[Para la Sala,] no hay duda en la obligación que le asiste a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional de prestar de manera inmediata la atención médica requerida por el señor [J.C.C.O.] de acuerdo con las lesiones ya definidas por el Tribunal Médico Laboral de

Revisión Militar y de Policía, las cuales fueron adquiridas durante el servicio. Ahora, en cuanto al argumento expuesto por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en su escrito de impugnación, de que el actor se encuentra activo en el régimen contributivo de salud, afiliado a la Nueva EPS, la Sala advierte que contrario a ello, al revisar la página web de Fosyga, se observa que en efecto el señor [J.C.C.O.] sí tenía tal condición, sin embargo, su estado es de retirado desde el 29 de septiembre de 2016, es decir, actualmente no se encuentra afiliado a ningún régimen de seguridad social en salud. (...) De acuerdo con todo lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de 23 de noviembre de 2016”.

Se ordena a la dirección de sanidad de la Policía Nacional afiliar a una recién nacida como beneficiaria de su abuelo porque sus padres son menores de edad y no pueden cotizar de forma independiente.

RADICADO: 05001-23-33-000-2016-2703-01[AC]

FECHA: 02/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Mónica Patricia Sánchez Vega y otros

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la menor recién nacida al no realizar la afiliación como beneficiaria de su abuelo, núcleo familiar al cual pertenece la madre?

Tesis: “En el presente caso, la menor (...) ha sido atendida en la IPS VISIÓN TOTAL S.A.S., según se aprecia en la historia clínica (...), en la cual le fue diagnosticada con SÍNDROME DE DIFICULTAD RESPIRATO-

RIA DEL RECIÉN NACIDO y se indicó que actualmente estaba en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal, justificando su alojamiento según los criterios de ASCON (...) En consecuencia, esta Sala de Subsección considera que es deber de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad realizar la afiliación de la menor al núcleo familiar a cual pertenece su madre, pues ésta al tener 15 años, no puede cotizar de forma independiente, y en la misma situación se encuentra el padre de la recién nacida, quien también es menor de edad”.

RADICADO: 68001-23-33-000-2017-00662-01 (AC)

FECHA: 16/08/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Maritza Figueroa Sánchez como agente oficiosa de Luz María Sánchez Díaz

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Dirección de Sanidad

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Resulta excesivo ordenar atención integral en favor de la [accionante] con ocasión al cáncer que padece?

Tesis 1: “[S]e tiene que la [accionante] ha venido presentando afectaciones en su salud, que la han obligado a acudir en repetidas oportunidades a solicitar atención médica, por lo que los galenos que la tratan le ordenaron exámenes prioritarios, uno de ellos lo autorizaron y practicaron durante el trámite de la presente acción, sin embargo la accionante pretende una atención integral e inmediata, petición que el A quo encontró procedente, pero que la Dirección de Sanidad de Santander controvierte, al estimar ello va más allá de lo solicitado. (...) [La Sala recuerda] que la efectividad del derecho a la salud no puede verse afectada por trámites administrativos que se constituyen en barreras para la realización de los procedimientos médicos ordenados, como en este caso, lo que pudieran determinar los médicos tratantes respecto de las patologías que afectan a la [actora]. En consecuencia, la protección de ese bien ius fundamental exige que el servicio sea prestado de manera continua e integral, sin dilación alguna, tal como lo consideró el a quo, pues no se puede

desconocer la urgencia que ello amerita. (...) Así las cosas, se tiene claro que no solo hay lugar al amparo del derecho a la salud cuando está en riesgo la vida del paciente sino también cuando su bienestar se encuentra afectado, de tal manera que impida su disfrute en condiciones de dignidad, como sucede en el presente asunto, donde a la accionante le fue diagnosticado “TUMOR MALIGNO DEL [ENDOMETRIO] CON METÁSTASIS SUPRACLAVICULAR IZQUIERDA”, cuyo tratamiento se encuentra en curso”.

Problema jurídico 2: ¿Es procedente ordenar el recobro contra del Fosyga por los servicios no POS que requiera la accionante?

Tesis 2: “En cuanto a la petición de la entidad demandada para que se autorice a la Dirección de Sanidad Seccional de Santander de la Policía Nacional realizar el recobro correspondiente al Fosyga, se recuerda que ello no es procedente en tanto la Dirección General de la Policía Nacional, administra los recursos de su propio Subsistema de Salud, por ende es la llamada a asumir los gastos que demande el servicio médico necesario para la recuperación de las lesiones y las enfermedades de sus beneficiarios”.

Revocatoria de la sanción por desacato ante la falta de suministro del servicio de transporte a la paciente.

RADICADO: 11001-03-15-000-2023-00769-00 (AC)

FECHA: 20/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Laura Marcela Forero Salcedo

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Santander y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Tribunal Administrativo de Santander los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y vida en condiciones dignas de la señora [L.M.F.S.] al proferir el auto del 29 de noviembre de 2022 en el marco del incidente de desacato al fallo de tutela promovido por la accionante contra la Nueva EPS, mediante el cual revocó la sanción impuesta a la Gerente Regional Nororiente de la Nueva EPS por el incumplimiento del fallo que amparó el derecho a la salud de la accionante y ordenó el suministro del servicio de transporte a la paciente con cargo al sistema de salud?

Tesis: “[E]l auto de 29 de noviembre de 2022, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, incurrió en un defecto fáctico, porque desconoció el pronunciamiento judicial que se emitió dentro del trámite de incidente de desacato, que se refería al reconocimiento de los gastos de transporte urbano. (...) [L]a decisión cuestionada no tuvo la debida motivación, porque se limitó a señalar que: i) el servicio de transporte urbano se encontraba excluido del conjunto de servicios ordenados en favor de la accionante, y, que, en todo caso ii) la prestación del transporte urbano ya fue autorizado por la EPS, encontrándose pen-

diente de coordinar su materialización con la accionante, sin justificar de forma suficiente ni validar los documentos allegados al incidente de desacato a efectos de tener certeza si efectivamente se proporcionó el servicio requerido por la accionante. (...) [E]l alto Tribunal Constitucional ha considerado que, en algunas ocasiones los servicios de transporte constituyen un mecanismo de acceso a los servicios de salud, que puede constituirse en una barrera para el usuario, cuando este debe asumir su costo y no cuenta con recursos; por lo que el servicio corresponde de manera excepcional a la EPS. Por lo tanto, de conformidad con las particularidades de cada caso concreto, el juez de tutela debe evaluar la pertinencia del suministro del servicio de transporte con cargo al sistema de salud, con fundamento en dos variables: i) la necesidad de aquél para contener un riesgo para el usuario y la ii) falta de capacidad económica del paciente y su núcleo familiar para costearlo. [E]l Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga, en auto de 7 de abril de 2015, dando alcance a la decisión proferida en fallo de tutela del 22 de octubre de 2014, consideró que la orden impartida se extendía al reconocimiento de gastos de servicio de transporte urbano. Por lo tanto, es claro que los argumentos expuestos por la autori-

dad judicial enjuiciada, desconocen el alcance del contenido de las decisiones adoptadas dentro del trámite incidental. (...) [L]a actuación desplegada por el Tribunal Administrativo de Santander en el auto de 29 de noviembre de 2022 además de cerrar el incidente de desacato promovido por la señora [L.M.F.S.] contra la Nueva EPS, no garantizó el cumplimiento de la orden de tutela contenida en el fallo de 22 de octubre de 2014, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Bucaramanga, el cual fue objeto de modulación mediante providencia del 7 de abril de 2015; desconociendo el objeto que tiene la figura del desacato, pues omitió verificar concretamente el acatamiento de la orden judicial, ocasionando que los derechos a la salud y a la vida de la tutelante, se puedan ver afectados.”

Derecho al debido proceso administrativo

Vulneración del derecho al debido proceso ante la imposición de una multa en el procedimiento administrativo de expedición de la libreta militar, sin ejercer el derecho de defensa y audiencia.

RADICADO: 25000-23-36-000-2016-02152-01[AC]

FECHA: 07/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Carlos Adelmo Sierra Ardila

DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección General de Reclutamiento y Distrito Militar 59

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Hay lugar a tutelar el derecho al debido proceso por no haberse proferido un acto administrativo motivando las razones por las que se imponía la sanción de multa al accionante?

Tesis: “[A] actor se le efectuó cobro para expedir la Tarjeta Militar por dos conceptos: i) multa de inscripción; y, ii) derechos de expedición y laminación. En relación con la cuota de compensación militar, se observa que, contrario a lo indicado por el actor, la entidad accionada no realizó al accionante cobro por dicho concepto, pues es beneficiario de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1184 de 2008 (...) el cobro efectuado por el Distrito Militar 59 al accionante corresponde a una multa que le fue impuesta, de acuerdo a lo señalado por esa entidad, por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 y en aplicación de lo establecido en los artículos 41 y 42 de la misma ley. No obstante, no se encuentra prueba alguna que acredite que la entidad accionada adelantó al-

gún procedimiento previo a la imposición de la multa y aunque en el recibo de cobro se establece que contra ese acto administrativo procede recurso, no se observa que dicha decisión cumpla con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 48 de 1993. (...) esta situación constituye una clara afectación del derecho al debido proceso del [actor], pues aunque tuvo conocimiento del cobro que le estaban realizando, no se enteró de la motivación de la decisión, no tuvo la oportunidad de ser escuchado, ni conoció por qué concepto se le efectuaba dicho cobro, tanto así, que en la petición formulada ante el Comandante del Distrito Militar 59 solicitó ser exonerado de la cuota de compensación militar, pese a que no era eso lo que le estaba siendo cobrado. (...) En virtud de lo anterior, la Sala considera que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca al amparar el derecho al debido proceso del [actor], pues el Comandante del Distrito Militar 59 expidió el recibo de pago (...) sin surtir ningún procedimiento y sin proferir una resolución motivada”.

Vulneración del derecho al debido proceso al no aceptarse el desistimiento de una renuncia motivada por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, en virtud de la entrada en vigencia de una nueva legislación que amplió la edad hasta los 70 años.

RADICADO: 63001-23-33-000-2017-00027-01(AC)

FECHA: 23/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Mariela Jaramillo Grisales

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional y Secretaría Municipal de Educación de Armenia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se vulnera el derecho al debido proceso de la accionante al no aceptarse el desistimiento de la renuncia presentada con motivo de la edad de retiro forzoso a los 65 años y el posterior cambio legislativo que lo amplió a 70 años?

Tesis: “[L]a Subsección observa que la entidad accionada conocía el fundamento de la renuncia presentada por la [actora], esto es, el cumplimiento de la edad de retiro forzoso, establecida en 65 años por la Ley vigente a la fecha en que se presentó la decisión. Así las cosas, la [actora] cuando presentó la renuncia el escenario bajo el cual lo efectuó se debió a los 65 años. No obstante, al finalizar el año las circunstancias no eran las mismas, por cuanto se había ampliado la edad de retiro forzoso hasta los 70 años de edad. No obstante, la entidad accionada no sopesó la situación esbozada por la accionante y sin previamente requerirla para determinar si era su intención retirarse, procedió a expedir el acto administrativo que ahora se cuestiona como

vulnerador de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la Subsección advierte que la Secretaría de Educación de Armenia vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la [actora] al expedir la Resolución 006 del 3 de enero de 2017, puesto que, con el cambio de normativa respecto a la edad de retiro forzoso, debió requerir a la accionante para saber si la decisión de renunciar al cargo de docente se mantenía a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016. Repárese que la presentación de la renuncia por edad de retiro forzoso es una situación establecida legalmente ante el cumplimiento del supuesto relacionado con la edad. En ningún momento se debe a la posibilidad de optar o no en continuar en la prestación del servicio, o si el servidor público debe presentar la renuncia al empleo. En conclusión: La parte accionante fundamentó su decisión de renunciar al cargo de docente por el hecho de que cumplía la edad de retiro forzoso que para la fecha era de 65 años, edad que se modificó mediante la Ley 1821 de 2016 antes de la aceptación de la renuncia”.

Derecho a la vida y la integridad personal

Se ordena el restablecimiento de las medidas de seguridad a una persona calificada con riesgo extraordinario, a quien se le disminuyó la protección persistiendo la amenaza contra su vida e integridad.

RADICADO: 20001-23-33-000-2016-00510-01[AC]

FECHA: 31/01/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Norkis María Cuello Oñate

DEMANDADO: Unidad Nacional de Protección

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La disminución del esquema de seguridad de la accionante que tiene calificación de riesgo extraordinario vulnera los derechos a la vida, seguridad, integridad personal y dignidad humana?

Tesis: “[L]a [actora] acudió a este mecanismo constitucional, para que se ordenara a la entidad accionada mantener las medidas de protección, porque las amenazas contra su vida y las de su familia seguían vigentes y el chaleco que le había autorizado era insuficiente para contener las acciones de las organizaciones criminales que querían atentar contra ella. (...) Para la Sala, es evidente que la Unidad Nacional de Protección – UNP, previo a la expedición de la Resolución (...) de 14 de septiembre de 2016 le practicó a la accionante un estudio de nivel de riesgo catalogando el peligro al que está sometida la actora como “EXTRAORDINARIO” (...) la entidad accionada tenía la obligación de analizar los anteriores criterios de amenaza, para determinar el nivel de riesgo de la actora, sin embargo, se advierte que la medida de protección otorgada por la entidad accionada a la [actora] no se compadece con el resultado del estudio de nivel de riesgo practicado por

el Grupo de Valoración Preliminar de la Unidad Nacional de Protección - UNP, pues a pesar que lo catalogó como “EXTRAORDINARIO”, y que permitía adoptar acciones especiales, la UNP decidió que el peligro al que estaba sometida la actora solo ameritaba la implementación de un chaleco blindado, y en consecuencia, finalizó el vehículo blindado y el hombre de protección. En efecto, si bien la entidad para catalogar el riesgo de la actora como “EXTRAORDINARIO” tuvo en cuenta su actividad profesional como Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Valledupar, también es cierto que omitió valorar los sucesos denunciados por la accionante ante la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la misma UNP, en los que revelaba las nuevas amenazas contra su vida y las de su familia. Por esta razón, esta Subsección considera pertinente que la entidad accionada conforme a la normativa que regula el programa de protección evalué nuevamente los factores de riesgo denunciados por la actora, con el fin de establecer la existencia de amenazas concretas y actuales contra su vida e integridad, a efectos de implementar las medidas de seguridad que atenúen los riesgos a los que la [actora] pudiera estar sometida”.

Protección de los trabajadores

47

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no es responsable del incumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social derivadas del contrato de trabajo suscrito entre las entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar y las madres comunitarias.

RADICADO: 05001-23-33-000-2016-02493-01[AC]

FECHA: 09/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Adriana María Tirado Osorio y otros

DEMANDADO: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Existe responsabilidad solidaria patronal entre el ICBF y las Entidades Administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar por el incumplimiento de las obligaciones laborales y de protección social derivadas del contrato de trabajo que dichas entidades suscriben con las madres comunitarias?

Tesis: “El artículo 3º del Decreto 289 de 2014 prevé que las madres comunitarias no tendrán la calidad de servidoras públicas. Sus servicios se prestarán a las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios, las cuales tienen la condición de único empleador, sin que se pueda predicar solidaridad patronal con el ICBF. Por lo tanto, no es cierto lo dicho por el Tribunal en cuanto a que al ICBF le asiste una responsabilidad solidaria respecto al pago de salarios y demás emolumentos salariales, pues la norma es clara al establecer que no es posible predicar solidaridad patronal. En consecuencia, la Sala procederá a revocar la decisión del Tribunal

Administrativo de Antioquia de ordenarle al ICBF pagar las acreencias laborales y demás prestaciones sociales a las accionantes en el evento en que la Fundación Ser Humano no realice el pago correspondiente, pues como ya se dijo, la norma en su literalidad expresa que no se puede predicar la solidaridad patronal para este tipo de casos. Sin embargo, la misma norma estableció en su artículo 5º que en caso que las entidades administradoras del programa de hogares comunitarios de bienestar incumplan con sus obligaciones laborales o de seguridad social respecto de las madres comunitarias, el ICBF podrá dar por finalizado el respectivo contrato de aporte y hacer efectivas las pólizas, para garantizar las prestaciones laborales de las madres comunitarias. Lo anterior a todas luces permite advertir que a pesar de que no sea posible declarar al ICBF responsable solidariamente por las obligaciones laborales contraídas con las madres comunitarias por parte de los operadores, esta sí tiene a su cargo el control del cumplimiento de las obligaciones laborales y

de seguridad social, a través de la garantía única establecida para los contratos de aportes de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2923 de 1994, garantía que puede hacerse efectiva por parte del ICBF ante el incumplimiento de los operadores”.

Se amparan los derechos fundamentales por los descuentos efectuados por nómina a soldados profesionales del Ejército Nacional, a favor de la Cooperativa Multiactiva de Solidaridad Integral, por indicación de sus superiores y sin respeto a la autonomía negocial.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-04735-01[AC]

FECHA: 13/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Yhon Walter Olarte Becerra

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional y Cooperativa Multiactiva de Solidaridad Integral [Coopsolidar]

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El contrato de asesoría y asistencia legal entre la cooperativa Coopso-lidar y el actor contiene una obligación clara y expresa a favor de la primera que autorice los descuentos de nómina en el salario del actor? En esa medida, ¿es procedente la suspensión de los descuentos que se vienen realizando?

Tesis 1: “La Sala considera, en principio, que la acción de tutela no es procedente para estudiar la inconformidad del actor, la cual se centra en que la Unidad de Nómina del Ejército Nacional está realizando un descuento mensual sobre su salario a favor de Coopsolidar AC (...) pese a que los documentos que suscribió no son válidos y existieron vicios del consentimiento, por lo que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial. (...) A juicio de la Sala, el descuento efectuado (...) sobre el salario del accionante (...) aunque parezca exiguuo, es significativo en la economía de quien devenga un poco más de un salario mínimo, máxime cuando el mismo actor, en el escrito de tutela y en la impugnación, pone de presente que afecta de manera representativa su asignación salarial y, que al ser

la única fuente de ingreso de su núcleo familiar, no puede comprometerla, pues se pone en riesgo la subsistencia de su familia. Dicha circunstancia no puede ser desconocida por el juez de tutela (...) se evidencia que tanto el actor como Coopsolidar allegan copia del contrato de asesoría y asistencia legal, documento del cual surge la supuesta obligación (...), sin embargo, la Sala advierte que ambas copias carecen de la firma de las partes contratantes, así como de información a partir de la cual se pueda establecer la aceptación clara y expresa de las obligaciones allí establecidas por parte del [actor] pues en ningún lado del documento se señala su nombre. Quiere decir lo anterior, que ante la ausencia de la firma del [actor] en el contrato de asesoría y asistencia legal (negocio jurídico a partir del cual se realizan los descuentos de nómina), se puede concluir que no existe una obligación clara a favor de Coopsolidar AC, es decir, que no puede exigirse al actor el cumplimiento de los términos y condiciones allí establecidas, pese a que exista un documento de libranza suscrito por este, el cual constituye solamente un mecanismo de recaudo para asegurar el cumpli-

miento de una obligación, que como ya se explicó no fue adquirida por el accionante”.

Problema jurídico 2: ¿La cooperativa Coopso-lidar se ha beneficiado con los dineros por los descuentos de nómina efectuados a soldados profesionales sin cumplir con sus obligaciones contractuales y con aprovechamiento de la condición de indefensión de los beneficiarios?

Tesis 2: “Ahora bien, en el caso concreto, el actor aduce que no fue voluntaria la suscripción de los documentos. (...) Si bien en el expediente de la referencia no se encuentra una prueba concreta a partir de la cual se pueda concluir que el actor fue hostigado o influenciado por sus superiores para firmar los documentos (...) la Sala observa que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado estudió una acción de tutela en la cual se planteó también que otro Soldado Profesional suscribió los mismos documentos porque su comandante así se lo pidió, lo cual puede constituir un indicio sobre este tipo de conductas, máxime si se advierte que no se contravirtió esta afirmación por la entidad accionada. La anterior situación puede constituir una conducta que atenta contra la autonomía

de la voluntad del personal militar, toda vez que se encuentran en una subordinación e indefensión material para contradecir una orden de un superior (...) A juicio de la Sala, la cooperativa de manera reiterada ha venido celebrando este tipo de negocios jurídicos con un número indeterminado de soldados, sin que se pueda establecer en el presente asunto la cantidad de afiliados que han conocido de manera detallada las cláusulas y que han podido hacer uso de los servicios que ofrece Coopso-lidar, lo que podría implicar que esa entidad se ha beneficiado con los dineros recibidos sin cumplir con sus obligaciones contractuales y con aprovechamiento de la condición de indefensión de los beneficiarios, pues como ya se indicó, son abordados en su sitio de trabajo, sin llegar a comprender exactamente los servicios que están adquiriendo (...) Quiere decir entonces, que se presenta una situación de interés general por tratarse de una captación de dinero, la cual se fundamenta en, la celebración de un contrato de asesoría y asistencia legal (...) bien sea porque no conocen el contenido del contrato, o porque no se presentó una situación en la que se haya requerido del servicio contratado”.

Vulneración del derecho al descanso remunerado de servidor judicial perteneciente al régimen de vacaciones individuales.

51

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-05058-01 (AC)

FECHA: 30/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Hugo Alexander Diago Urrutia y otros

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial Popayán

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿[S]e vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas, al descanso y a la salud de las accionantes debido a la negativa de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Popayán - Cauca de conceder la asignación presupuestal correspondiente para sus reemplazos en el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, en aras de poder acceder al disfrute de un período de vacaciones, por haber laborado al servicio del mencionado Juzgado, en forma continua e interrumpida durante un año?

Tesis: “[E]sta Sala de decisión evidencia que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Popayán respondió la solicitud

de las actoras desfavorablemente en cuanto al nombramiento de un reemplazo, con el argumento de que la Circular No. PSAC11-44 de noviembre 23 de 2011 no es aplicable a los servidores judiciales que ostentan la calidad de empleados, ya que ese instrumento solo se refirió a los funcionarios judiciales pertenecientes al régimen de vacaciones individuales. En este punto, si bien es cierto el referido instrumento solo mencionó a funcionarios judiciales, esto no puede servir de excusa para desconocer el derecho al descanso de los servidores judiciales que tienen la categoría de empleados, pues no puede desconocerse que la finalidad de la Circular N° PSAC11-

44 del 23 de noviembre de 2011 fue garantizar el derecho fundamental al descanso de servidores judiciales, motivo por el cual buscó eliminar las condiciones que previamente se constituyeron en obstáculos al goce de tal garantía ius fundamental. (...) [Así pues,] se confirmará la decisión de amparar los derechos fundamentales de [la parte actora]”.

Derecho a la desconexión laboral de servidora pública en situación de discapacidad.

RADICADO: 17001-23-33-000-2022-00295-01 [AC]

FECHA: 3/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez [E]

DEMANDANTE: Luz Stella Giraldo Gallego

DEMANDADOS: Procuraduría General de la Nación y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La entidad demandada vulneró los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad, no discriminación, trabajo en condiciones dignas, dignidad humana y desconexión laboral?

Tesis 1: “[L]a demandante salió a disfrute de vacaciones el 18 de octubre de 2022 hasta el 9 de noviembre de la misma anualidad; sin embargo, estando en esa situación administrativa de descanso, la entidad nominadora -a través de la Procuraduría Provincial de Manizales- continuó remitiéndole correos a fin de que realizará labores de defensa judicial -a saber la asistencia a una audiencia judicial- escenario que la obligó -sin que mediara la suspensión de sus vacaciones- a poner de presente mediante correo electrónico el asunto ante su superior y a actuar en el proceso judicial respectivo solicitando el aplazamiento de la referida diligencia. Esta si-

tuación, incluso por fuera del contexto de una persona con especial protección constitucional -por discapacidad- muestra claramente por parte de la entidad nominadora no solo una evidente vulneración del derecho al descanso y desconexión laboral del empleado, sino también por lo menos un desorden administrativo así como la falta de planeación para que las diferentes situaciones administrativas no lleguen a afectar el correcto ejercicio de las misiones de la entidad -entre ellas la defensa judicial-, pues en ese momento tales tareas debían haber sido asignadas y ejercidas por otro empleado y no continuar cargadas a quien legalmente estaba en periodo de descanso. En relación con este asunto la Subsección debe señalar que el derecho a la desconexión laboral proveniente del derecho comparado, en aras de garantizar el respeto de los períodos de descanso, licencia y vida personal y familiar, y en el ámbito nacional

superior encuentra su fundamento en el artículo 53 de la Constitución que señala el derecho al “descanso necesario” como uno de los principios mínimos fundamentales del estatuto de los trabajadores en relación con el cual la jurisprudencia se ha pronunciado en distintas ocasiones destacando que constituye un derecho fundamental del trabajador, irrenunciable que es susceptible de protección mediante la acción de tutela, así mismo que con este se pretende que el trabajador cese sus actividades laborales, se recupere del desgaste que genera la prestación del servicio, de manera que se materializa, entre otros eventos, a través de un período de vacaciones anuales el cual una vez causado permiten materializar los postulados superiores de dignidad humana y trabajo en condiciones dignas y justas. Específicamente frente al derecho a la desconexión laboral debe también señalarse que el derecho positivo patrio regula y promueve la desconexión laboral de los trabajadores en las relaciones laborales cualquiera sea su modalidad, con el fin de garantizar que el empleador no transgreda los límites entre la jornada laboral y los tiempos de descanso, licencias, permisos y/o vacaciones, ni aquellos de la intimidad personal y familiar del trabajador o servidor público. Para la Subsección la obligación de asumir funciones de la entidad durante el período de vacaciones -sin un acto administrativo de interrupción de las mismas- comporta una grave vulneración a los derechos fundamentales a la desconexión laboral, trabajo y vida en condiciones dignas de la demandante más aún si se tiene en cuenta que es una persona en condición especial de protección -por su condición de discapacidad- que, sin duda alguna como aquella lo manifiesta en la demanda, le genera por demás episodios de estrés que no está obligada a soportar sobre todo cuando están de por medio advertencias de investigaciones disciplinarias en su contra en el evento del vencimiento de alguna actuación de defensa judicial. La ac-

tora además manifiesta que también existe una vulneración al derecho a la desconexión laboral por la asignación de procesos disciplinarios para trámite durante sus períodos de vacaciones y de incapacidad, lo cual se encuentra acreditado con las pruebas antes referidas por lo tanto la vulneración del referido derecho -a la desconexión laboral- se acredita en el evento previamente planteado referido a lo ocurrido durante el lapso de disfrute de sus vacaciones como también con lo relacionado a la asignación de procesos disciplinarios durante situaciones administrativas -tales como permisos e incapacidades medicas-. En ese orden, contrario a lo esgrimido por el a quo, la Subsección en el presente caso sí encuentra una vulneración a los derechos fundamentales antes mencionados que por las condiciones especiales de protección de las que es acreedora la [actora] ameritan unas medidas de protección constitucional preventiva a fin de evitar la materialización de conductas similares en el futuro, motivo por el cual se ordenará a la entidad demandada que evite asignar a la demandante tareas en períodos de desconexión laboral y que estas deberán siempre contar por escrito -a fin de que a futuro el juez constitucional pueda verificar el cumplimiento de las órdenes constitucionales-”.

Problema jurídico 2: ¿Se acredita una vulneración del derecho fundamental de petición?

Tesis 2: “Aduce la demandante que ha realizado múltiples peticiones a la entidad demandada -dirigidas a la procuradora general de la Nación, al procurador provincial de Manizales, y al Grupo de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Procuraduría General de la Nación- respecto de las cuales no ha obtenido respuesta, lo cual entiende la Subsección vulnera el derecho fundamental de petición. (...) Ahora bien, en relación a la solicitud realizada por la actora a la entidad accionada para la posibilidad de un traslado a la Procuraduría Regional de Caldas,

esta Subsección concuerda con lo señalado por el a quo en cuanto a que frente a esta si bien existe una respuesta de la Procuraduría General de la Nación, la misma no es concluyente, pues se limita a indicar que para ello debe existir la aprobación de los jefes de las dependencias involucradas, y que está sujeta a las necesidades del servicio, sin referirse concretamente al trámite administrativo que debe adelantar la interesada para presentar formalmente la solicitud, motivo por el cual es claro que en este aspecto existe una vulneración al derecho fundamental de petición”.

Problema jurídico 3: ¿La Procuraduría General de Nación vulneró los derechos fundamentales de la vida y la salud en condiciones dignas, la igualdad y la no discriminación al imponer una supuesta sobrecarga laboral a la actora?

Tesis 3: “La carga laboral debe ajustarse el horario de trabajo, no sobrepasar las ocho horas diarias. (...) Promover la participación de la funcionaria en las actividades de inducción, reinducción, capacitación o bienestar propuestas por la entidad y que se encuentran dirigidas a facilitar la adaptación al puesto de trabajo y mejorar condiciones de salud física y mental, facilitar el proceso de rehabilitación integral permitiendo los espacios para la asistencia en la funcionaria citas médicas, procesos terapéuticos a la entrega de medicación recomendada.”. En atención a lo anterior, el Procurador Provincial de Manizales por correo electrónico del 25 de mayo de 2022 informó a la ahora accionante que por sus recomendaciones laborales en salud sería relevada del apoyo al control electoral durante la jornada del 29 de mayo de 2022, y en acta del 3 de agosto de 2022 se consignó un acuerdo suscrito con ella en relación con la disminución de las cargas laborales. (...) [E]l procurador provincial de Manizales, mediante correo electrónico del 8 de agosto de 2022, informó a la Oficina Jurídica de la Pro-

curaduría General de la Nación, que la ahora actora se haría cargo de los procesos judiciales de la Procuraduría Provincial y de aquellos que sean asignados por reparto, y que la Dra. [L.M.R.] obraría como suplente durante las situaciones administrativas de aquella. También obran en el expediente la comunicación de 8 de agosto de 2022 por medio de la cual la actora informó a su jefe inmediato que, pese a que ella asumió de manera exclusiva la defensa judicial de la entidad, por sus condiciones de salud y debido a las múltiples incapacidades y ausencias justificadas, declina del acuerdo de asumir dicha carga laboral, por lo que solicita adoptar las medidas a que haya lugar para garantizar la prestación del servicio; mediante correo electrónico del 9 de agosto de 2022 informó a la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación la anterior comunicación, y a través de correo del 23 de agosto de 2022 solicitó a su jefe inmediato, que las decisiones adoptadas frente a la asignación de funciones a su cargo queden debidamente consignadas en un documento, a efectos de tener claridad sobre ellas, y poderlas desempeñar en su horario laboral, conforme a las recomendaciones médico-laborales proferidas por el Grupo de Salud y Seguridad en el Trabajo. (...) [E] existen recomendaciones laborales a favor de la actora que exigen al jefe inmediato -procurador provincial de Manizales - realizar acuerdos para la disminución de la carga laboral de aquella -acorde con su estado de salud- que le permitan el cumplimiento de las metas de trabajo y la atención médica de sus padecimientos, acuerdos que se exige sean revisados periódicamente en atención a la evolución de su estado de salud. (...) [E]l acuerdo sobre cargas laborales suscrito con la actora el 3 de agosto de 2022 no reportó para ella una eliminación de su carga laboral sino, por el contrario, un incremento de la misma, al habersele otorgado de manera exclusiva la defensa oficial de la entidad - situa-

ción que como se pudo ver en acápite anterior de esta providencia propició la vulneración de sus derechos fundamentales a la desconexión laboral y vida en condiciones de dignidad - y sus superiores en lugar de atender la reiteración de recomendaciones laborales esgrimidas por el Grupo de Trabajo y Salud sobre el mantenimiento de condiciones adecuadas de buen ambiente laboral y por asignaciones de cargas de común acuerdo, en la reunión del 4 de octubre de 2022 sostuvo unilateralmente la carga laboral de la demandante - previamente enunciada por ella como excesiva al punto que afectaba sus incapacidades y citas médicas - sin siquiera evaluar o considerar de fondo la situación particular y especial que aquella padece, con la cual no sólo incumplió sustancialmente la recomendaciones laborales antes mencionadas sino que desconoció la especial condición de aquella. (...) [D]e un análisis minucioso del cuadro de reportes de cargas laborales de los seis (6) profesionales universitario grado 17 de la Procuraduría Provincial de Manizales - cargo desempeñado por la demandante - aportado por la entidad demandada en el presente proceso de tutela permite establecer que: a) de los 11 ítems de funciones que se reportan, la demandante tiene carga asignada en ocho (8) de ellos – no tiene carga laboral en los ítems de informes, asuntos teams e ingreso a reparto disciplinario -, mientras que otro de sus pares -la señora [L.M.R.] - solo tiene asignaciones en siete (7) ítems de los cuales cuatro (4) se reportan en cero (0), de manera que se observa que esta última funcionaria verdaderamente solo tiene carga en el ítem de procesos disciplinarios con 26 asignaciones -solo tres (3) más que la demandante- así como 12 quejas para proceso disciplinario –es decir 8 más que la demandante- siendo exonerada de reparto disciplinario – al igual que la demandante- así como de reparto preventivo -del cual sí participa de la demandante- y de la defensa judicial de la enti-

dad –la cual está asignada a la demandante de forma exclusiva-, y b) todos los pares de la demandante están excluidos de la tarea de defensa judicial de la entidad - mientras que la demandante tal y como se indica en otro reporte de la entidad demandada es de 21 procesos - y para todos sus pares en varios de los ítems asignados su carga es cero (0) – incluso mientras que para la demandante la carga de esos mismos ítems reporta números diferentes a cero (0) -, sin que obre en el expediente explicación alguna que justifique tal diferencia que afecta a la actora y menos aún que lo justifique en las condiciones de especial protección que debe dispensarle a aquella por su discapacidad -sustentada en sus graves patologías y la pérdida de capacidad laboral del 42.65%. Retomando todo lo expuesto para la Subsección es evidente que la entidad demandada afectó, y aún lo hace, los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, a la salud y vida en condiciones de la accionante con el tratamiento injustificado de su carga laboral – en atención al contexto laboral del presente caso y a su condición de sujeto de especial protección constitucional - al punto que la pone en riesgo de una afectación aún mayor – e incluso de una posible afectación irremediable - de estos derechos. Así las cosas como consecuencia del amparo constitucional la Subsección – además de confirmar las órdenes de amparo del a quo - ordenará a la Procuraduría General de la Nación que: (i) a través del procurador provincial de Manizales dentro de los 20 días calendario siguientes a la notificación de la presente providencia atendiendo a las recomendaciones laborales y a la condición de sujeto de especial protección de la demandante -por situación de discapacidad- proceda a celebrar de común acuerdo con aquella un nuevo pacto de cargas laborales que implique su disminución en comparación con los pares que no se encuentren en su misma situación de protección especial constitucional, en el cual se

subsanan los defectos ya advertidos en esta providencia -esto es la asignación exclusiva de la defensa judicial a la demandante y la mayor carga laboral total en relación con algunos de sus pares-. Si dentro del mencionado plazo a pesar de la disposición de la entidad a celebrar el acuerdo de cargas laborales en los términos acá delineados, la entidad documenta la negativa de la actora a suscribirlo podrá establecerlo unilateralmente respetando los lineamientos expuestos. Por otra parte, la Subsección no puede pasar por alto, tras la revisión de las distintas piezas procesales del expediente, que la demandante utiliza para con sus superiores un lenguaje que denota falta de consideración y anima al conflicto, el cual incluso ha ejercido

contra la autoridad judicial que resolvió la primera instancia el presente proceso constitucional, razón por la cual, se le exhortará para que en adelante lo modere. (...) [S]e confirmará la sentencia de tutela de primera instancia en cuanto amparó el derecho al trabajo en condiciones dignas y ordenó aplicar en favor de la actora la figura de la suplencia así como explicarle el trámite administrativo a seguir para formalizar su solicitud de traslado a la Procuraduría Regional de Caldas; y revocará en cuanto a la negativa de amparo de los demás derechos fundamentales para en su lugar tutelar la desconexión laboral, vida y salud en condiciones dignas, igualdad y no discriminación -con las órdenes previamente mencionadas-”.

Concurso de méritos, acceso a cargos públicos y estabilidad laboral reforzada de empleado que ocupa cargo en provisionalidad

Vulneración del derecho de acceso a cargos públicos al no efectuar el nombramiento de quien actualmente encabeza la lista de elegibles.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05854-01(AC)

FECHA: 15/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jerly Lorena Ardila Camacho

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La accionada vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante al no designarla en una de las plazas vacantes como Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, a pesar de ser quien actualmente sigue en la lista de elegibles?

Tesis: “[E]n la Convocatoria 006-2015, se ofertaron 94 empleos a nivel nacional como Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa; cuya lista de elegibles está contenida en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016, la cual a la fecha se ha ejecutado hasta el puesto 100, de los cuales, a 12 de enero de 2017, han sido nombrados y debidamente posesionados 86 aspirantes, 3 se encuentran con nombramiento pero en proceso de posesión y, existen 4 plazas vacantes correspondientes a: Procuraduría 3, 6 y 134 Judicial II Administrativa de Bogotá y, Procuraduría 34 Judicial II Administrativa de Neiva. [Q]uedó probado que la accionante,

ocupó el puesto 101 en la lista de elegibles (...) Convirtiéndose en este momento, en quien encabeza la misma y con mejor derecho para ser nombrada, en tanto, como ya se dijo, a la fecha esta ha sido ejecutada hasta el puesto 100 (...) los argumentos esbozados [por la Procuraduría General de la Nación] no tienen asidero jurídico, toda vez que si bien es cierto la norma reguladora del concurso determina que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, mal hace la entidad al entender que dicho término también debe tenerse en cuenta para ejecutar la misma, pues son dos situaciones muy diferentes, ya que el derecho adquirido por una persona a ser nombrada en un cargo, consecuencia de haber superado satisfactoriamente un concurso de méritos, no puede estar supeditado a plazos o condiciones que la ley no prevé, y que por el contrario riñen con los postulados de un Estado Social de Derecho y las disposiciones que el constituyente consideró respecto del ingreso a cargos públicos con

fundamento en el mérito (...) [S]i bien en principio la accionante no era quien encabezaba la lista de elegibles contenida en la Resolución 345 de 8 de julio de 2016 (ocupó el puesto 101) para aspirar a uno de las 94 empleos de Procurador Judicial II Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, ofertados dentro de la Convocatoria 006 de 2015, a la fecha adquirió tal connotación en tanto, como se explicó detalladamente en líneas anteriores, la referida lista de elegibles ya se ejecutó hasta el puesto 100, actualmente existen 4 vacantes (situación certificada por la entidad accionada) y ella ocupa el puesto 101, es decir, hoy encabeza la lista de elegibles pendiente de ejecutar; en conclusión, es procedente ordenar su nombramiento de manera inmediata, en una de las plazas vacantes en la ciudad de Bogotá, al ser la sede por ella escogida según se lo informó a la entidad”.

En las convocatorias para concursos de méritos deben exceptuarse por inconstitucionales las normas que no guarden relación alguna con las condiciones físicas y psicológicas que deba cumplir el participante al desempeñar las funciones propias del cargo.

RADICADO: 52001-23-33-000-2016-00630-01[AC]

FECHA: 02/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Johan Sebastián Zamudio Burbano

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

[ENLACE PARA DESCARGA](#)



Problema jurídico: ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a cargos públicos del participante, al excluirlo del concurso de méritos previsto mediante la Convocatoria n.º 335 de 2016 para proveer el cargo de dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por tener un tatuaje en la parte posterior de la pierna izquierda y en el brazo y antebrazo izquierdo?

Tesis: “La norma que regula las inhabilidades ocupacionales, por razones de seguridad, es clara en afirmar que estas se configuran siempre y cuando el tatuaje, marca o señal esté ubicado en un sitio visible. En la Resolución 4125 del 2 de diciembre de 2013, se establece que una vez se esté ejerciendo el cargo de dragoneante, se debe portar el uniforme correspondiente del

cuerpo de custodia y vigilancia. Siendo esto así, resultaría prácticamente imposible que los tatuajes y la cicatriz del actor fueran visibles para las personas privadas de la libertad bajo su custodia o para cualquier otra. (...) Aplicar entonces esa inhabilidad sería irracional y configuraría una situación de discriminación para el actor, pues, el tatuaje no está en un lugar visible y su presencia no guarda relación alguna con las condiciones físicas y psicológicas que debe cumplir una persona que aspire a ocupar el cargo dragoneante. (...) Dado que la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil se basa en una disposición contenida en un acto administrativo, la Sala considera que esta contraría la Constitución, y, por ende, es procedente inaplicarla en el caso concreto, como lo señaló el a quo, ya que vulnera los derechos fundamentales del accionante”.

Vulneración de los derechos fundamentales por la exclusión del accionante del concurso de méritos en razón a la talla del participante sin que se trate de una justificación constitucionalmente razonable.

RADICADO: 19001-23-33-000-2017-00002-01[AC]

FECHA: 30/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Fabián Macías Macías

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró la Comisión Nacional del Servicio Civil los derechos fundamentales alegados por el actor, al excluirlo del proceso de selección previsto mediante la Convocatoria 335 de 2016 para proveer el cargo de dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), por no cumplir con la talla mínima establecida como requisito en el Acuerdo 563 de 2016?

Tesis: “[P]ara la Sala la justificación que presenta la Comisión Nacional del Servicio Civil para establecer como inhabilidad médica una talla como la del accionante (160cm), porque una estatura mínima adecuada (166cm) “facilita la proyección de autoridad, además que permite el uso adecuado de los elementos de seguridad propios del cargo”, no puede considerarse racional ni proporcional a las funciones del cargo de dragoneante, pues si bien estas son operativas en su mayoría y “requieren de un alto compromiso del componente musculo esquelético”, no existen estudios ni testimonios científicos que respalden la necesidad de emplear sujetos con una mayor talla a la del accionante para llevar a cabo las actividades de

ese cargo. Lo mismo hay que decir respecto del argumento según el cual la estatura mínima exigida para ingresar al cargo de dragoneante del INPEC está vinculada directamente con el respeto y la autoridad que deben infundir estos funcionarios; empero, dicho argumento no resulta valedero ni justifica la exigencia de contar una estatura mínima, pues, el tamaño y la apariencia son elementos accidentales que por sí mismos no garantizan la idoneidad del servicio o el respeto a la función. (...) Así pues, con base en la jurisprudencia constitucional antes aludida, según la cual la Administración debe cumplir con la carga de justificar la razonabilidad y proporcionalidad del requisito de estatura para acceder a un cargo en relación con sus funciones, la Sala evidencia en este caso la carencia de una justificación objetiva y razonable respecto de la limitación impuesta al accionante como requisito de ingreso para acceder a los cargos de dragoneantes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (...) [Así las cosas,] la Sala confirmará la providencia impugnada, toda vez que el Tribunal Administrativo del Cauca tuteló los derechos fundamentales [de la parte actora]”.

La Procuraduría General de la Nación vulneró el derecho al debido proceso al nombrar al concursante en un lugar distante a su lugar de residencia, desconociendo el orden de mérito y afectando sus condiciones familiares.

RADICADO: 05001-23-33-000-2017-02146-01[AC]

FECHA: 15/01/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jaime Andrés Vásquez Mesa

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Procuraduría General de la Nación trasgredió el derecho fundamental al debido proceso del accionante al nombrarlo como profesional universitario, código 3PU, grado 17, en la Procuraduría Regional de Vichada, sin considerar que optó por otras sedes territoriales, que fue nombrado en otra regional y que ya había aceptado el respectivo nombramiento?

Tesis: “[A]dvierte esta Sala (...) que le asiste razón al accionante cuando afirma que con el nombramiento que se realizó en la Procuraduría Regional de Vichada se vulneró su derecho fundamental al debido proceso y se afectaron gravemente sus condiciones laborales y familiares toda vez que entre el municipio de Andes donde reside junto con su familia y la ciudad de Puerto Carreño ubicada en el Departamento de Vichada, existe una distancia de aproximadamente 1.497 kilómetros, es decir, un trayecto de 29 horas por vía terrestre, situación

que constituye una vulneración a los derechos fundamentales tanto del accionante como de su núcleo familiar. De igual manera, observa la Sala de Subsección que [él actor] previamente había aceptado el nombramiento realizado en la Procuraduría Provincial de la ciudad de Mangangué, sede que no había señalado como de su preferencia pero que no desmejoraba ostensiblemente su situación familiar por lo que en ese sentido, contaba con una expectativa legítima de laborar en un lugar relativamente cercano a su municipio de residencia. En suma, de la respuesta dada por parte de la Procuraduría General de la Nación respecto del estado de la lista de elegibles dentro de la convocatoria 051 de 2015, la Sala advierte que (...) a pesar de encontrarse otras plazas disponibles la entidad no procedió a hacer el nombramiento del accionante en un lugar más cercano a su sede familiar existiendo la posibilidad de hacerlo”.

Vulneración del derecho de acceso a cargos públicos al no efectuar los nombramientos utilizando la lista de elegibles.

RADICADO: 76001-23-33-000-2022-00479-01 [AC]

FECHA: 06/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Yaneth Patricia Patiño Capote, Luis Guillermo Olea Guevara

DEMANDADO: Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿[E]l ICBF vulneró los derechos fundamentales de los señores [L.G.O.G.] y [Y.P.P.C.] al no impregnar celeridad en la provisión de los cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 en la planta de personal de dicha institución, de conformidad con la lista de elegibles contenida en la Resolución 715 de 2021, de la cual hacen parte?

Tesis: “De conformidad con el recuento de los elementos probatorios aportados al expediente, la Sala concluye que: (...) Actualmente, de conformidad con la Resolución No. 0715 del 26 de marzo de 2021, los señores [Y.P. P.C.] y [L.G.O.G.], ocupan la posición 124, con 70,08 puntos y 131 con 70,01, de la lista unificada para proveer las vacantes del empleo Defensor de Familia Código 2125, Grado 17. (...) El ICBF ha adelantado las gestiones pertinentes para proveer las vacantes de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, en estricto orden de ejecución de la lista de elegibles contenida Resolución No. 0715 del 26 de marzo de 2021. (...) A la fecha, se señaló que, para la provisión de las 124 vacantes reportadas, se han realizado 168 nombramientos en periodo de prueba con los

elegibles que integran la Lista Unificada de Elegibles contenida en la Resolución 0715 de 2021, de las posiciones 1 a la 114 y dos elegibles de la posición 115. (...) La última actuación registrada en aras de continuar con la respectiva Lista Unificada de Elegibles, data, presuntamente, del mes de noviembre de 2021, al realizarse el nombramiento en 6 vacantes con los elegibles que ocuparon las posiciones 114 y 115. (...) De los últimos elegibles nombrados, puesto 114 a 115, a aquellos ocupados por los accionantes 124 y 131, es evidencia la existencia de elegibles con mejor derecho frente a los nombramientos pretendidos, según lo informó el ICBF en su escrito de impugnación. (...) De acuerdo con lo expuesto, tal como lo consideró el a quo, es procedente acceder a la solicitud de amparo en el entendido que, si a la fecha no lo hubiere hecho, el ICBF, en coordinación con la CNSC, continúe con las actuaciones pertinentes para lograr la debida ejecución de la Lista Unificada de Elegibles contenida en la Resolución 0715 de 2021, ante la existencia de vacantes disponibles del empleo Defensor de Familia Código 2125, Grado 17. (...) Ahora, en cuanto a la petición de ordenarse

los nombramientos de los señores [Y.P.P.C.] y [L.G.O.G.], se advierte su improcedencia pues, como quedó acreditado, existen elegibles en posiciones más favorables quienes, primeramente, tendrían el derecho a ello; razón por la cual, emitir una orden en los términos pretendidos, reñiría con el principio del mérito y el derecho a la igualdad de todos los elegibles”.

Los funcionarios judiciales no pueden negarse a nombrar en el cargo vacante a la ciudadana que se encuentre primera en el registro de elegibles, a pesar de que el empleo esté ocupado por un prepensionado.

RADICADO: 05001-23-33-000-2022-00448-01[AC]

FECHA: 19/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Yohana Orozco Castaño

DEMANDADOS: Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia Antioquia y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La orden de amparo proferida por el juez de primera instancia vulnera el derecho a la estabilidad reforzada del señor Rigoberto Díaz en su calidad de prepensionado?

Tesis: “No se configura ninguna violación a los derechos fundamentales del señor [impugnante] en su calidad de prepensionado, por cuanto está acreditado, de acuerdo con la respuesta del 15 de marzo de 2022 brindada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia a la solicitud realizada por la accionante sobre el cargo de escribiente del juzgado pluricitado. (...) Es decir, el [impugnante] ostenta la propiedad del cargo de escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Antioquia), lo cual asegura que pueda seguir cotizando al sistema de seguridad social para obtener su pensión, en consecuencia, la orden del Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia

no afecta de modo alguno ni desconoce su calidad de prepensionado, de tal manera que la decisión impugnada será confirmada. Por último, teniendo en cuenta que la funcionaria judicial del Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Antioquia), como nominadora de ese despacho conocía la situación jurídica del señor [impugnante], esto es, que ostentaba el cargo de escribiente en propiedad, y aun así no procedió a nombrar como secretaria a la accionante conforme lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJANTA22-17 del 7 de enero de 2022, la Sala de Decisión la conminará para que en futuras oportunidades se abstenga de incurrir en actuaciones como la analizada, que vulneran flagrantemente los derechos de acceso a la carrera administrativa, trabajo, debido proceso e igualdad de quienes concursaron y obtuvieron por mérito el cargo al que aspiraron”.

La Universidad Tecnológica del Chocó debe realizar nuevamente la prueba de análisis de antecedentes para proveer los empleos vacantes convocados, aplicando el mismo parámetro de calificación y utilizando la misma tabla porcentual. En caso de ser pertinente, debe expedir una nueva lista de elegibles

RADICADO: 27001-23-31-000-2017-00109-01(AC)

FECHA: 01/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Procuraduría 186 Judicial I para Asuntos Administrativos, en representación de Orlando Palacios Angulo

DEMANDADO: Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿[...] la Universidad Tecnológica del Chocó vulneró los derechos fundamentales del accionante, con ocasión de la evaluación de antecedentes realizada dentro de la Convocatoria 001 de 2016 «Por la cual se convoca a concurso de mérito, abierto y de ascenso, para proveer definitivamente los empleos vacantes en la planta de personal no docente de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa»?

Tesis: “[A]dvierde esta Sala que los parámetros de calificación establecidos en el artículo 28 de la Resolución 5124 de 2016, y en el artículo 28 del Acuerdo 0019 de 2006 para el análisis de antecedentes, introdujeron una diferenciación que no responde a un criterio objetivo, pues evidentemente privilegia a quienes se inscriben para el concurso de ascenso, frente a quienes aspiran a ingresar al ente universitario. (...). [S]urge con nitidez que el diseño de parámetros de calificación con criterios que diferencian a aquellas

personas que ya están inscritas en carrera y aspiran al ascenso frente a los que se inscriben para el ingreso, quebranta abiertamente el derecho a la igualdad, pues, en palabras de la Corte Constitucional, este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad. Por tanto, aunque en principio, al accionante le asiste otro medio de defensa a fin de controvertir las normas del concurso cuestionadas en esta sede constitucional, se impone a esta Sala de Subsección inaplicarlas, por vía incidental o de excepción, ante su evidente contradicción con la Constitución, como lo dispone el artículo 4 de la Carta, en cuanto establecen dos tablas diferentes para la evaluación y análisis de antecedentes de los concursantes. Lo anterior, con el fin de

que los participantes que aspiraron al cargo de profesional especializado, labor auxiliar de presupuesto, código 2028, grado 16, dentro de los cuales se encuentra incluido el señor [O.P.A.], sean evaluados en este ítem bajo los mismos parámetros de calificación, es decir, con la misma tabla porcentual; y de arrojar resultados diversos, se expida nuevamente una lista de elegibles”.

Vulneración de los derechos fundamentales de un participante en un concurso de méritos por exceso ritual manifiesto al ser excluido del proceso por no acreditar la calidad de ciudadano, pese al conocimiento previo de esta condición por parte de la entidad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-05927-01[AC]

FECHA: 9/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Carlos Alberto Valdelamar Ruiz

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Administración de Carrera Judicial y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a cargos y funciones públicas e igualdad del actor al excluirlo del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, por no demostrar la condición de ciudadano en ejercicio?

Tesis: “[S]egún el Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, uno de los requisitos para los aspirantes del concurso era ser ciudadano en ejercicio, de acuerdo con lo cual se exigía copia de la cédula de ciudadanía. Que según los actos administrativos que excluyeron al accionante, no aportó completa la cédula de ciudadanía (solo la parte frontal), motivo por el cual no probó la calidad de ciudadano en ejercicio. (...) [L]a Corte Constitucional ha reconocido que si bien la cédula de ciudadanía acredita la calidad de ciudadano en ejercicio, también ha aceptado que no es la única manera de probarlo, puesto que cuando esta [sic] de por medio la vulneración de un derecho fundamental las

entidades públicas deben acudir a los sistemas tecnológicos a fin de individualizar al titular del derecho con el propósito de evitar que los formalismos socaven el derecho sustancial. En esa línea de ideas, tratándose del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto como causal específica de procedencia de la tutela contra acto administrativo el cual se asimila de la tutela contra providencia judicial, la Corte Constitucional ha dicho que este se configura cuando la autoridad judicial, en este caso administrativa, utiliza o concibe los procedimientos como obstáculo para la eficiencia del derecho sustancial, por ejemplo, al incurrir en un exceso de severidad procedimental en la apreciación de las pruebas. Bajo ese contexto, la Sala de Subsección considera que el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas e igualdad del [actor], al excluirlo del concurso de méritos convocado mediante el Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, al incurrir en un exceso ritual manifiesto porque: (i) desde el

momento de la inscripción al concurso debió incluir los datos de la cédula de ciudadanía, (ii) al presentar la prueba de conocimientos debió exhibir la cédula de ciudadanía al empleado asignado de la Unidad de Carrera de la Rama Judicial a fin de verificar su identidad y acceder al examen, (iii) prestó sus servicios a la Rama Judicial en el cargo de auxiliar ad honorem del Tribunal Administrativo de Bolívar, para lo cual debió anexar copia del documento de identidad según consta en la Resolución No. 015 de 2013, de tal manera que el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar contaba con esta información y podía verificarlo en sus archivos o pedir la colaboración al Tribunal citado para que lo allegara y, (iv) para la inscripción y expedición de su tarjeta profesional de abogado debió aportar copia de su cédula de ciudadanía, en consecuencia, ese documento también reposaba en los archivos de la Unidad de Registro Nacional de Abogados de la Rama Judicial y la Unidad de Administración de la Carrera Judicial podía solicitarlo. Esto es, las entidades accionadas comprometieron las garantías fundamentales del accionante invocadas en protección por una severidad procesal que pudo superar si hubiere considerado los eventos anteriores o consultado en los archivos de la Rama Judicial en los que reposa el documento requerido, como sí lo hizo en el caso de otro de los concursantes, el señor [I.D.G.C.], respecto del cual resolvió que «por haber acreditado experiencia en diferentes cargos de la Rama Judicial no se le debe exigir tal requisito» refiriéndose a la exigencia de ciudadano en ejercicio, por consiguiente, repuso la decisión de exclusión de este participante para que continuara en el proceso de selección, lo que debió suceder con el accionante quien también acreditó experiencia en la Rama Judicial como auxiliar ad honorem. Asimismo, el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Unidad

de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura desconocieron el principio del mérito dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política por descartar a un concursante que superó las pruebas de conocimientos, aptitudes y/o habilidades al asumir un posición irrestricta en relación con una exigencia que cumplió desde el momento de la inscripción y que fue posible verificar (i) al momento de presentar el examen, (ii) consultar sus archivos o (iii) recurrir a las otras entidades donde prestó sus servicios, el Tribunal Administrativo de Bolívar. Así las cosas, con fundamento en los argumentos precedentes, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la tutela y en su lugar amparará los derechos del [actor], en consecuencia, se dejarán sin efectos parcialmente las Resoluciones Nos. CSJBOR21-569 del 20 de mayo de 2021 y CSJBOR21-800 del 6 de julio de 2021 proferidas por el presidente del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Resolución CJR21-0264 del 17 de agosto de 2021 expedida por la directora de la Unidad de Administración de la Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto excluyeron al accionante del concurso de méritos convocado a través del Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, por no acreditar la calidad de ciudadano en ejercicio, al incurrir en un exceso ritual manifiesto. En ese sentido se ordenará al Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia profiera una nueva decisión respecto a la situación jurídica del accionante en el concurso de méritos convocado a través del Acuerdo CSJBOA17-609 del 6 de octubre de 2017, en la que tenga en cuenta las consideraciones aquí expuestas de tal manera que le permita continuar en las siguientes etapas del proceso de selección”.

“Entre los requisitos generales de procedibilidad, para la prosperidad de la acción de tutela, se encuentra la exigencia de la subsidiariedad, que implica el agotamiento de todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada, el cual no se cumplió en el presente caso. En efecto, considero que en el sub lite se expidió el registro de elegibles y, en esa medida, el peticionario de la salvaguarda contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para discutir la legalidad

de los actos administrativos que consideraba lesionaron sus derechos subjetivos, conforme a lo expuesto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden de ideas, advierto que no había lugar a acceder al amparo, sino que la solicitud de la referencia debió ser rechazada por improcedente, ante el incumplimiento de la exigencia general de la subsidiariedad, como causal de procedibilidad de este mecanismo en contra de providencias judiciales”.

Los funcionarios judiciales no pueden negarse a nombrar en el cargo vacante aplicando el registro de elegibles, aduciendo que el empleado que ocupa el cargo en provisionalidad tiene estabilidad laboral reforzada.

RADICADO: 66001-23-33-000-2022-00086-01 [AC]

FECHA: 19/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Rubén Darío Gómez Vallejo

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura de Risaralda y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulnera el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda y el Juez Coordinador del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira los derechos fundamentales del accionante con ocasión de la ejecución de la correspondiente lista de elegibles para el cargo de Citador Grado III, que ocupa en provisionalidad, y el desconocimiento de la protección laboral reforzada que le asiste debido a su condición médica?

Tesis: “El señor [R.D.G.V.], acudió al Juez de tutela con el fin de que, en amparo de sus derechos, dada la protección laboral reforzada que le asiste por su condición médica, se ordene al Juez Coordinador del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira suspender la ejecución de la correspondiente lista de elegibles respecto del cargo de Citador Grado III que ocupa en provisionalidad. (...) [L]a Sala concluye que, la jurisprudencia constitucional ha sido pacífica y enfática en se-

ñalar que, por regla general, no existen tensión de derechos entre quien debe ser nombrado en propiedad, previa aprobación satisfactoria del respectivo concurso de mérito, y aquel que desempeña el cargo en provisionalidad; pues, claramente, le asiste mejor derecho al primero de ellos, de acuerdo con los postulados constitucionales que amparan el ejercicio de empleos públicos bajo el pilar de la meritocracia. (...) Ahora, también es cierto que respecto de la regla general descrita existe una excepción dirigida a aquellos provisionales a desvincular consecuencia de la ejecución de la respectiva lista de elegibles que cuenten con protección laboral relativa, esto es, aquellas personas en situación de discapacidad, las madres y padres cabeza de familia y los prepensionados. (...) [E]n el caso concreto, tal como lo refirió el a quo, no

es posible establecer el derecho a una estabilidad laboral reforzada relativa en favor del señor [R.D.G.V.], (...) [C]onsidera la Sala que se debe negar el amparo respecto de la pretensión de reintegro o reubicación del señor [R.D.G.V.], ante la ausencia de la concreción del daño y la presunta falta de resolución por parte de la juez coordinadora del Centro de Servicios de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira acerca de la solicitud de reconocimiento de protección laboral reforzada. (...) [L]a Sala considera que, dada la urgencia de un pronunciamiento al respecto, en esta oportunidad, de oficio se amparará el derecho de petición del señor [R.D.G.V.], pese a que su protección no fue invocada, pues, en definitiva, de la referida fecha a hoy, ha transcurrido más de un mes, sin que se hubiere emitido respuesta alguna”.

Amparo del derecho a la estabilidad reforzada de una empleada prepensionada nombrada en provisionalidad en un cargo ofertado en concurso de méritos y el derecho a la carrera administrativa del participante que ocupó el primer puesto para el mismo.

RADICADO: 66001-23-33-000-2016-00877-01[AC]

FECHA: 05/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Margarita Silva Hidalgo

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa

- Consejo Seccional de Risaralda y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura desconoció la calidad de prepensionada de la actora y los derechos de carrera administrativa del concursante en el concurso de méritos?

Tesis: “[S]e observa que la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda es quien adelantó la convocatoria y selección del concurso de méritos, lo cual guarda concordancia con la Ley 270 de 1996, la cual dispone que corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y Seccionales de la Judicatura adelantar los concursos. (...) la Dirección Seccional de Administración Judicial de Pereira certificó ante la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda la situación de prepensionada de la [actora]. Pese a lo anterior esta última publicó el cargo que ella ocupaba. (...) se percibe que han sido vulnerados los derechos no sólo de la [actora], sino también del señor [M.V.P.] ante la publicación del cargo objeto de discusión. En consecuencia, es necesario proteger los derechos fundamentales a la accionante y al vinculado de la presente acción de tutela.

Lo anterior, por cuanto la [actora] demostró que ostenta la calidad de prepensionada y el señor [M.V.P.] acreditó que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles del concurso de méritos al cargo de Profesional Universitario Grado 12, Talento Humano, Laboral. (...) Se modificarán los ordinales 1 y 2 de la sentencia del 30 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Segunda de Decisión, en el sentido de tutelar el derecho a la estabilidad laboral de la [actora] y el derecho a la carrera administrativa del señor [M.V.P.]. Igualmente, ordenar a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda y a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Pereira que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, de manera conjunta y de acuerdo con sus competencias, garanticen el derecho a la estabilidad laboral de la accionante en un cargo igual, similar o de superiores condiciones. Asimismo, el derecho a la carrera administrativa del señor [M.V.P.] nombrándolo en el cargo de Profesional Universitario Grado 12, Talento Humano, Laboral, conforme a los términos de la Ley 270 de 1996”.

Reintegro al servicio de persona con estatus de prepensionada.

RADICADO: 88001-23-33-000-2016-00060-01(AC)

FECHA: 20/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Ingrid Polanía Chaux

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Deben ser reintegradas las personas próximas a consolidar su estatus pensional, que fueron desvinculadas del cargo que ostentaban en provisionalidad, con ocasión de un concurso público de méritos?

Tesis: “[L]a accionante fue desvinculada del servicio por una justa causa que tiene como fundamento la provisión del cargo por concurso de méritos (...) Como se encontró probado, es persona de 57 años y para este momento cumple con las 1300 semanas de cotización (...) sin embargo, (...) aún no se ha consolidado su estatus [pensional] en atención a que, de un lado, no se ha corregido la totalidad de su historia laboral por parte de Colpensiones, y, de otro, no se ha resuelto su solicitud de cambio de régimen; trámites administrativos que no pueden imponérseles como carga (...) Con todo, para este momento no es posible que el derecho de estabilidad laboral reforzada que le asiste a la

actora, desplace los derechos de la persona que luego de superar el proceso de selección correspondiente fue nombrada en periodo prueba en el cargo desempeñado en provisionalidad por la aquí accionante, por lo que es deber de la Sala de decisión garantizar los derechos de ambas partes (...) [D]e la información proporcionada por la Procuraduría General de la Nación, [se desprende que] existen en las convocatorias 001-2015, 002-2015 y 005-2015, un número de cargos ofertados superior al número de elegibles, de forma tal que habrá de ordenar a la accionada reintegrar a la actora en alguna de aquellas vacantes; y/o en caso de no ser posible, que proceda a realizar el reintegro en alguno de los cargos de asesor, directivo o profesional de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo a su condición de abogado, su especialidad y, la labor que realizaba”.

Se ordena al Ministerio de Trabajo el reintegro de persona con estatus de prepensionada hasta tanto no sea incluida en nómina de pensionados, pese a existir lista de elegibles para proveer el cargo en propiedad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-01744-01 (AC)

FECHA: 15/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Yanette Padilla de Pinzón

DEMANDADOS: Tribunal Administrativo de Santander y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Deben ser reintegradas las personas próximas a consolidar su estatus pensional, que fueron desvinculadas del cargo que ostentaban en provisionalidad, con ocasión de un concurso público de méritos?

Tesis: [L]a señora [Y.P.D.P.], cuenta con la edad para obtener la pensión de vejez y le faltan aproximadamente 99 semanas, es decir menos de tres años, para cumplir la totalidad de las requeridas para acceder a la pensión de vejez, y por ende cumple con lo señalado para acreditar su condición de prepensionada. (...) [S]i bien el Ministerio de Trabajo informó que en razón a la lista de elegibles conformada por 65 aspirantes para proveer 47 vacantes del empleo Inspector del Trabajo y Seguridad Social Código 2003 Grado 14, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, no pudo aplicar la orden de protección contemplada en el parágrafo 2 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017 ya que el número de aspirantes fue mayor al de vacantes ofertada, no demostró que hubiese tomado medidas para proteger el estatus de prepensionada de la accionante. (...) [E]s evidente que no era consecuente con el estatus de prepensionado de la accionante que

se produjera su retiro del servicio sin que antes se tomaran las medidas que ameritaban la protección especial ya que no podía ser desvinculada hasta cuando fuere incluida en nómina de pensionados, pues, es un sujeto de especial protección constitucional beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, lo que lo que impone al juez constitucional emitir una orden que permita la satisfacción material de los derechos fundamentales en juego. (...) Ahora bien, no desconoce la Sala que si ya se proveyó el cargo con quien legítimamente superó todas las etapas del proceso de selección, esta circunstancia no obsta para que se acceda al amparo invocado, pues no puede desatenderse la especialísima condición de prepensionada que gobierna la situación de la accionante. (...) [L]a orden de amparo no puede afectar los derechos de la señora [S.M.M.F.] quien fue nombrada en el cargo que ostentaba la accionante, ya que los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora. (...) [S]e ordenará al Ministerio del Trabajo proceder a efectuar el reintegro de la señora [Y.P.P.] a un cargo de los niveles de inspectora de trabajo y seguridad social dentro de la planta administrativa de la entidad, con un salario

equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba. (...) Dicho reintegro será hasta tanto PORVENIR reconozca la pensión de jubilación de la accionante y la incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que la señora [Y.P.P.] cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrada no sea provisto por concurso de méritos”.

La madre gestante desvinculada de un cargo con nombramiento en provisionalidad tiene derecho a la aplicación de acciones afirmativas, como el pago de la licencia de maternidad y los aportes al sistema de salud.

RADICADO: 50001-23-33-000-2022-00045-01 [AC]

FECHA: 20/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Maritza Johanna Carrillo Flórez

DEMANDADO: Juzgado Cuarto (4º) Penal Especializado del Circuito de Villavicencio

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Debería revocarse la decisión de primera instancia del Tribunal Administrativo del Meta, por medio de la cual se amparó el derecho al trabajo de la accionante, por haberse incumplido las reglas especiales de protección a la madre gestante establecidas en la jurisprudencia constitucional?

Tesis: “La Sala considera que la decisión tomada por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, resulta ser contraria con las reglas jurisprudenciales vigentes, referentes a la provisión de cargos de carrera administrativa o judicial, ocupados en forma provisional por mujeres en estado de embarazo; en las que se ha precisado dos reglas de protección a saber: (i) el cargo debe ser ofertado entre los últimos a ser provistos y (ii) en caso de que se concrete el nombramiento en propiedad, corresponde al empleador garantizar la afiliación al sistema de salud de la gestante, cuando menos hasta la terminación de la licencia de maternidad. (...) Visto lo anterior, la sala destaca que al momento del presunto alumbramiento,

derivado de la fecha informada por las partes, esto es el 24 de febrero de 2022, la accionante se encontraba prestando sus servicios en Villavicencio, su entidad nominadora era el Juzgado Cuarto (4º) Penal Especializado del Circuito de Villavicencio y estaba incluida dentro de la nómina de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de esa ciudad; luego no asiste razón a la entidad impugnante, cuando insiste en desconocer su responsabilidad frente a la observancia de las acciones afirmativas referentes al fuero de estabilidad laboral relativa de la actora. (...) En tal virtud, la Sala considera que la intervención del juez constitucional es imperiosa, en la medida que es menester proteger los derechos invocados por la [actora]; razón por la que se ordenará a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Villavicencio, como en efecto lo dispuso el a quo, que realice las gestiones administrativas necesarias, en aras de garantizar el pago de la licencia de maternidad y los aportes al sistema general de seguridad social en salud a la actora, en tanto concluye tal licencia”.

Las madres cabeza de familia, nombradas en provisionalidad en cargos de carrera, tienen derecho a la estabilidad laboral y, por lo tanto, se debe buscar su vinculación eventual en caso de presentarse una vacante.

RADICADO: 08001-23-33-000-2022-00046-01 [AC]

FECHA: 7/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Elka Patricia Alvis Pinto

DEMANDADO: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Atlántico y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, trabajo, igualdad, mínimo vital, seguridad social y vivienda digna de la accionante, al retirarla del cargo que ocupaba en provisionalidad como citador III grado 00, sin tener en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada al ser madre cabeza de familia?

Tesis: “[E]l Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Barranquilla señaló que si bien la accionante no comunicó de forma escrita su situación especial, sí era de amplio conocimiento para el despacho y la Rama Judicial del Atlántico que la accionante ostentaba la calidad de madre cabeza de familia y tiene a su cargo a su madre quien se encuentre enferma, tanto así, que en algunas oportunidades entre los mismos compañeros realizaron recolectas para poder ayudarla con los gastos de los medicamentos de su señora madre y de su hijo. (...) Conforme a lo anterior, y como quedó consignado en el registro civil de nacimiento de su hijo, como datos de los padres únicamente se encuentra registrada la señora Alvis Pinto, es decir es ma-

dre cabeza de familia de su hijo de nueve años y tiene a su cargo a su madre de 78 años, quien además se encuentra diagnosticada con demencia vascular, según historia clínica aportada. (...) Finalmente, la accionante manifiesta que no cuenta con ayuda de ningún otro miembro de su familia y que, por el contrario, es ella quien les provee soporte económico para asegurar su subsistencia, la de su hijo y la de su señora madre. (...) Circunstancias que, para esta Sala de Subsección, demuestran que la señora [E. P.A.] es el sustento, tiene el cuidado y manutención de su familia, ya que su madre y su hijo dependen económicamente de ella y su retiro del servicio evidencian la dificultad que puede surgir para conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y la de su familia a cargo. Con todo, si bien al plenario no se aportó evidencia que demuestre que dicha circunstancia hubiera sido puesta en conocimiento de manera escrita, lo cierto es, que para la nominadora era un hecho notorio pues en su informe señaló que conocía de la situación especial de la accionante, no obstante, aseguró que al no tener la solicitud escrita por parte de la señora

Alvis Pinto antes de que se ofertara el cargo, no realizó ningún reporte ni tomó ninguna medida encaminada a proteger dicha condición. (...) Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada de una madre cabeza de familia no es absoluta, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos y en ese sentido, lo que debe procurar es proveer dicho cargo como última medida con quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, con el propósito de garantizar también a ellos sus derechos fundamentales. En esa medida, aunque la accionante cuenta con un fuero de estabilidad laboral reforzada derivado de su condición de madre cabeza de familia, también es cierto que existe una tensión entre la protección de sus derechos y el respeto de la carrera administrativa y de los resultados del concurso de méritos adelantado para proveer cargos en la

Rama Judicial, por lo que no es dable acceder a la pretensión de reintegro al cargo que ocupaba y que ya fue provisto, pues esta decisión conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que ganó el concurso de méritos, quien accedió al cargo por meritocracia e implicaría el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión a cargos públicos. (...) Por esta razón, la Sala considera que el amparo únicamente es procedente, en el evento de existir o presentarse vacantes disponibles al momento de la notificación de esta providencia, o en caso de que existan vacantes futuras en provisionalidad, el Juzgado Primero Penal Del Circuito Especializado de Barranquilla debe nombrar a la señora [E.P.A.P.] a un cargo igual o equivalente al que ocupaba, siempre y cuando persistan las condiciones para considerar que tiene la condición de madre cabeza de familia”.

El cumplimiento del periodo de nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil es causal suficiente para proceder al retiro del servidor.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-04265-01

FECHA: 6/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Registraduría Nacional del Estado Civil

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, incurrió en el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial?

Tesis: “La Ley 909 de 2004 (...) estableció el sistema genera[l] de carrera administrativa y no enlistó como un sistema específico a la Registraduría Nacional del Estado Civil; sin embargo, con la Constitución Política de 1991, éste se elevó a rango constitucional, a partir de la modificación introducida al artículo 266, por el artículo 15 del Acto Legislativo 01 de 2003, en donde se indicó lo siguiente:

‘Artículo 266, Modificado por el artículo 15 del Acto Legislativo 01 de 2003 (...)
La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que proveerá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley (...).

Con el propósito de desarrollar el contenido del Acto Legislativo 01 de 2003, el Congreso de la República expidió la Ley 1350 de 2009, por medio de la cual se reglamentó la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil y respecto a la forma de provisión de los empleos y vinculación de personal, en su artículo 20, dispuso lo siguiente:

‘(...) c) Nombramiento provisional discrecional: *Esta clase de nombramiento es excepcional y solo procederá por especiales razones del servicio. El término de la provisionalidad se podrá hacer hasta por seis (6) meses improrrogables; deberá constar expresamente en la providencia de nombramiento. En el transcurso del término citado se deberá abrir el concurso respectivo para proveer el empleo definitivamente’.*

(...) [L]a Ley 1350 de 2009, de manera expresa señala que el nombramiento provisional discrecional es por 6 meses, al cabo de los cuales la persona nombrada está en la obligación de retirarse del cargo, sin que exista acto de la adminis-

tración que así lo disponga y menos que se deba consignar las motivaciones en ese sentido. (...) Recientemente, en sede de tutela, el Consejo de Estado ha proferido las siguientes providencias: i) 3 de agosto de 2016, de la sección cuarta, expediente 2016-00371-01 y, ii) 16 de agosto de 2018, de la sección quinta, expediente 2018-01299-01, con las que se ha decantado dicha posición. En este orden de ideas, la Sala observa que la Sentencia de 4 de junio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E, incurrió en un defecto sustantivo, porque no efectuó un razonamiento interpretativo del literal c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, de acuerdo con los elementos probatorios allegados al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pues era evidente que a la señora [B.J.C.R.] le era aplicable tal precepto normativo, dada su condición de provisionalidad. En efecto, es pertinente resaltar que la señora [B.J.C.R.] desde el primer instante en que se vinculó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, tenía conocimiento que su nombramiento era provisionalidad, por un periodo de 6 meses, con cuyo vencimiento finalizaba la relación laboral, sin que fuera necesaria la expedición de un acto administrativo para el efecto, de acuerdo con la disposición especial que rige la vinculación del personal en provisionalidad, previsto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009. Así las cosas, el Tribunal, al analizar la situación laboral de la señora [B.J.C.R.], a partir de la necesidad de motivación de los actos administrativos de retiro de los provisionales, y concluir que la Registraduría Nacional del Estado Civil, no expresó en ninguna parte del acto, las razones para no prorrogar el nombramiento en provisionalidad, ni indicó a la demandante las razones claras y precisas para prescindir de sus servicios; le impuso cargas adicionales a la administración que no le correspondían, desconociendo que sobre el asunto existía disposición legal especial, que

regulaba los límites de la vinculación de los servidores vinculados en provisionalidad en esa entidad. De lo expuesto entonces, resulta inapropiado pensar en la necesidad de exigir la motivación frente a la desvinculación de la señora [B.J.C.R.] del cargo de Registrador Auxiliar 3015-04 cuando desde el mismo acto de nombramiento se establecieron las particularidades temporales del mismo. Es claro que el nombramiento de la señora [B.J.C.R.] fue de manera provisional, por un término de seis (6) meses, de acuerdo con las disposiciones del literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009. En efecto, el oficio GGTH-900 de 27 de abril de 2016, por medio del cual se le comunicó a la señora [B.J.C.R.] el retiro del servicio, fue emanado con fundamento en lo dispuesto en el literal c) del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009, esto es, razonado en el vencimiento del término de 6 meses, para el cual fue estipulado la procedibilidad del nombramiento en provisional, por mandato del legislador. En este sentido, se resalta que no era necesario que la entidad motivara su decisión de retirar a la señora [B.J.C.R.] del cargo de Registrador Auxiliar, con mayores argumentos a la temporalidad que le impone la disposición referida, puesto que ella conocía, desde el principio de cada nombramiento en provisionalidad, que la vigencia del mismo se daba por el término de 3 o 6 meses; lo que significa que debía retirarse al vencimiento de este período. Es decir, la motivación del retiro se debe entender como implícita en el acto de vinculación, sin que fuera necesario que al finalizar dicho período se profiriera otro acto en el cual se explicitara, explicara o manifestara razones adicionales por las cuales se le retiraba del servicio. En este orden de ideas, se observa que el análisis, valoración fáctica y normativa efectuada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, no se encuentra ajustada a los parámetros del artículo 230 de la Constitución Política; puesto que, desconoció las normas especiales de la carrera

de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Por otro lado, en cuanto al presunto desconocimiento del precedente que alega la parte actora, es pertinente aclarar que la sentencia del 28 de julio de 2021, dictada por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado que revocó la sentencia de tutela del 12 de marzo de 2020, proferida por la Sección Primera de la Corpo-

ración, no se puede aplicar como precedente porque: (i) las sentencia de tutela solamente tienen efectos inter-partes; (ii) las providencias de tutela emanadas por las secciones del Consejo de Estado, no constituyen precedente sino antecedente y (iii) porque es posterior a la providencia expedida el 4 de junio de 2021, que se constituye en el objeto de esta tutela”.

Salvamento de voto del magistrado Carmelo Darío Perdomo Cuéter

“En el sub lite se tiene que la señora [B.J.C.R.] se vinculó provisionalmente al referido ente estatal, de acuerdo con el precitado artículo 20 (letra c) de la Ley 1350 de 2009, pero en su caso dicha forma de provisión de empleos fue usada en varias oportunidades, puesto que, conforme a los documentos adosados al expediente de tutela, el 2 de marzo de 2015 ingresó como registradora auxiliar 3015-04, de manera provisional, mediante Resolución 209, por el término de tres (3) meses, nombramiento prorrogado en dos ocasiones por ese mismo plazo (3 meses), con Resoluciones 474 de 3 de junio y 739 de 2 de septiembre de 2015; y, luego, fue vinculada de nuevo en el mencionado empleo, por medio de Resolución 1112 de 30 de noviembre de 2015, por un lapso de seis (6) meses. Respecto de este último vínculo, con oficio GGTH 900 de 27 de abril de 2016, se le informó que a partir del 1º de junio de ese año finalizaba, por vencimiento del término de duración. En este orden de ideas, la señora Bibiana Judith Calderón Rico laboró en la Registraduría, en condición de registradora auxiliar 3015-04, durante un (1) año y tres (3) meses, en virtud de cuatro resoluciones de nombramiento, es decir, por un término superior al estipulado en la letra c del artículo 20 de la Ley 1350 de 2009 (en forma ininterrumpida), de lo que se infiere que no resultaba dable que se adujera

el fenecimiento del término de duración de su último nombramiento como causa de su retiro, por el contrario, como lo determinaron los magistrados accionados, el ente estatal debía motivar su desvinculación. Además, se insiste en que el empleador prorrogó en dos oportunidades (para un total de 9 meses) el nombramiento en provisionalidad de la funcionaria, pese a que la norma que regula dicha situación administrativa prevé que aquel tiene una duración de hasta por seis (6) meses, que son improrrogables; y, luego, la incorporó de nuevo al mismo empleo y a través de esa figura de provisión de empleos. Así las cosas, era indispensable que la Registraduría Nacional del Estado Civil consignara las razones reales por las cuales desvinculó a la demandante, pues, de acuerdo con la sentencia SU-556 de 20143 de la Corte Constitucional, los actos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad deben estar expresamente motivados, dada la estabilidad relativa de la que son beneficiarios y con el fin de proteger sus derechos al debido proceso y acceso en condiciones de igualdad al servicio público, máxime cuando en el expediente no se halla probado que su retiro fuera porque el empleo iba a ser ocupado por quien superó el respectivo concurso de méritos, frente al cual tampoco se encuentra evidencia que se haya realizado (...) A partir de los anteriores prolegómenos, salvo mi voto, al

estimar que se debió confirmar el fallo de primera instancia que negó el amparo deprecado, en razón a que, a mi juicio, en la sentencia objeto de censura no se incurrió en defecto alguno, al deducir que era indispensable que el ente estatal demandado en el proceso ordinario expresara en el respectivo acto administrativo las verdaderas razones que motivaron el retiro de la allí actora, habida cuenta de que en su caso particular no era suficiente anteponer el término de su nombramiento en provisionalidad para escamotearle sus derechos frente al cargo de carrera que ejercía”.

Derechos de los niños. Interés superior del menor

Amparo del derecho a la educación de niños en conflicto con la institución educativa por el ejercicio del derecho a la libre expresión.

RADICADO: 25000-23-36-000-2016-02309-01(AC)

FECHA: 09/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: [M.E.P.A.]

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional ha transgredido los derechos deprecados por el señor [J.C.C.O.] al negarle la atención medica requerida para tratar las lesiones sufridas durante el servicio, considerando que no tiene la condición de afiliado ni beneficiario del Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares?

Tesis: “[E]stá demostrado que desde el 17 de enero de 2016 se realizaron varias anotaciones en el observador de la Institución Educativa Santa María del Rio al menor [M.E.P.A] por asistir al colegio sin afeitarse la barba (...) En marzo, el colegio le impuso al menor [P.A] sanción consistente en suspensión temporal por 3 días hábiles (...) Sin embargo, dentro de la acción de tutela presentada por el accionante, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chía (...) decretó como medida cautelar el levantamiento de la sanción impuesta. (...) El 28 del mismo mes y año, el menor asistió colegio. Sin embargo, desde el 6 de abril del 2016, dejó de asistir hasta que se terminó el año escolar (...) El 3 de agosto de 2016, el colegio envía a los padres de los menores [M.E,

A.L y J.S.P.A] un formulario para que realicen la reserva de los cupos del 2017 para sus hijos (...) Sin embargo, el 8 del mismo mes y año, [M.A.C] y [J.C.P], padres de los menores, radicaron una carta en la Personería Municipal y en la Alcaldía Municipal de Chía, en la cual indicaron (...) “En atención al comunicado que hicieron llegar a nuestro hogar [...] solicitamos la reserva de los cupos escolares para el año lectivo 2017 de nuestros hijos [...] Lo hacemos a través de este medio, porque no estamos interesados en responder la encuesta del formulario anexo y, NO aceptamos el condicionamiento subyacente sobre el aspecto personal de nuestros hijos, el cual es violatorio de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales ratificados por Colombia.[...]” (...) se observa que la Institución Educativa les informó que debían realizar la legalización de la matrícula y los padres de los menores no la realizaron. (...) de los argumentos expuestos por los padres ante distintas entidades y del accionante, se advierte que existe una desinformación sobre las órdenes efectuadas en dicha tutela y las implicaciones de esa decisión. En

esa medida, se advierte que existe una problemática entre los padres y el colegio, la cual no ha sido solucionada. Sin embargo, no puede perderse de vista que ello no puede conllevar a la vulneración del derecho a la educación de los menores de edad, el cual se está viendo afectado a la fecha, puesto que [M.E., A.L. y J.S.P.A] se encuentran sin estudio (...) es necesario amparar el derecho a la educación de los menores para que puedan continuar con sus estudios”.

Normativa aplicada

Constitución Política - Artículo 13 / Constitución Política - Artículo 13 / Constitución Política - Artículo 67 / Constitución Política - Artículo 68 / Código General del Proceso - Artículo 287

En el proceso de contratación que dirige el ICBF con el objeto de escoger el operador del programa de atención a la primera infancia, la prevalencia de los derechos de los niños y del interés superior del menor obliga a racionalizar el derecho a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes.

RADICADO: 47001-23-33-000-2016-00053-01 (AC)

FECHA: 02/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Wilson Rentería Riascos y otros

DEMANDADO: Ministerio del Interior y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Debe el ICBF realizar consulta previa a las comunidades afrodescendientes antes de seleccionar el operador del programa de atención a la primera infancia?

Tesis: “[D]e concederse irrestrictamente el derecho a la consulta previa de las comunidades negras, se estarían violentando de manera indefectible los derechos de los niños y niñas que habitan tales poblaciones, puesto que actualmente carecen del programa a implementar,

agravando así su condición de vulnerabilidad previa, cual es la de minoría étnica (...) imponerle un operador para el programa infantil al ICBF, exclusivamente, en razón de su pertenencia y conocimiento de la comunidad afrodescendiente, lejos de salvaguardar sus derechos, podría dar pie a la malversación de los recursos o desconocimiento de los parámetros técnicos y logísticos y la consecuente afectación del servicio prestado a los infantes”.

Cambio de universidad de joven beneficiario del programa “Ser Pilo Paga”

RADICADO: 76001-23-33-000-2017-01146-01 [AC]

FECHA: 17/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Fredis Augusto Puerta Montero en representación de Freddy Augusto Puerta Puerta

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se vulneraron los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y educación del actor al no autorizar su migración de institución educativa, aduciendo que la nueva matrícula excedía en más del 20 % la inicial?

Tesis: “[E]l estudiante tiene la condición de sujeto de especial protección por parte del Estado, debido a que sufre de adicción a las drogas, situación que hacía imperioso adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus derechos (...) en especial, el de la educación, el cual se menguaría de no permitírsele la transferencia de centro educativo. (...) la Sala considera que aunque la finalidad de la exigencia de que la matrícula de la nueva universidad no exceda en más del 20% el precio de la inicial (...) es asegurar la sostenibilidad financiera de los estímulos que comprende el apoyo «ser pilo paga», su relevancia es inferior al derecho que le asiste al estudiante, quien es sujeto de especial protección por parte del Estado, de acceder a la formación superior, máxime cuando esa prohibición no es el medio idóneo para garantizar la conservación de los dineros públicos ni la medida necesaria para

ello, pues de todas las posibilidades, como la de acordar una forma de pago de lo que excediera el porcentaje que cubre el crédito condonable, se adoptó una que afecta el núcleo esencial de la pluricitada prerrogativa. (...) la incapacidad de la madre del estudiante de cuidarlo, quien vive en Cartagena, hace imperioso que se autorice su traslado a la Universidad Autónoma de Occidente ubicada en la ciudad de Cali, habida cuenta que allí está bajo la supervisión de su progenitor, quien lo debe asistir en el padecimiento mental que sufre. En virtud de lo anterior, esto es, a la primacía de la garantía superior a la educación sobre lo estipulado en el reglamento operativo del programa «ser pilo paga», se debe emplear la excepción de inconstitucionalidad (...) respecto del artículo 18 ibidem, por lo que la prohibición allí prevista resulta inaplicable en el asunto sub judice, lo que permite realizar la reubicación materia de controversia. Ahora bien, la Sala estima que para mantener el equilibrio financiero del pluricitado programa educativo, es oportuno ordenar, tal como acertadamente lo hizo el a quo, que el valor de la matrícula de la Universidad Autónoma de Occidente que supere el 20% de la prevista para

la Universidad Tecnológica de Bolívar, debe ser asumida por el joven [F.A.P.P.] o su núcleo familiar. Adicionalmente, es menester exhortar, como lo advirtió el juez de primera instancia, a la Universidad Autónoma de Occidente, para que preste ayuda al alumno con la finalidad de acordar una forma de pago adecuada del monto al que se hizo referencia en el párrafo anterior. En conclusión, se confirmará la sentencia impugnada, a través de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca amparó los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y educación del joven [F.A.P.P.].”

Protección de los pueblos indígenas y grupos étnicos

87

Amparo de los derechos fundamentales de la comunidad indígena wayúu en La Guajira ante la crisis humanitaria derivada de la falta de agua potable y acceso a alimentos.

RADICADO: 44001-23-33-000-2016-01353-01 (AC)

FECHA: 06/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Comunidad Indígena Jikat

DEMANDADO: Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Sala debe decidir si se confirma la decisión de primera instancia que ampara los derechos invocados y hace extensivas las órdenes judiciales dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional los días 11 de diciembre de 2015 y 30 de agosto de 2016, respectivamente, al Ministerio de Educación, o si, como lo alega la entidad, debe ser desvinculada del trámite de tutela, puesto que dentro de sus competencias no está el cumplimiento de lo dispuesto en las mencionadas providencias?

Tesis: “[L]a Sala aclara que no le asiste la razón a la entidad impugnante al manifestar que no está dentro de sus competencias el cumplimiento de las órdenes tendientes a mitigar la crisis humanitaria que sufren los niños indígenas de la comunidad Jikat, de la etnia Wayúu, puesto que como se indicó en la parte considerativa de esta providencia (...) el Ministerio de Educación Nacional hace parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y por tal razón, dentro del marco de la legalidad y de sus competencias debe ejecutar

acciones relacionadas con la protección integral de niños, niñas y adolescentes. (...) El programa de alimentación escolar requiere la articulación del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales y se desarrolla por medio de la expedición de los lineamientos técnicos - administrativos que están a cargo del Ministerio de Educación (...) se señala que pese a que el programa de alimentación escolar no tiene por finalidad mitigar la problemática de desnutrición de la etnia Wayúu, lo cierto es que ese fue creado con el propósito, entre otros, “de ofrecer un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes en edad escolar, registrados en la matrícula oficial (...) En este orden de ideas, la Sala considera que compete al Ministerio de Educación Nacional, como autoridad pública que hace parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y, en su funciones de cofinanciación, articulación y ejecución del programa de alimentación escolar, propender por la garantía y protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de la comu-

nidad Jikat, de la etnia Wayú, ubicados en el municipio de Manaure, departamento de La Guajira Así las cosas, como a bien lo tuvo el Tribunal Administrativo de La Guajira, es necesario extender las órdenes judiciales dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, los días 11 de diciembre de 2015 y 30 de agosto, respectivamente, al Ministerio de Educación Nacional, en aras de mitigar la crisis humanitaria que existe en la comunidad Jikat, de la etnia Wayúu, en el departamento de la Guajira”.

La Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deberá garantizar el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo raizal en los proyectos de remoción del cañón de Morgan y el Museo Histórico de la Cultura Raizal.

89

RADICADO: 88001-23-33-000-2017-00077-01[AC]

FECHA: 22/01/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Remigio Barker

DEMANDADO: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal por haber proyectado y ejecutado la peatonalización de una vía urbana, la remoción de un monumento y la construcción de un museo de historia étnica?

Tesis: “[E]sta Sala considera que la intervención de «un tramo» de la avenida Providencia «para uso y tránsito peatonal», no supone una afectación directa para la comunidad raizal de la isla de San Andrés y, por lo tanto, comparte la decisión del a quo de no amparar el derecho a la consulta previa respecto de esta petición. (...) [E]l monumento al «Cañón de Morgan», que por más de 40 años ha permanecido en un mismo sitio en la isla de San Andrés, no puede considerarse un objeto más del mobiliario urbano del municipio, pues hace parte de la identidad de la comunidad raizal, en tanto ícono de la historia del territorio del Archipiélago que recuerda y representa los orígenes de sus habitantes. Por ello, es preciso que cualquier

medida administrativa, bien sea encaminada a su reubicación, alteración o modificación, sea previamente consultada con los raizales, quienes deberán dar su consentimiento para llevar a cabo dichas actuaciones. En ese sentido, la Sala confirmará la decisión del a quo, al estimar necesario implementar el trámite de la consulta previa por parte de la Administración departamental, en relación con cualquier medida que afecte, positiva o negativamente, al mentado monumento histórico. (...) Para la Sala, a pesar de que en el proceso no se encuentra suficiente información sobre el proyecto del Museo Histórico de la cultura raizal (lo único que se acredita es un acuerdo entre las partes para implementar en la isla de San Andrés el museo), la implementación de un museo de historia, que seguramente tendrá por finalidad la exposición a residentes y visitantes del camino sociocultural surtido por los raizales desde sus orígenes hasta la actualidad, no puede quedar a merced de decisiones meramente administrativas y, por tanto, deberá ser consultado con la comunidad de manera previa e inmediata”.

Vulneración del derecho a la alimentación, a la integridad física y a la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena yukpa debido a la falta de control y prevención del contagio de la COVID-19.

RADICADO: 20001-23-33-000-2020-00183-01[AC]

FECHA: 2/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Gobernadores del Pueblo Indígena Yukpa

DEMANDADO: Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las entidades accionadas han garantizado la entrega de las ayudas humanitarias requeridas por los resguardos de la comunidad indígena yukpa y, de esta forma, se encuentran protegidos sus derechos fundamentales a la vida, alimentación e integridad física y cultural como sujetos de especial protección constitucional?

Tesis: “Es de máxima importancia recordar que la comunidad étnica Yukpa goza de una alta y especial protección constitucional, debido a la amenaza o riesgo de exterminio físico y cultural (...). Por ello, resulta ineludible garantizar el goce efectivo de los derechos de la población indígena, para lo cual es necesario que la UNGRD adopte medidas concretas y efectivas para asegurar la entrega efectiva de los kits de alimentación

asignados a los indígenas Yukpa. En consecuencia, se ampararán los derechos fundamentales a la vida, alimentación e integridad física y cultural y, se ordenará a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo y Desastres, que, en el término máximo de cinco días, si aún no lo ha hecho, adelante las gestiones necesarias para el transporte y movilización de las ayudas humanitarias hasta los territorios o áreas rurales en donde están ubicadas las familias indígenas beneficiarias y realice la entrega efectiva de aquellas. Asimismo, se exhortará al Ministerio del Interior y a la entidad precitada para que continúen la asignación y entrega material efectiva de las ayudas humanitarias requeridas por los seis resguardos de la etnia Yukpa, hasta tanto continúe el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el país y/o la emergencia sanitaria”.

Derecho a la seguridad social en materia pensional

91

Amparo del derecho a la seguridad social frente al cambio de régimen de pensión de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, realizado sin el consentimiento del cotizante.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05135-01(AC)

FECHA: 16/01/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Lucía Josefina Herrera López

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá y Cundinamarca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La accionante se trasladó de administradora de pensiones y, consecuentemente, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria?

Tesis: “La [actora] solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, libertad e igualdad, petición, debido proceso y la aplicación del principio de libre escogencia del sistema de seguridad social en pensiones presuntamente vulnerados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Bogotá- Cundinamarca, Colpensiones y Porvenir S.A. al trasladarla de régimen de pensión y de administradora de pensiones sin su consentimiento (...) se infiere que la [actora] ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida y ha realizado aportes ante Cajanal y el Instituto de Seguros Social, hoy Colpensiones durante su vinculación laboral con la Rama Judicial

y, por ende, no es de recibo la afirmación de Colpensiones bajo el entendido que la accionante está afiliada a otra AFP desde el 1 de mayo de 1998 (...) la Rama Judicial, a través de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Bogotá, Cundinamarca a partir del 30 de septiembre de 2014 consignó los aportes obligatorios a pensión de la [actora] a Porvenir SA, sin que mediara consentimiento o autorización expresa por parte de la accionante para ello. No obstante, ninguna de las entidades accionadas acreditó en el presente trámite que la accionante se haya trasladado de administradora de pensiones o de régimen pensional de manera libre y voluntaria, pues tal y como lo advierte la [actora] en el escrito de tutela, no reposa formato de afiliación o traslado a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, máxime cuando el único formato de afiliación que obra en el expediente demuestra que la tutelante escogió al ISS, hoy Colpensiones como administrador de pensiones y el

régimen de prima media con prestación definida(...) De esta forma, la falta de un consenso o coordinación entre la Dirección Seccional de Administración Judicial de Bogotá, Colpensiones y Porvenir SA no puede ir en detrimento de los derechos de la [actora]”.

Amparo del derecho de petición ejercido con la finalidad de reconstruir el historial pensional por la prestación del servicio militar obligatorio.

93

RADICADO: 54001-23-33-000-2016-01396-01[AC]

FECHA: 15/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Manuel Sánchez

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La entidad accionada vulneró el derecho de petición del [accionante]?

Tesis: “[F]rente al caso concreto, se observa que la respuesta al derecho de petición da cuenta que la entidad accionada no posee una base de datos en donde se pueda consultar y determinar la situación fáctica y jurídica del personal militar y civil que prestó sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional en épocas pasadas, concretamente para los años en que el actor solicita que se le informe y certifique los tiempos de servicio, con la finalidad de obtener el reco-

nocimiento y pago de una pensión de vejez. En este sentido, no se puede soslayar la situación en la que se encuentra el demandante, pues, efectivamente y como lo argumentó el fallo de primera instancia, es evidente que al [actor] se le ha desconocido el derecho fundamental al hábeas data, el cual está protegido por el artículo 15 de la Constitución Política de 1991, por cuanto él necesita los documentos requeridos por la entidad pensional para efectos de reconocerle o no su pensión de jubilación”.

Se ordena expedir a las entidades demandadas el bono pensional del accionante como garantía para acceder a la pensión de jubilación y la protección de sus derechos fundamentales.

RADICADO: 25000-23-36-000-2016-02055-01(AC)

FECHA: 23/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Orlando Escobar Pineda

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Le corresponde al departamento del Quindío acreditar la afiliación y el pago de aportes a pensión a favor del [accionante] entre el 14 de septiembre al 30 de noviembre de 1976?

Tesis: “[L]a Subsección advierte que el objeto de la controversia se centra en que los tiempos laborados por el accionante en el Departamento del Quindío y los aportes supuestamente realizados a Cajanal por esta entidad territorial, no coinciden con la información reportada en su momento por Cajanal a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que impide determinar la entidad que debe responder por ese tiempo. (...) la emisión del bono pensional a favor del actor está supeditada a que el Departamento del Quindío demuestre que efectuó los aportes a Cajanal, específicamente en el período objeto de discusión, es decir, del 14 de septiembre al 30 de noviembre de 1976. (...) se observa que ninguna de las entidades demandadas ha brindado una solución definitiva al accionante y la falta de un consenso entre

la OBP del Ministerio, el Departamento del Quindío, el Grupo de Administración de Entidades Liquidadas de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, Porvenir y la UGPP no puede ir en detrimento de los derechos del [actor]. De modo que, las entidades referidas se encuentran vulnerando los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del actor, comoquiera que la emisión y redención del bono pensional constituye fundamento para que se consolide y reconozca su pensión de jubilación, a la cual considera tiene derecho. En conclusión: La obligación de probar el pago de los aportes de pensión realizados a favor del accionante en Cajanal entre el 14 de septiembre al 30 de noviembre de 1976 recae en el Departamento del Quindío y, por ende, es reprochable que el accionante tenga que acudir a la acción de tutela para hacer efectivos sus derechos cuando es un asunto administrativo que se pudo evitar bajo la aplicación de la coordinación que debe imperar entre las entidades públicas, específicamente las antes mencionadas”.

Sujetos de especial protección constitucional, personas en situación de discapacidad y debilidad manifiesta

Se ordena al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional reintegrar a un soldado profesional y reubicarlo en un cargo administrativo en una unidad militar en la ciudad de Bogotá, debido a actos de discriminación que condicionaron su retiro.

RADICADO: 05001-23-33-000-2017-00349-01(AC)

FECHA: 27/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Miguel Enrique Orozco Pacheco

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional de Colombia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Ministerio de Defensa -Ejército Nacional- los derechos a la unidad familiar, el trabajo y el debido proceso del actor, por la omisión en la concesión de permisos, traslado a la ciudad de Bogotá y su posterior retiro unilateral del servicio activo de las Fuerzas Militares, sin tener en cuenta su situación psicofísica ni los derechos de su hija menor de edad?

Tesis: “[E]xisten suficientes pruebas sobre la conducta abiertamente transgresora del teniente coronel [M.G.M], de los derechos como la familia, los derechos fundamentales de los menores, el trabajo y el debido proceso, se remitirán copias a la Procuraduría General de la Nación para que abra la correspondiente investigación disciplinaria (...). En conclusión, se modificará el numeral segundo de la providencia de primera instancia (...), en el sentido de ordenar el

reintegro inmediato del [actor] al servicio del Ejército Nacional, pero no al Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento (...), en el que se encontraba antes de su retiro, como lo había dispuesto el a quo, sino a una unidad militar en la ciudad de Bogotá que le permita estar cerca de su hija menor y preservar su derecho a la familia y los derechos fundamentales de los menores. Además, se deberá reintegrar a un puesto administrativo dadas sus condiciones psicofísicas actuales. Del mismo modo se enviarán copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación para que abra investigación disciplinaria en contra del coronel [M.G.M] quien, (...) vulneró los derechos fundamentales del accionante y de su hija menor, aunado a que constan documentos en los que se señala que discriminó a un integrante de su batallón por su condición afrodescendiente”.

Reconocimiento de la pensión de invalidez como medida transitoria a soldado retirado del servicio calificado con pérdida de la capacidad superior al 50% por la junta médico laboral del Ejército Nacional.

RADICADO: 25000-23-37-000-2017-00802-01[AC]

FECHA: 24/08/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Fernando Ricardo Estrada

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales vulneró los derechos a la salud, seguridad social y a la vida en condiciones dignas al no tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor, quien es sujeto de especial protección constitucional?

Tesis: “E]n vista de las circunstancias especiales del [actor], la administración debe proceder al trámite del reconocimiento de la pensión de invalidez pues al no hacerlo vulnera sus derechos a la salud, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, a la dignidad humana y a la seguridad social. En consecuencia, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala de Subsección revocará la sentencia impugnada, en lo que tiene que ver con esta pretensión, y en su lugar ordenará el recono-

cimiento, como medida transitoria, de la prestación solicitada. (...). En otros términos, la administración no puede dejar sin el mínimo vital a una persona con discapacidad que retira del servicio activo invocando, precisamente, esa causal, pues si tiene, como en el sub judice, todos los elementos de juicio que le permitan concluir (como lo hizo para desvincularlo) que se encuentra con una discapacidad superior al 50%, lo mínimo que debe hacer es reconocerle, así sea transitoriamente, la correspondiente pensión de invalidez. (...). Con motivo de lo expuesto, se ordenará que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Dirección de Prestaciones Sociales adopte las medidas necesarias para que en el término de quince (15) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, reconozca la pensión de invalidez al [actor]”.

Vulneración de los derechos fundamentales en la entrega de incentivos económicos del programa Jóvenes en Acción.

97

RADICADO: 20001-23-33-000-2016-00577-01[AC]

FECHA: 21/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Julieth Rocío Moreno Salamanca

DEMANDADO: Universidad Popular del Cesar y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las actuaciones administrativas desplegadas por la Universidad Popular del Cesar y del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en relación con la transferencia de los recursos financieros para la matrícula universitaria del segundo semestre del año 2015 a favor de la accionante, beneficiaria del programa Jóvenes en Acción, transgredieron los derechos fundamentales a la educación, igualdad y debido proceso administrativo de la accionante?

Tesis: “La sentencia de primera instancia consideró improcedente la acción de tutela, porque el motivo de inconformidad planteado por la accionante se refería a un interés económico, para lo cual no está previsto este medio de amparo constitucional. También estimo que el perjuicio ya se había causado y la presunta vulneración a los derechos reclamados por la actora, ya estaba superada debido a que sufragó con sus propios recursos los gastos de matrícula para poder continuar en el programa académico en la Universidad Popular del Cesar. Contrario a lo expuesto por el juez de primera instancia, la Sala considera que las autoridades públicas involucradas en la presente reclamación, son responsables por la omisión de sus deberes acordados en el Convenio No. 143 de 2013 y no pueden pasar por alto los compro-

misos adquiridos para garantizar el acceso de la estudiante a los beneficios económicos, previa verificación del cumplimiento de los respectivos requisitos exigidos en el Programa Jóvenes en Acción (...) No se trata pues de que la accionante persiga un interés económico, que a la postre no es más que una consecuencia del ejercicio oportuno de las obligaciones adquiridas por los representantes legales de las entidades públicas, a través del Convenio No. 143 de 2013, sino de examinar que la estudiante fue puesta en una situación de excepción respecto a los demás estudiantes que se pudieron beneficiar de los incentivos económicos de matrícula universitaria, para el mismo período del año 2015 y en el marco del mismo programa gubernamental, sin justificación legal, reglamentaria o convencional alguna. Es en este punto donde radica la infracción indebida al derecho fundamental de brindar un trato igual a una persona que goza de características comunes dentro de un grupo específico, en este caso los estudiantes beneficiarios de las transferencias económicas condicionadas. De igual modo se infringe la garantía de trato igual y del debido proceso administrativo consagrados en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, pues existiendo un comité operativo para la resolución de los casos que interfieran en la adecuada ejecución

de las ayudas para la matrícula de los estudiantes que tuvieran derecho a este incentivo, no se vislumbra que el DPS y la Universidad Popular del Cesar hubieran agotado esta instancia como parte de un procedimiento acordado para la resolución de las reclamaciones de los beneficiarios del programa (...) Bajo estas premisas, es procedente el amparo de los derechos fundamentales de la igualdad y el debido proceso administrativo acordado en el Convenio Interadministrativo nro. 143 de 2013 y la modificación del 29 de diciembre de 2015, en el que se enfatiza en las obligaciones de la Universidad Popular del Cesar en cuanto a la oportunidad para la entrega de los reportes académicos en el marco del Programa Jóvenes en Acción y la competencia del Comité Operativo como instancia para la resolución de los conflictos originados en la ejecución de las ayudas económicas previstas en el programa”.

Reconocimiento de pensión de sobrevivientes a los padres del cabo segundo del ejército fallecido en simple actividad.

99

RADICADO: 08001-23-33-000-2017-00230-01(AC)

FECHA: 21/09/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Irene del Socorro Sánchez de Camargo y otro

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar a la Nación–Ministerio de Defensa el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los padres del cabo del Ejército Nacional fallecido dentro de las instalaciones del Batallón?

Tesis: “[E]ncontrándonos en el ámbito constitucional, es deber garantizar los derechos fundamentales y en concreto reconocer que aunque el solo fallecimiento del señor [E.E.C.S.] no tiene la connotación suficiente para materializar por sí mismo el otorgamiento de la pensión de sobreviviente a sus padres, a éstos, a través de los fines esenciales del Estado, debe garantizárseles sus derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, máxime

cuando quedó demostrado que dependían económicamente del causante (...), requisito que junto con el cumplimiento de semanas cotizadas son los que deben verificarse por la autoridad judicial para determinar si son acreedores al derecho a una pensión de sobrevivientes a la luz del artículo 46 Ley 100 de 1993, (...). Así las cosas, se tiene que el Ejército Nacional, calificó un tiempo de servicio de un (1) año, dos (2) meses y once (11) días al señor [E.E.C.S.], razón por la cual es posible afirmar que completó el tiempo de cotización exigido por el artículo 46 de la ley 100 de 1993. Por lo anterior, es dable aplicarle el régimen general a los accionantes, por razones de equidad y favorabilidad, teniendo en cuenta su situación de debilidad manifiesta y para evitar la acusación de un perjuicio irremediable”.

Se ampara el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada como mecanismo transitorio a trabajadora diagnosticada con enfermedad de origen profesional por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Se ordena su reintegro, ya que su retiro del servicio ocurrió sin la autorización del Ministerio de Trabajo.

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-04243-01[AC]

FECHA: 26/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: María Fernanda Celis Tovar

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Ministerio del Trabajo y la entidad bancaria vulneraron los derechos fundamentales de la accionante dentro del proceso surtido para dar por terminado su contrato trabajo sin justa causa y sin que mediara autorización del Ministerio del Trabajo?

Tesis: “[E]s perfectamente claro que en este caso ocurrió la vulneración del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de la [actora], quien siendo una trabajadora del Banco de Bogotá, desde el año 2014 padecía una enfermedad cuyo origen profesional fue establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y cuyo contrato fue terminado por el Banco, sin justa causa sin autorización del Ministerio del Trabajo, entidad que además, permaneció silente durante todo el trámite de esta acción pese a que fue notificada del auto

admisorio. Por tanto, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, y en su lugar se concederá como mecanismo transitorio el amparo del derecho a la estabilidad ocupacional reforzada a la [actora], para lo cual se ordenará al Banco de Bogotá, que dentro de los ocho días siguientes a la notificación de la presente decisión, reintegre a la accionante al cargo que ocupaba o a uno de similar categoría, acorde a las recomendaciones que para el mismo realizó la ARL ALFA. En consecuencia, la accionante cuenta con 4 meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, para que formule demanda ordinaria laboral ante el Juez competente, so pena de que cesen los efectos de la protección concedida a través de esta providencia”.

Violación directa de la constitución y del principio de solidaridad a persona de la tercera edad como sujeto de especial protección constitucional al suspender la pensión de sobrevivientes.

101

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-02793-00(AC)

FECHA: 20/09/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Rosa de Jesús Ávila

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección C

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, aplicó los mandatos constitucionales de solidaridad, protección a la familia y a las personas de la tercera edad para adoptar la sentencia que ahora se controvierte [en relación con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes]?

Tesis: [S]e repara en que la Universidad Distrital decidió reconocer la pensión de sobrevivientes a la hija del causante, a quien solamente le faltaban dos meses y dos días para cumplir los 25 años fijados por la norma como edad límite para el reconocimiento de la pensión, con lo cual dejó sin la pensión que inicialmente reconoció a la [actora], quien a la fecha tiene 95 años de edad. Para el Juzgado de primera instancia, la anterior situación desconoció la edad de la demandante y su condición de sujeto de especial protección constitucional, por lo cual ordenó a la institución académica que continuara pagando la pensión de sobrevivientes a la progenitora del causante, una vez se terminara el derecho de la joven [A.M.A.R.]. Sin embargo, el Tribunal estimó que no era factible confirmar dicha decisión, puesto que el parágrafo 2 del artículo 2.2.8.2.1 del Decre-

to 1833 de 2016 dispone que la extinción del derecho de los beneficiarios del primer orden (cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos) implica la expiración de la pensión y no puede entonces ordenarse la sucesión a personas de los siguientes órdenes, como sería el caso de la madre del causante. Al respecto, debe explicarse que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, está ajustada al artículo del Decreto referido (...) En esa medida, la decisión del Tribunal de entender extinguida la pensión de sobrevivientes en atención a que a la joven [A.M.A.R.] le faltaban algo más de dos meses para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, vulneró los mandatos constitucionales de protección a las personas en estado de debilidad manifiesta, como lo son, las personas de la tercera edad, [el principio de solidaridad] y la salvaguarda de la familia, ya que dejó sin recursos económicos a la [actora], para poder propender por su digna subsistencia (...) [L]a extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes de la [actora] no se ajusta a la naturaleza misma de la prestación, pues se utilizaron los recursos pensionales sin tener en cuenta que la progenitora del causan-

te quedó totalmente desprotegida, mientras a la joven [A.M.A.R.] se le reconoció la pensión únicamente por dos meses, tiempo que le faltaba para cumplir los 25 años, edad que como se ha dicho, permite presumir la capacidad de auto-sostenimiento. Bajo este escenario, la posición del Tribunal no se compadece de la situación de la accionante, quien a sus 95 años de edad no está en la capacidad de obtener un trabajo para garantizar sus gastos, ni de la protección de aquella, como persona de la tercera edad, dentro del ámbito familiar, cuya condición requería la salvaguarda de sus derechos, pues su único ingreso, según fue demostrado, era el de la pensión de sobrevivientes, ya que su hijo era el que propendía por sufragar sus gastos.

Obligación del Ejército Nacional de reubicar y capacitar a los soldados profesionales que adquieren una condición de discapacidad en actos relacionados con el servicio.

103

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-03784-00(AC)

FECHA: 26/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aldemar Gómez Medina

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Cauca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Cauca vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada del actor [en su condición de soldado profesional] al proferir la sentencia de 9 de mayo de 2019?

Tesis: “En sentir de la parte accionante, con la providencia acusada el Tribunal incurrió en un desconocimiento del precedente judicial de su propio lineamiento y de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y esta Corporación, relacionado con la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales heridos en razón de su servicio. [...]. [E]l Tribunal Médico Laboral realizó un dictamen en el que declaró una disminución de la capacidad laboral del accionante en un 17.64%, debido a una limitación funcional de la mano izquierda no dominante, por causa de una herida obtenida en razón de su servicio, por lo que decidió clasificarlo como no apto para la actividad militar. Asimismo, sugirió que el señor Gómez Medina no podía ser reubicado teniendo en cuenta la insuficiente preparación profesional para desempeñarse en otras áreas diferentes a las operativas. Por esta razón, la entidad demandada retiró del servicio al hoy demandante. [...]. [S]i bien en el acta del Tribunal Médico Laboral no se

sugiere la reubicación laboral por la limitación funcional que padece para poder desempeñar labores administrativas, de oficina o de mantenimiento, en el mismo dictamen se señala que sí puede desempeñar labores de instrucción o docencia, pero que no califica a las mismas por insuficiencia de estudios o experiencia. En este escenario, siguiendo lo señalado en la jurisprudencia, le correspondía al Ejército Nacional, tener en cuenta la situación particular del accionante y valorar las habilidades, aptitudes y capacidades para reubicarlo en dichas áreas y, si es del caso, capacitarlo para dar cumplimiento a los mandatos superiores de protección a personas en situación de discapacidad. Así las cosas, verificados los argumentos que el Tribunal demandado usó para negar el reintegro y la reubicación laboral del señor Gómez Medina por la disminución de la capacidad sicofísica, en contraste de las sentencias de la Corte Constitucional y de esta Corporación, se logra determinar que este incurrió en desconocimiento del precedente judicial, pues tal como se indicó en las sentencias citadas, la entidad demandada tiene la obligación de buscar la reubicación laboral del soldado profesional afectado por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, en virtud de la protección laboral reforzada que

la jurisprudencia ha reconocido. Al respecto, el derecho a la reubicación laboral protege que la persona que sufrió una pérdida de capacidad pueda ser reincorporada a un cargo acorde con sus condiciones actuales y con sus habilidades y destrezas, supuestos que en el presente asunto no se han cumplido”.

Condonación de los créditos educativos adquiridos por los estudiantes en situación de vulnerabilidad.

105

RADICADO: 11001-03-15-000-2023-00506-01 [AC]

FECHA: 18/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTES: Tiffany Shanean Rangel Gómez

DEMANDADO: Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el accionante contaba con otro mecanismo judicial para cuestionar el oficio CAS-16127965-C0P3, por el cual el ICETEX negó la solicitud de condonación del crédito estudiantil por graduación de la accionante, en específico, el proceso declarativo verbal?

Tesis 1: “[E]n atención a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, para el asunto concreto se entenderá por surtido el requisito de subsidiariedad, pues pese a que el Acuerdo No. 013 de 2007 de la Junta Directiva del ICETEX establece que los actos que realiza la entidad para el desarrollo de sus actividades comerciales se rigen por las disposiciones del derecho privado y en principio, sería posible concluir que la actora debió acudir al proceso declarativo verbal para resolver la controversia presentada ante el juez de constitucional; por la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta la tutelante, es necesario indicar que esta carece de los medios de defensa materialmente idóneos y céleres para lograr la protección de los derechos fundamentales invocados”.

Problema jurídico 2: ¿El Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos

en el Exterior ICETEX vulneró los derechos fundamentales de petición y al debido proceso administrativo de la accionante al expedir el oficio del 27 de agosto de 2020, identificado con el radicado núm. CAS-16127965- C0P3, por el cual negó la solicitud de condonación del crédito estudiantil por graduación de la accionante, presuntamente por no acreditar su registro en la base de datos del Sisbén IV?

Tesis 2: “[A] ser la actora beneficiaria del crédito educativo en los términos del Acuerdo No. 76 del 30 de diciembre de 2021, ‘Por el cual se adopta el Reglamento de Recuperación de Cartera del ICETEX’, podía solicitar la condonación por graduación justo después de obtener el título académico, esto es, desde el pasado 29 de julio de 2021. (...) Vale la pena destacar que, aun cuando en la respuesta aludida se indicó que al momento de graduación la estudiante no registraba puntaje con la metodología actual Sisbén IV, ello no se acompasa con la realidad pues, de la documentación aportada por la misma accionante en la impugnación se encuentra que esta tiene encuesta vigente en tal sistema desde el 09 de diciembre de 2019, con actualización el 12 de julio de 2022. (...) Por lo anterior, toda vez que los requisitos de condonación por graduación se validan al momento de la graduación del beneficiario y dado que la

accionante acreditó dentro del presente trámite que se encuentra registrada en la base de datos del SISBEN IV y que de allí es posible extraer la información sobre el subgrupo al que pertenece y el punto de corte en el que se encuentra, se torna necesario amparar el derecho de la accionante de petición y debido proceso administrativo.”

Vulneración del derecho fundamental al debido proceso de persona de la tercera edad que padece cáncer de mama al no otorgar la prelación de turno para la resolución de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

107

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-02259-00(AC)

FECHA: 13/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Graciela Daza Martínez

DEMANDADOS: Tribunal Administrativo del Cesar y otro

MEDIO DE CONTROL: Acción de tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Tribunal Administrativo del Cesar el derecho fundamental al debido proceso invocado por la accionante, comoquiera que es sujeto especial de protección constitucional, al no otorgar la prelación legal para la resolución de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho?

Tesis: [S]e observa que la [actora] instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del departamento del Cesar, en la que solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución 002498 del 3 de julio de 2015, que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (...). Para soportar la demanda, la accionante precisó que tiene derecho al reconocimiento prestacional, al haber convivido con su esposo [A.C.A.] (q.e.p.d) por más de 40 años. Adicionalmente, en el escrito del medio de control solicitó la suspensión provisional de la Resolución 007617 del 31 de diciembre de 2008, mediante la cual le fue reconocida la sustitución pensional a la señora [A.C.R.T.] en calidad de compañera permanente del causante. (...) se advierte que la decisión sobre la suspensión provisional de la Resolución 007617 del 31 de diciembre de 2008, mediante la cual le

fue reconocida la sustitución pensional a la señora [A.C.R.T.], en calidad de compañera permanente del causante, se encuentra pendiente, puesto que a la fecha no existe una decisión en firme sobre el particular, sino que la autoridad judicial deberá decidir sobre el recurso instaurado. (...) se denota que la presente tutela, en principio, se torna en improcedente porque, las inconformidades referidas en el escrito de solicitud de amparo están a la espera de resolución por la corporación judicial accionada. En relación con lo expuesto, la accionante adujo que se configura un perjuicio irremediable que requiere la tutela del juez constitucional por medio de una protección transitoria, por lo cual deberá examinarse este planteamiento. (...) a la fecha la accionante cuenta con 82 años de edad y conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional es considerada como persona de la tercera edad. Empero, para flexibilizar el requisito de subsidiariedad, es necesario demostrar otras circunstancias que ameriten la intervención del Juez Constitucional. Así las cosas, la accionante aportó prueba de sus padecimientos de salud, en especial, la patología de cáncer de mama. (...) teniendo en cuenta que la edad avanzada y el estado de salud no es el de una persona que pudie-

re tener la oportunidad de esperar la resolución de su caso en el turno fijado por la jurisdicción. (...) En ese orden de ideas, esta Subsección considera que la autoridad judicial accionada, en el ejercicio de las funciones que la Constitución y la Ley le atribuyen, deberá analizar el asunto de la [actora] en el sentido de evaluar la procedencia o no de la prelación del trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) En conclusión: Se amparará el derecho fundamental al debido proceso de la [actora] Lo anterior, comoquiera que es sujeto especial de protección constitucional y actualmente padece de una grave enfermedad que amenaza su vida. En consecuencia, se ordenará al Tribunal Administrativo del Cesar, para que dentro del término de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, en el ejercicio de su autonomía judicial, defina la procedencia o no de la prelación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada por la [actora].

Acreditación del estado civil

109

Vulneración de los derechos fundamentales ante la negativa de inscripción en el registro civil de nacimiento por haber sido proferido en el exterior y no estar debidamente apostillado.

RADICADO: 08001-23-33-000-2017-00280-01[AC]

FECHA: 27/06/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Cristóbal Villalobos Luna

DEMANDADO: Registraduría Nacional del Estado Civil y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El único documento antecedente válido para adelantar la inscripción en el registro civil de nacimiento de una persona nacida en el exterior, hija de padres colombianos, es el registro civil de nacimiento del país de origen, debidamente apostillado?

Tesis: “[L]a Sala de Subsección advierte que el registro civil de nacimiento proferido en el exterior debidamente apostillado y en caso de ser necesario, traducido, no es la única forma de acreditar el nacimiento para la inscripción extemporánea en el registro civil de modo que la autoridad competente, en el presente asunto, la Registraduría Nacional del Estado Civil, de modo alguno podrá restringirlo a una sola opción, como lo hizo en el presente asunto. (...). De acuerdo con [la] norma, vigente y aplicable al caso, el nacido en el exterior de padres colombianos que solicite la inscripción extem-

poránea en el registro civil podrá acreditar su nacimiento (...), con la presentación ante el funcionario correspondiente de una solicitud por escrito en donde relacione (...) [la] información que se considere pertinente, junto con la compañía de por lo menos dos testigos hábiles quienes prestarán declaración bajo juramento mediante la cual manifiesten haber presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento del solicitante. (...). Más reprochable aún resulta que la Registraduría no tuviera en cuenta la condición especial en que se encuentra el [actor] quien, como está debidamente probado en el expediente, sufre del síndrome de Kaposi, una enfermedad que no ha podido tratar porque no cuenta con afiliación al Sistema de Seguridad Social pues aún no define lo relativo a su nacionalidad”.

Enfoque diferencial y equidad de género

Defectos fáctico y desconocimiento del precedente vertical, al no valorar pruebas fundamentales y jurisprudencia del consejo de estado en relación con un feminicidio y con un hecho de violencia contra una menor de edad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-00214-00 [AC]

FECHA: 20/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Doris Bedoya Benítez y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Bolívar

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Bolívar, al expedir la sentencia del 14 de junio de 2019, mediante la cual revocó el fallo de primera instancia y negó las pretensiones del medio de control de reparación directa instaurado en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por el daño antijurídico derivado del homicidio de la señora Gloria Ruíz (q.e.p.d.), incurrió en un defecto fáctico y en desconocimiento del precedente vertical, y por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de los accionantes?

Tesis: “Dichos elementos no merecieron pronunciamiento alguno por parte del Tribunal, que, desconociendo su existencia, se limitó a señalar que no reposaba en el plenario evidencia alguna que permitiera inferir la existencia de antecedentes de violencia intrafamiliar, falta de aptitud para la prestación del servicio del agresor y menos, que el expatrullero González Vega tuviera algún cuadro patológico que sugiriera a la institución algún tipo de riesgo para la comunidad. No es razonable entonces que, ante la gravedad

de los hechos que fueron víctimas la esposa y la hija del señor González Vega, el Tribunal no analizara de forma alguna los elementos probatorios que fueron legalmente incorporados en el proceso de reparación directa y que sí ponían en evidencia una delicada situación en cuanto a la salud mental del uniformado, que imponía de parte de la institución a la que pertenecía, una intervención inmediata y eficaz encaminada a proteger al núcleo familiar de este e incluso, a toda la comunidad, pues es claro que, como miembro de la Policía Nacional, que por mandato Constitucional es un cuerpo armado permanente a cargo de la Nación cuya finalidad es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes del país convivan en paz, debe estar en las mejores condiciones psicológicas que le permitan hacer un uso adecuado de la fuerza y aún más, de las armas, como ejercicio del artículo 233 Constitucional.

Es importante destacar que la Sección Tercera de esta Corporación, apoyada en diversos instrumentos internacionales, realizó un impor-

tante avance en materia de igualdad de género, pues además de identificar un posible fenómeno estructural de violencia en un entorno determinado, dictó serias medidas de no repetición a cargo de todas las autoridades estatales.

Esto permite evidenciar la importancia de que quienes administran justicia, adopten una conducta positiva y dinámica que contribuya a la identificación de los fenómenos sociales y culturales que dan origen a situaciones de violencia y discriminación basada en el género, pues contribuye, primero, a proteger a personas históricamente vulneradas, y también a materializar los deberes del Estado derivados, entre otros instrumentos, de la Convención Belém do Pará, que en su preámbulo indica que la violencia contra la mujer no solamente constituye una violación de los derechos humanos, sino que se trata de «una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres», que «trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura,

nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases».

(...)

De esta manera, es claro que de los instrumentos internacionales ratificados y aprobados por Colombia, surgen claras obligaciones para todas las autoridades, en las que se destaca la judicial, de investigar efectivamente, deber que tiene alcances adicionales cuando se trata de mujeres que sufren la muerte y de niñas violentadas, circunstancias todas que confluyen en el presente asunto, en tanto, por un lado, el señor González Vega le dio muerte a su compañera permanente, y, por otro, lesionó a su hija de dos años, propinándole aproximadamente 5 disparos con el arma de dotación oficial, lo que impone una conducta fundamentalmente positiva de todas las autoridades judiciales a las que les corresponda conocer de estos hechos, dirigida a remover los diferentes obstáculos que puedan impedir o limitar el acceso efectivo al aparato judicial y la reparación integral de los daños sufridos.”

Salvamento de voto del magistrado William Hernández Gómez

“Al respecto, observo que la decisión judicial en la que se apoyó el fallo de tutela no reviste la condición de precedente, por lo cual no podía servir de base para sustentar la postura asumida ni para desprender de ella las obligaciones de la Policía Nacional. Adicionalmente, advierto que en la sentencia de la que ahora me apartó no se determina cómo las pruebas referidas eran relevantes para determinar la atribución del

daño a la entidad demandada en los hechos que dieron lugar a la muerte de la familiar de los demandantes, máxime cuando no existió claridad sobre la forma en que ocurrieron los hechos, como lo concluyó el Tribunal.

Así las cosas, denoto que no era viable acceder al amparo solicitado por los peticionarios. En conclusión, el fallo objeto de salvamento de voto debió negar las pretensiones de la acción”.

Se ordena al Ministerio de Relaciones Exteriores abstenerse de condicionar el traspaso de la visa y la expedición de la cédula de extranjería al aporte del registro civil de nacimiento con la novedad de cambio de género, siendo un documento no previsto en la norma.

RADICADO: 25000-23-36-000-2017-01105-01[AC]

FECHA: 11/09/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Eliécer de Jesús Sierra Torres como agente oficioso de Jennifer López Gómez

DEMANDADO: Ministerio de Relaciones Exteriores

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Ministerio de Relaciones Exteriores los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la identidad de género y a la libertad sexual, en conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del ciudadano extranjero, al exigirle aportar documentos no contemplados en la norma para realizar el traspaso de visa solicitado con su nueva identidad de género?

Tesis: “La Resolución número 5512 de 2015, contiene los requisitos para solicitar la expedición y traspaso de visa colombiana, sin que exija el aporte de registro civil para acreditar condiciones sexuales de los interesados, por lo que no resulta proporcional que este documento le sea requerido a la accionante para

probar el cambio de género que ha asumido. Además, ha quedado claro que para la accionante aportar el registro civil con el cambio del componente sexual, resulta un requisito adicional imposible de cumplir, debido a la negativa del Estado estadounidense de Kansas de realizar este tipo de correcciones. En ese sentido, al no ser posible aportar el mencionado documento, a la accionante se le debe dar la oportunidad de demostrar su cambio de género por otros medios, como el pasaporte emitido por el Departamento de Estado de Estados Unidos, el dictamen forense emitido por Migración Colombia y la escritura pública en donde asume su nueva identidad y renuncia a su anterior identificación”.

Amparo de los derechos a la salud y a la vida de madre gestante que se desempeñaba como gerente regional de Saludvida S.A. EPS y de su hijo que está por nacer, quien había sido sancionada con la pena de arresto por incurrir en desacato a una orden judicial.

113

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-00608-00[AC]

FECHA: 19/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: María Isabel Acosta Ariza

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Norte de Santander y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Le corresponde a esta Sala de Subsección determinar si el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta y el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al expedir los autos de 19 y 30 de enero de 2018, respectivamente, vulneraron los derechos fundamentales de la accionante al sancionarla por desacato respecto de la orden impartida mediante sentencia de tutela del 6 de noviembre de 2015?

Tesis: “[A]dvierde esta Sala (...) que el Tribunal sí tuvo en cuenta las pruebas aportadas por la accionante y que en razón a ello excluyó de las sanciones impuestas al señor [J.C.L.A.] por encontrarse acreditado que no labora para la entidad desde el 31 de octubre de 2016 y que por lo tanto no era el funcionario encargado del cumplimiento del fallo de tutela. (...). [L]as providencias acusadas mediante las cuales se sancionó a la señora [M.I.A.A.] por desacato a la sentencia de tutela de 6 de noviembre de 2015, no incurrieron en los defectos alegados, comoquiera que durante el trámite incidental adelantado en esa oportunidad la accionante no contestó al requerimiento realizado mediante auto de 19 de diciembre de 2017 y por ende inclusive al momento de surtirse el gra-

do jurisdiccional de consulta ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander no se había acreditado el cumplimiento de la orden judicial. (...). [T]al como lo consideró el juzgado se hizo evidente que la entidad a lo largo de más de dos años ha sido negligente en cumplir con las cargas impuestas, en razón a que no ha incumplido de manera integral la sentencia de tutela y por eso el agente oficioso de la señora [C.G.L.P.] ha tenido que acudir en reiteradas oportunidades a la jurisdicción para que se haga efectivo el tratamiento médico que requiere la paciente de cáncer de huesos (...). [C]abe recordar (...) que las disposiciones de los jueces son para cumplirlas en los términos que ellos dictan, sin que se tenga que acudir a un trámite judicial adicional para lograr su efectividad, máxime cuando se trata del derecho a la vida y a la salud de una persona que padece cáncer de huesos. (...), [L]a Sala concluye que las decisiones tanto del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cúcuta como del Tribunal Administrativo de Norte de Santander se ajustaron plenamente al ordenamiento jurídico, comoquiera que al momento de su expedición no se había acreditado el cumplimiento de la sentencia de 6 de noviembre de 2015, con-

sistente en la autorización del procedimiento «relleno de bomba de infusión de morfina». Adicionalmente, como se advirtió de las pruebas relacionadas se respetó el derecho al debido proceso de la accionante sin imponer una sanción arbitraria. (...) [E]n atención a la condición de mujer en estado de embarazo de la señora [M.I.A.A.], (...) y a los memoriales presentados por el agente oficioso de la señora [C.G.L.P.] que acreditan el tardío pero efectivo cumplimiento a la orden de tutela de 6 de noviembre de 2015, le corresponde a esta Sala (...) amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante y del que está por nacer, y en consecuencia, dejar sin efectos la sanción consistente en arresto de tres (3) días de la accionante por considerarse excesiva teniendo en cuenta su calidad de madre gestante. (...). [S]e mantendrá la validez de todas las demás decisiones, inclusive la sanción de multa”.

Vulneración del derecho a la reparación integral de una mujer víctima del conflicto armado en condición de extrema vulnerabilidad que no fue priorizada para el pago de la indemnización administrativa.

RADICADO: 76001-23-33-000-2021-01056-01 (AC)

FECHA: 14/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTES: Olga Hercilia Tapie Castro

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La UARIV, con la dilación en el cumplimiento de la orden de indemnización administrativa dada en la Resolución número 04102019-991038 del 2 de marzo de 2021, vulneró el derecho fundamental a la reparación integral como víctima del conflicto armado de la actora?

Tesis: “[N]o existe discusión frente a la titularidad del derecho a la reparación integral que recae y ya fue reconocido en favor de la señora [O.H.T.C.], sino si el caso debe ser estudiado de forma prioritaria por la UARIV, para efectos de resolver si la accionante tiene derecho al pago de su indemnización de forma priorizada. (...) siguiendo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico como por lo consignado en las pruebas obrantes en el expediente, en las cuales se acredita la condición de discapacidad de la señora Tapie Castro, se tiene que ella sí encaja dentro de los casos de extrema vulnerabilidad de las víctimas del conflicto armado para efectos de estudiar si deben ser priorizadas al momento del pago de la indemnización administrativa, siguiendo los reglamentos fijados por la UARIV. No obstante, lo anterior, esta Sala de Subsección debe pre-

cisar que en el numeral segundo de la sentencia que se impugna, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, además de la orden para la priorización del turno, ordenó el desembolso de la indemnización, alcance que debe ser precisado, porque de la orden dictada se parte de que la accionante debe ser priorizada sin advertir que ese es un estudio que debe realizar la autoridad administrativa. Al respecto, es necesario resaltar que el marco de competencia del juez constitucional se circunscribe a ordenarle a la UARIV que se realice el estudio de forma prioritaria, no hasta 2022 o 2023 como indicaron en su impugnación, sino de conformidad con el hecho victimizante sufrido por la accionante y sus condiciones de vida, y que, a partir de ahí, se resuelva el pago de la indemnización administrativa que ya fue ordenado. En este orden de ideas, se confirmará lo resuelto en la sentencia de 11 de noviembre de 2020, pero se modificará parcialmente el numeral segundo en la orden dada, en el sentido de precisar que el estudio acerca de la priorización lo debe realizar la entidad teniendo en cuenta las condiciones de la víctima, que se trata de una mujer de sufrió violencia sexual y que está acreditado que es una persona en condición de discapacidad”.

Se deben preservar los derechos de la comunidad afrodescendiente que ha sido objeto de discriminación por contenidos indebidos de obra musical que atentan contra la dignidad de la mujer afro.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-07071-01 [AC]

FECHA: 16/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTES: Leandro Santo Petro Llorente

DEMANDADO: Nación – Presidencia de la República, Nación – Ministerio de Cultura, Comisión Legal para la Protección de los Derechos de las Comunidades Negras o Poblaciones Afrodescendientes y José Álvaro Osorio Balvin

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La parte actora se encuentra legitimada en la causa por activa para ejercer la presente demanda de tutela, pese a que se dirige contra la omisión de las autoridades administrativas accionadas de impedir la reproducción de una pieza musical que atenta contra las mujeres y la comunidad afrodescendiente en general?

Tesis 1: “[L]a Sala advierte que no comparte el planteamiento jurídico expuesto por el A quo, debido a que, a pesar [de] que el actor pretende actuar como representante de las minorías afrodescendientes y de los colectivos de mujeres, situación que evidentemente es cuestionable desde el punto de vista probatorio para determinar su capacidad para comparecer; también es cierto que acudió al amparo constitucional en nombre propio. En tal virtud, la Sala considera que, a pesar de no existir un elemento que ligara la comparecencia del señor [L.S.P.L.], en esta acción, como representante de las mencionadas comunidades, no es menos cierto que ello no podía relevar al juez de primera instancia de analizar los pedimentos, en el entendido

que estaban formulados en forma personal por el actor. (...) Por lo demás, en lo atinente a los argumentos señalados por el actor, conforme los cuales la pieza musical podría devenir en irrespetuosas hacia las mujeres, en la medida que, su letra y puesta en escena resultaban denigrantes y misóginas, la Sala considera que correspondía al juez atender los citados argumentos, toda vez que, versaban en forma directa respecto de una presunta forma de discriminación”.

Problema jurídico 2: ¿Se configura, en el presente asunto, una carencia actual de objeto por hecho superado, considerando que la pretensión de la parte actora para que se borrara el video musical que contenía la canción discriminatoria contra las mujeres y la comunidad afrodescendiente fue superada, pues el artista que la grabó resolvió eliminar dicho registro de plataformas sociales y ofreció excusas públicas por su contenido?

Tesis 2: “[R]evisado el contenido del informe rendido por el artista y consultadas las pruebas que reposan en el plenario, la Sala encuentra que eliminó el video original de la canción

[acusada en el escrito de amparo] que había sido subido en su canal oficial de la plataforma de reproducción YouTube. Asimismo, se evidencia que, con ocasión de la controversia surgida por la publicación de la canción, el señor [O.B.] grabó un video el 26 de octubre de 2021, en el que se excusa por su contenido. (...) Al respecto se advierte que la situación que la pretensión elevada por el señor [P. Ll.], referente a la orden de que el cantante [O.B.] ofreciera disculpas se superó, puesto que, a través de un video, se excusó por la publicación de la [referida] canción. (...) De igual manera, se tiene que conforme lo pretendido por el accionante, el hecho de que el video musical fuese borrado de canales masivos de reproducción como YouTube, redundaba en que el mensaje de la canción perdiera un importante medio de difusión, situación esta, que además se acompaña con lo pedido por el señor [P.Ll.], en aras de evitar la reproducción de la referida pieza musical. Así las cosas, se destaca que el objeto de la tutela de la referencia se circunscribía a que la autoridad accionada resolviera los asuntos planteados en precedencia. Comoquiera que la situación que originó la tutela cesó en el trámite de esta, la Sala considera que el asunto sub judice se enmarca en el escenario de la carencia actual de objeto por hecho superado”.

Paz, justicia y reparación

Solicitud de libertad transitoria condicionada y anticipada, así como inclusión en la JEP.

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-04765-01 (AC)

FECHA: 29/11/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Juan David Cock Arbeláez

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las autoridades accionadas han quebrantado los derechos constitucionales fundamentales invocados por el tutelante, dado que no ha sido incluido por la Policía Nacional en la lista que debe realizar conforme al artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, con el propósito de obtener los beneficios penales diferenciados para agentes del Estado, en particular, la libertad transitoria condicionada y anticipada; y tampoco le han sido respondidas las peticiones que ha formulado ante los secretarios general de la Policía Nacional y ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz?

Tesis: “[E]l accionante formuló solicitudes tendientes a obtener tratamiento especial diferenciado para agentes del Estado y, consecuentemente, la libertad transitoria condicionada y anticipada, las cuales si bien fueron atendidas por los secretarios ejecutivo de la JEP y general de la Policía Nacional, en cuanto a la primera (...) no se aportó copia de la misma ni obra prueba de su notificación al accionante, mientras que el segundo profirió contestación sin explicar las razones de la decisión de no incluirlo en las respectivas listas que elabora esa institución, por lo que

las mencionadas autoridades quebrantaron el derecho constitucional fundamental de petición del accionante (...). Por otro lado, en lo concerniente a la solicitud principal del accionante consistente en que (...) sea incluido en los listados previstos en el artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, se tiene que, como se dejó anotado, uno de los requisitos para ser beneficiario de la libertad transitoria condicionada y anticipada como agente del Estado es estar condenado por conductas punibles por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, condición que, según oficio de 24 de mayo de 2017 del secretario general de la Policía Nacional, no colma aquel. (...) por lo que tampoco puede concluirse que el secretario general de la Policía Nacional haya quebrantado algún otro derecho constitucional fundamental del accionante al establecer a prima facie que no puede acogerse al citado beneficio, por cuanto, conforme al precitado artículo 53 de la Ley 1820 de 2016, actuó de acuerdo con el procedimiento previsto por el legislador para la elaboración de los listados de los miembros de la fuerza pública con destino a la secretaría ejecutiva de la JEP. Resta

agregar que tampoco se observa vulneración a la garantía constitucional fundamental a la libertad del actor, en cuanto la privación de la que es objeto esta soportada en sentencia condenatoria proferida por la jurisdicción penal (...). En ese orden de ideas, comoquiera que no se observa vulneración de los derechos constitucionales fundamentales deprecados por el actor (...), la Sala revocará el ordinal primero del fallo impugnado que rechazó por improcedente este mecanismo constitucional y, en su lugar, negará el amparo deprecado. Finalmente, por encontrarse probada su vulneración, se amparará el derecho constitucional fundamental de petición del tutelante”.

El procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para la construcción de las listas de personas que pueden acceder al beneficio de tratamiento penal especial que prevé la Jurisdicción Especial para la Paz no vulnera el derecho fundamental al debido proceso.

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-04767-01[AC]

FECHA: 06/12/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Rafael Orlando Huérfano Castro

DEMANDADO: Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es procedente ordenar al Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz que emita un pronunciamiento claro, preciso y de fondo a la solicitud de libertad presentada por el actor?

Tesis 1: “[S]i bien es cierto el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Policía Nacional dieron respuesta a las solicitudes del actor a partir del conocimiento y las competencias que tienen frente a su participación en los asuntos relacionados con la jurisdicción especial para la paz, también es evidente que el [actor] no ha tenido un pronunciamiento directo de la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz, respecto de la petición que formuló de someterse a la justicia transicional (...) la ausencia de respuesta por parte de la entidad accionada al tutelante, respecto del trámite surtido entorno a su requerimiento, constituye una vulneración de su derecho de petición, en la medida en que no tiene conocimiento de la procedibilidad de su pretensión ante la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción Especial para la Paz”.

Problema jurídico 2: ¿La acción constitucional es procedente para ordenar al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional que incluyan al actor en el listado de posibles beneficiarios de la libertad transitoria, condicionada y anticipada previstos en la Ley 1820 de 2016?

Tesis 2: “[E]s evidente que existe un procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico, para la construcción de las listas de personas que pueden acceder al beneficio de tratamiento penal especial que prevé la Jurisdicción Especial para la Paz, el cual fue reglamentado por el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Resolución N° 636 de 2017 y por la Policía Nacional, mediante la Resolución N° 292 de 2017. Es importante resaltar que dichos actos administrativos gozan de presunción de legalidad, por cuanto en la actualidad no han sido anulados por autoridad judicial y por lo tanto son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades accionadas. (...) la Policía Nacional acogiendo el procedimiento previsto en la Resolución N° 292 de 2017 y a la delegación que hizo el Ministerio de Defensa Nacional en la Resolución N° 636 de 2017, respondió clara-

mente la solicitud de inclusión del actor a la lista de posibles beneficiarios del tratamiento penal especial que dispone la Justicia Especial para la Paz, por lo que no se evidencia irregularidad alguna en el proceso desplegado por la entidad accionada. En este orden de ideas, la Sala considera que no existe vulneración del derecho al debido proceso del [actor]”.

Se niega la acción de tutela ejercida para evitar la extradición de Dairo Úsuga David, alias “Otoniel”.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-02267-00 [AC]

FECHA: 4/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Bernardo Vivas Mosquera y otros

DEMANDADO: Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulnera la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, verdad, justicia y reparación integral de los actores, en calidad de víctimas del conflicto armado, cuando se emitió el Concepto del 6 de abril de 2022 y se resolvió la procedencia de la solicitud de extradición del señor Dairo Antonio Úsuga David “Alias Otoniel” a los Estados Unidos de América, lo que, a juicio de la parte actora, obstruye la continuidad de los procesos judiciales adelantados contra el señor Úsuga en Colombia y afecta la consecución de la verdad y la materialización de una justicia para las víctimas?

Tesis: “[L]a Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (...) no vulneró derechos fundamentales de los accionantes, toda vez que analizaron los presupuestos constitucionales y legales de procedibilidad de la solicitud de extradición, para señalar que no había impedimento para acceder a la petición de extradición, también se detuvo a valorar la posible afectación de los derechos de la víctimas con el traslado del señor [D.A.U.D.] a los Estados Unidos de América; en virtud de lo cual concluyó que su remisión a la nación extranjera, no implicaba la renuncia al procesamiento y

enjuiciamiento de los crímenes cometidos por el requerido en el territorio nacional, dado que era un deber de las autoridades nacionales continuar con las respectivas actuaciones y acudir a los mecanismos de cooperación judicial entre los estados para lograr la comparecencia del señor [U.D.] a los procesos en los que es requerido y de esta manera ofrecer una expectativa cierta para la satisfacción de los derechos de las víctimas. [E]s importante señalar que la cooperación judicial internacional y los instrumentos para combatir el crimen transnacional, resultan ser idóneos para procurar la ayuda o asistencia recíproca que entre los estados, tendientes a adelantar diligencias judiciales en el territorio de los países, que como Colombia, cuentan con estos acuerdos internacionales; lo que permitiría satisfacer la necesidad de las autoridades colombianas de adelantar diligencias en el territorio extranjero, en desarrollo de un proceso o procedimiento judicial. (...) [E]s claro que en el marco de la actividad diplomática existen instrumentos jurídicos que le permiten a las autoridades judiciales Colombianas solicitar asistencia judicial a otros Estados o a autoridades extranjeras; por lo (...) que la continuidad de los procesos judiciales en Colombia, seguidos en contra del señor [D.A.U.D.], no se van a paralizar con su

extradición, ni mucho menos conllevarían a la impunidad, como lo advierten los tutelantes. (...) [C]abe señalar que la ausencia de compromiso del señor [D.A.U.D.] con las víctimas y la paz en los territorios, fue uno de los factores que determinó la favorabilidad del concepto emitido por la Corte Suprema de Justicia, pues era evidente que desde que se desmovilizó en el año 2005, el referido señor fue renuente a garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas; dedicándose a continuar con su actuar delictivo, al punto que fue retirado de la Ley de Justicia y Paz. (...) [T]ampoco reunía las calidades para hacer parte de la Jurisdicción Especial de Paz, por lo que ante ese escenario, no es desproporcionado que la Corte Suprema de Justicia haya emitido concepto favorable a su extradición”.

Pandemia por COVID-19

Vulneración de los derechos a la libre locomoción y vida digna por la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica a los colombianos que solicitan vuelo humanitario y se encuentran en el exterior en condición de amenaza a causa de la COVID-19.

RADICADO: 25000-23-37-000-2020-01195-01(AC)

FECHA: 11/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Vanessa Caro Latorre y otros

DEMANDADO: Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿Las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la libertad de locomoción, vida, salud, seguridad social, dignidad humana, trabajo e igualdad de la parte accionante, al no incluirlos en un vuelo humanitario para su regreso al país, en el marco de las medidas adoptadas en virtud de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Gobierno Nacional?”

Tesis: “[Para la Sala] si bien los accionantes viven desde enero de 2019 en Estados Unidos con la intención de obtener la residencia en dicho país, la decisión del Consulado de no incluirlos en el procedimiento de repatriación no se ajusta a lo dispuesto en la Resolución 1032 de 2020, en atención a que la misma establece el protocolo para el regreso a Colombia no sólo para los ciudadanos que estuviesen en el extranjero en condición de turistas, sino para cualquiera que se encuentre en una situación vulnerable. (...) En ese sentido, la misma Resolución en su parte motiva indica que las directrices que se imparte en la misma

en materia migratoria, aplican para aquellos ciudadanos colombianos y extranjeros residentes permanentes en Colombia, que deseen retornar al país en el lapso en ella establecido, es decir, que para todos los connacionales independientemente de su estado migratorio. De igual modo, le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando señala que, en virtud del principio de solidaridad, el Estado debe velar por la seguridad de sus ciudadanos y prestarles asistencia y apoyo, aun cuando se encuentran en otro país, por lo que las entidades accionadas deben realizar trámites de migración y brindar apoyo a los colombianos que se encuentran en el exterior en condición de desprotección o amenaza. Así, pese a que los aquí accionantes asumieron la decisión de radicarse en Estados Unidos, dada la circunstancia particular que atraviesan, deben recibir un acompañamiento por parte de las entidades que representan al Estado en la ciudad extranjera en la que residen. (...) En segundo lugar, en la decisión de primera instancia se hace referencia a la inclusión de los accionantes en los programas de ayuda para

los migrantes hasta que éstos retornen al país o superen su estado de necesidad. Frente a este punto, la función del Consulado de Colombia en Los Ángeles puso a disposición de los connacionales residentes en dicha ciudad un banco de datos para la mitigación del Covid-19 y otras emergencias, en el cual se anexan instituciones que prestan servicios de albergue, alimentación, asistencia médica, entre otros. (...) debe el Consulado brindar un acompañamiento a los ciudadanos para que éstos inicien los trámites para gestionar el acceso a dichos servicios, y no simplemente informarles de su existencia. (...) Finalmente, frente al argumento que la cartera ministerial está sujeta a lo dispuesto por el Gobierno, es necesario señalar que la orden dada por el juez constitucional de primera instancia es clara al indicar que los costos de transporte serán asumidos por los accionantes y que la incorporación los vuelos humanitarios debe tener en cuenta a las demás personas que se encuentren en espera de ser repatriados desde Estados Unidos hacia Colombia”.

Repatriación de colombianos en el exterior por razones humanitarias, en el contexto de la pandemia por COVID-19.

RADICADO: 25000-23-15-000-2020-01011-01 (AC)

FECHA: 11/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: María del Mar González Pedraza

DEMANDADO: Presidente de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: “[La Sala deberá] examinar si los accionados vulneraron el derecho fundamental de petición de la accionante consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, vale decir, si se abstuvieron de resolver y de fondo las solicitudes que formuló, y si el derecho de igual alcance a la libertad de locomoción con la pretensión tendiente a que se ordene su repatriación a Colombia ‘en las condiciones que se dispongan y con todas las medidas de seguridad y salubridad que se establezcan’ interfiere con el interés general el cual debe prevalecer sobre el particular conforme lo prevé el artículo 24 *ibidem*”.

Tesis 1: “[O]bserva la Sala que para el 7 de abril de 2020 cuando se emitió la respuesta a la primera de las peticiones formuladas por la accionante no se había expedido la Resolución N.º 1032 del 8 de abril de 2020 proferida por el director general de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y por ello es dable inferir, que como no se había reglamentado el protocolo para el ingreso al país, no se advierte la amenaza o vulneración del mentado derecho fundamental. No acontece esta situación con el contenido de la comunicación emitida el 9 de abril de 2020, en la cual la accionante expuso su necesidad de ser repatriada porque su situación

económica imposibilitaba su estadía en España y, conforme a ello, expresó su deseo de retornar en un vuelo humanitario. Para ese momento, como ya se había proferido la citada Resolución N.º 1032 del 8 de abril de 2020 la respuesta infringe el derecho fundamental de petición -cuya protección de oficio ordenará la Sala en su función garante de los derechos constitucionales-. (...) [Para la Sala,] no es dable esgrimir como se hace en el escrito de intervención por la apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores, que la accionante debió conocer el protocolo previsto en la norma citada por cuanto la labor de los consulados y con mayor rigor ante la grave situación de pandemia que pone en riesgo a la humanidad, es proporcionar a los connacionales la información suficiente. Por este motivo como la respuesta no fue de fondo porque omitió informarle que los requisitos para acreditar su condición de vulnerabilidad estaban consignados en el artículo 3º del acto administrativo mencionado, es por ello que se configura la vulneración del derecho fundamental de petición”.

Problema jurídico 2: ¿Las autoridades accionadas vulneraron el derecho fundamental a la libertad de circulación de la parte accionante?

Tesis 2: “En lo atinente a la violación del derecho fundamental a la libertad de circulación, se constató que el día 1° de mayo de 2020 se realizaron dos vuelos humanitarios desde Madrid a Bogotá previa autorización obtenida los días 21 y 25 de abril de 2020. A la accionante, como se indicó a través de la comunicación del 9 de abril de 2020 solamente se le manifestó que ‘[a]ntes de esa fecha está descartada cualquier posibilidad de ingreso a Colombia y no hay autorización para vuelos humanitarios de retorno al país’. En ese sentido, no obstante que el derecho

fundamental a la libre circulación tiene limitaciones las cuales son necesarias en la situación de pandemia por la que atraviesa el mundo con incidencia en el país y en la que el principio de prevalencia de los intereses generales sobre los particulares cobra mayor importancia, la Sala observa que a la accionante se le privó de la expectativa de regresar a Colombia a través de uno de los dos vuelos humanitarios que se realizaron, lo cual se concreta porque el Consulado General de Barcelona (España) no le brindó el acompañamiento que se hace más necesario para los connacionales en esta difícil época, el cual consistía en permitirle acreditar sus condiciones de vulnerabilidad acorde a la Resolución N.1032 de 2020. En ese orden de ideas, la violación del derecho fundamental a la libre circulación consagrado en el artículo

24 de la Carta Política emerge porque le correspondía al Consulado General de España ofrecer a la accionante la posibilidad de acreditar sus condiciones de vulnerabilidad para acceder a un vuelo humanitario. (...) De otra parte, es menester señalar que no son de recibo los motivos de defensa expuestos por la apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores, referidos a que la accionante no puede pretender ni la jurisdicción ordenar, que se desconozca el derecho soberano de los Estados, para el caso, el del Reino de España en la adopción de sus decisiones sanitarias. Sobre este aspecto, la Sala expresa que con las órdenes que se impartirán en esta decisión no se invade el derecho del Reino de España en su ámbito de autonomía para limitar la circulación de residentes en condición de estudiante, como es el caso de la actora, con motivo de la pandemia, toda vez que, por supuesto es al Consulado General de Colombia en Barcelona y a los demás accionados a quienes les corresponderá acatar esas disposiciones para hacerlas exigibles a nuestros connacionales. (...) [En consecuencia,] [s]e concederá el amparo del derecho fundamental de petición contemplado en el artículo 23 de la Carta Política toda vez que con la comunicación del 9 de abril de 2020 se concluye que el Consulado General de Barcelona no se pronunció sobre el fondo del asunto y de manera condicionada se amparará el derecho fundamental a la libertad de circulación previsto en el artículo 24 *ibidem*”.

Programa de Ingreso Solidario en el marco de las medidas adoptadas por el gobierno nacional para mitigar los efectos económicos causados por la pandemia de COVID-19.

RADICADO: 25000-23-15-000-2020-01599-01[AC]

FECHA: 25/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Nancy Esperanza Umbarila Ramírez

DEMANDADO: Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es la entidad competente para disponer el pago correspondiente al programa Ingreso Solidario, de manera que sea procedente revocar el numeral tercero de la sentencia de 22 de mayo de 2020, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección A tuteló el derecho fundamental al mínimo vital de la parte accionante?

Tesis: “El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró el actual brote de enfermedad por coronavirus - COVID-19 como una pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión, toda vez que al 11 de marzo de 2020, a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países. En atención a lo anterior, el presidente de la república, mediante Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vi-

gencia de ese decreto, y anunció la adopción de decretos legislativos, con las medidas necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos. (...) De lo anterior, esta Sala de Subsección extrae que la labor de creación de la Base Maestra de Información para los beneficiarios de Ingreso Solidario la realiza el Departamento Nacional de Planeación con la información que repose en el Sisbén y en los registros de las entidades que menciona la norma citada, entre ellas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo cual la orden de tutela dictada por la primera instancia es clara en manifestar que el pago debe realizarse de manera coordinada entre quien ordena el gasto y quien realiza la lista. En este orden de ideas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe cumplir las funciones que la ley y los reglamentos dispongan para lograr la efectividad del amparo constitucional otorgado a la accionante, y de igual modo el Departamento Nacional de Planeación deberá actuar según su competencia, sin que se le impongan trabas administrativas adicionales a la señora [U.R.] y a su hija menor de edad”.

La falta de igualdad en el acceso a la tecnología y a los materiales necesarios para seguir estudiando, en el contexto de la pandemia por COVID-19, vulnera el derecho a la educación de los niños.

129

RADICADO: 41001-23-33-000-2020-00614-01 (AC)

FECHA: 08/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Nilma Solanyi Carrillo y otros

DEMANDADO: Nación – Ministerio TIC y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las entidades accionadas vulneraron el derecho a la educación de los accionantes por la falta de acceso a la tecnología y a los materiales necesarios para seguir estudiando?

Tesis: “[L]a Organización Mundial de la Salud - OMS- calificó el brote de COVID-19 (Coronavirus) como una pandemia, por lo que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró «la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020». (...) El presidente de la república, por medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el «Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. (...) Seguidamente, profirió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». De acuerdo con lo anterior, las clases presenciales fueron suspendidas como una medida

de prevención a la propagación de la pandemia con el propósito de proteger la vida y salud de los docentes, estudiantes y la ciudadanía en general, en consecuencia, se implementaron estrategias de aprendizaje, como el uso de tecnologías, que permitieran la continuidad del proceso educativo desde casa lo cual requiere, irrecusablemente, que los interesados tengan acceso a internet. (...) Lo expuesto quiere decir que, (i) en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19 el acceso a internet es necesario para que se continúe el proceso educativo puesto que las clases presenciales se suspendieron y (ii) que aun por fuera del estado de emergencia, el acceso a internet es un instrumento que asegura el goce efectivo del derecho a la educación especialmente para las personas que se encuentran en zonas apartadas como las zonas de residencia de los accionantes como fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia precitada. (...) Bajo esa respuesta, el a quo consideró que el derecho a la educación (...), sin embargo, esta Sala tiene una posición diferente, puesto que el hecho de abrir una licitación pública, cuyo proyecto se presagia culmine hasta el mes de julio de 2022, significa que los accionantes se encuentran privados de acceso a internet hasta esa fecha, más de dos

años desde esta decisión y por consiguiente de su derecho a la educación en el marco de la suspensión de las clases presenciales. (...) [E]l secretario de gobierno, desarrollo social y talento humano del municipio de Acevedo (...), expresó que la falta de conectividad de las veredas del municipio de Acevedo no ha sido impedimento para que los estudiantes atiendan sus clases porque los docentes y directivos docentes han entregado y recogido el material educativo a que hubiere lugar. Sobre el particular, la Sala de Decisión advierte que no existe prueba alguna en el proceso sobre la entrega de este material en los hogares de los accionantes, como una constancia de recibido suscrita por ellos, solo se aportaron certificaciones de los directores de varias instituciones educativas del municipio de Acevedo donde expresan que así sucedió

lo cual no es suficiente para llegar a la certeza que sí se cumplió con esta obligación, más aun cuando se reiteró en el recurso de impugnación que no había acceso al material académico desde sus residencias sino que debían movilizarse dos horas para llegar a la inspección más cercana sin que contar con los recursos económicos para hacerlo. La Sala de Subsección no encuentra justificación para que el municipio de Acevedo en coordinación con el departamento del Huila no proporcionase el material de texto y las guías a los accionantes directamente en sus hogares cuando el Ministerio de Educación afirmó que destinó un rubro para que ello ocurriera de forma gratuita y efectiva a través del uso de medios de comunicación como la Policía o los conductores de transporte público que las llevaran”.

Derecho fundamental a la unidad familiar de la población privada de la libertad y la suspensión de las visitas carcelarias con ocasión de la pandemia generada por la COVID-19.

131

RADICADO: 15001-23-33-000-2021-00211-01 (AC)

FECHA: 22/04/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Steven Restrepo y otros

DEMANDADO: Nación – Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿Las entidades accionadas, al no adoptar medidas orientadas a restablecer las visitas conyugales y familiares de la población privada de la libertad, incurrieron en una vulneración del derecho fundamentales a la unidad familiar de la parte accionante?”

Tesis: “[E]l proceso de resocialización de los internos se entiende con la participación de la familia y el contacto permanente con la misma, de manera que se procure el mantenimiento de los vínculos familiares, pues esto conllevaría a una reincorporación menos traumática, lo que se encuentra asociado además con otras garantías fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la intimidad personal. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la unidad familiar para la población carcelaria no es absoluto y que los límites a la visita familiar y/o íntima es admisible si se fundamenta en criterios razonables para mantener el orden y seguridad en los establecimientos penitenciarios, siempre que se ajusten al principio de proporcionalidad.(...) [S] e advierte que i) el horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas serán reguladas por la Dirección General del INPEC y ii) estas deben realizarse según los principios de seguridad e higiene, por

lo que, si bien la norma no dice explícitamente que en el evento de ocurrir una pandemia, las visitas deben limitarse, sí autoriza al establecimiento carcelario a tomar medidas tendentes a la protección y cuidado de los reclusos y del personal que trabaja en las cárceles. Es por lo anterior que las decisiones adoptadas por las entidades accionadas van en consonancia con la declaratoria de la emergencia sanitaria hecha por el Gobierno Nacional en relación con el Covid-19 y tiene como finalidad garantizar la bioseguridad de la población privada de la libertad, así como la de sus familiares. Ahora bien, en lo que respecta a la protección de la unidad familiar, tal como se dijo previamente, si bien la Corte Constitucional ha señalado que es un derecho que va de la mano con la finalidad resocializadora de la pena y debe ser garantizado, dicha prerrogativa no es absoluta, pues puede ser limitada para mantener el orden y la seguridad de los establecimientos penitenciarios, siempre que las decisiones se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, a razones que por medio de la lógica se pueden constatar o ser controvertidas. (...) De igual modo, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, si bien el goce del derecho a la unidad familiar se encuentra limitado por

la suspensión presencial de visitas, EPAMSCASCO para mantener los vínculos familiares de los reclusos, habilitó espacios con medios tecnológicos para realizar entrevistas de manera virtual, lo cual se puede solicitar de forma escrita a los correos electrónicos virtuales.combita@inpec.gov.co y videoconferencias.combita@inpec.gov.co. En este orden de ideas, esta Sala de Subsección considera que la suspensión temporal de visitas para la población privada de la libertad tiene su origen en la emergencia que atraviesa el mundo por el Covid-19, situación a la que no es ajena Colombia, por lo que no se puede predicar una vulneración de derechos fundamentales en relación con las decisiones que tome la administración para garantizar la seguridad de los establecimientos carcelarios”.

Acción de tutela contra trámite de tutela

133

Procedencia de la tutela contra tutela por omisión en la notificación de la parte que fue declarada infractora de los derechos fundamentales.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-02651-00 [AC]

FECHA: 14/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jairo Augusto Vásquez Clavijo

DEMANDADOS: Tribunal Administrativo de Santander

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho al debido proceso del Distrito Militar n.º 32 adscrito a la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional, al no ser notificado del trámite de tutela adelantado en su contra, en el que fue declarado infractor de los derechos fundamentales del señor [S.L.T.G.]?

Tesis: “[L]a Sala observa que, contrario a lo considerado por el Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de tutela del 6 de febrero de 2020, el Distrito Militar n.º 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional si bien fue vinculada en calidad de accionante mediante auto del 28 de noviembre de 2019, su notificación se surtió a través de correo electrónico dirigido a direcciones ajenas a la instancia militar accionante. (...) En este punto, no se puede perder de vista que el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga identificó e individualizó contra quien se dirigía la solicitud de amparo ‘Distrito Militar N.º 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional’, por ello la notificación

personal (entiéndase también por correo electrónico) debió realizarse respecto del Comandante de dicha instancia militar o de quien hiciera sus veces y no, a un correo institucional cualquiera del Ejército Nacional, diferente es, que se hubiere ordenado vincular al Comando General de la institución, lo cual no ocurrió. (...) Cosa distinta sucedió en segunda instancia, donde el fallo del 20 de febrero de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, fue notificado de forma electrónica a las direcciones [electrónicas que corresponden con los buzones judiciales de la entidad accionante]; lo cual generó otro efecto, pues según se señaló en el escrito de tutela, fue a partir de ese momento que el Distrito Militar N.º 32 de la Quinta Zona de Reclutamiento del Ejército Nacional tuvo conocimiento del asunto, siendo tardío para el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción; lo cual no es motivo para desconocer la irregularidad procesal presentada durante el trámite constitucional de la primera instancia. (...) De conformidad con lo expuesto, la Sala [ampará] los derechos fundamentales [de la entidad tutelante]”.

Derecho de petición

Falta de respuesta frente a la solicitud de convalidación del título universitario obtenido en el exterior.

RADICADO: 52001-23-33-000-2017-00277-01 (AC)

FECHA: 2/08/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Yamile Karina Chaucanez Bastidas

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PERMANENTE



Problema jurídico: “¿[E]l Ministerio de Educación Nacional vulneró el derecho fundamental de petición de la [accionante], en la medida en que, presuntamente, no ha emitido la resolución definitiva respecto de su solicitud de convalidación del título de Especialista en Medicina - Pediatría?”

Tesis: “[La] Sala encuentra que la respuesta emitida por la entidad accionada con ocasión del derecho de petición cuyo amparo se invoca, se efectuó el 15 de junio de 2017, es decir, 8 meses después de la presentación de la solicitud de convalidación, generando la vulneración del derecho de petición de la [actora]. Sin embargo, se advierte que, durante el trámite de la impugnación de la decisión de primera instancia, el Ministerio de Educación Nacional acreditó no solo que había dado respuesta a la petición elevada por la accionante ante su despacho, sino que además se la había notificado al correo electrónico (...) aportado por ella para tal fin. (...) En vista de lo anterior, evidencia la Sala que en el presente asunto se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, pues si

bien, para el momento en el que el juez de primera instancia resolvió la acción de tutela, no se encontró prueba alguna en el expediente que constatará que la entidad accionada le había puesto en su conocimiento al peticionario la respuesta otorgada a la petición que elevó ante ellos desde marzo de 2017; quedó probado que el Ministerio de Educación Nacional expidió la resolución que decide de fondo la solicitud de convalidación de título extranjero y notificó la misma, de tal manera que la [accionante], ya conoce la respuesta a su petición, donde le informaron que se convalidó y reconoció su título de Especialista en Medicina Pediatría, otorgado por la Universidad Nacional Autónoma de México, tal y como lo solicitó. (...) Así las cosas, se confirmará la sentencia del 27 de junio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la medida en que, para el momento en que se emitió el fallo de primera instancia, se mantenía la vulneración del derecho fundamental de la tutelante, pero se modificará el numeral segundo de la misma para, en su lugar, declarar la carencia actual de objeto por hecho superado”.

Falta de respuesta frente a la solicitud de convalidación del título universitario.

135

RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00714-01 (AC)

FECHA: 1/12/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Alejandro Placeres Hernández

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿El Ministerio de Educación Nacional vulneró el derecho fundamental de petición del señor [A.P.H.], ante la falta de respuesta respecto de la solicitud por el elevada bajo radicado PR-2017-0006983 del 19 de abril de 2017?”

Tesis: “[L]a Sala encuentra que la respuesta emitida por la entidad accionada con ocasión del derecho de petición cuyo amparo se invoca, se efectuó el 24 de octubre de 2017, es decir, 6 meses y 5 días después de la presentación de la solicitud de convalidación, generando la vulneración del derecho de petición del señor [A.P.H.]. Al respecto, de acuerdo a las mismas disposiciones normativas expedidas por el Ministerio de Educación para reglamentar el trámite de las solicitudes de convalidación de títulos, si bien es cierto que estas tienen un plazo de 4 meses para su resolución, no se puede desconocer que en lo no previsto expresamente resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, es decir, lo referente a las eventualidades en que no se puede dar respuesta dentro del término o cuando se requieren soportes o informaciones adicionales. (...) [Ahora bien, de las pruebas obrantes en

el proceso,] evidencia la Sala que en el presente asunto se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, pues si bien, para el momento en el que el juez de primera instancia resolvió la acción de tutela, no se encontró prueba alguna en el expediente que constatará que la entidad accionada le había puesto en conocimiento del peticionario la respuesta otorgada a la petición que elevó ante ellos desde el 19 de abril de 2017; quedó probado en esta instancia que el Ministerio de Educación Nacional realizó la notificación, de tal manera que el señor [A.P.H.], ya conoce la respuesta a su petición, donde le informaron que se convalidó y reconoció su título de pregrado de Doctor en Estomatología, otorgado por la Universidad de Ciencias Médicas de la Habana - Cuba, tal y como lo solicitó. (...) Así las cosas, se confirmará la sentencia del 20 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de Caldas, en la medida en que, para el momento del fallo de la acción de tutela se mantenía la vulneración del derecho fundamental del tutelante, pero se modificará el numeral segundo de la misma para, en su lugar, declarar la carencia actual de objeto por hecho superado”.

Vulneración del derecho de petición al no expedirse copia de un documento público debido a su extensión.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-05210-01 (AC)

FECHA: 13/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Laura Sofía Castillo Villareal

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se resolvió de manera clara, precisa y de fondo la solicitud presentada por la actora, y la respuesta le fue notificada en tiempo?

Tesis: “[U]na vez revisado el expediente, se observa que el 28 de octubre de 2020 la solicitante del amparo elevó petición ante la corporación accionada, en la que solicitó copia íntegra o completa del expediente núm. 2001-00479 y el agendamiento de una cita para revisar físicamente ese proceso, la cual envió al buzón des-04sec04tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co, no siendo este el habilitado por el Consejo Superior de la Judicatura para atender los asuntos de la acción popular del Río Bogotá. Dicha solicitud fue reiterada el 19 y 25 de noviembre de la misma anualidad, oportunidad en la que la peticionaria sí dirigió la solicitud al correo electrónico dispuesto para ello. Asimismo, se denota que el 1.º de diciembre de 2020 y el 22 de enero de 2021 (fecha en la que fue reenviado el mensaje de respuesta) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, informó a la peticionaria lo siguiente: «Se le informa que el expediente de la acción popular 2001 00479 correspondiente a la Sentencia del Río Bogotá, se compone por más de 60000 folios y

89 incidentes, cada uno de ellos contiene varios cuadernos principales y anexos. En razón de lo antes expuesto y con la finalidad de atender de la mejor manera posible su solicitud, rogamos nos indique cuales son los incidentes que desea consultar o cuales son las piezas procesales que desea solicitar copia para agendar la cita correspondiente y pueda acudir a la Secretaria (sic) de la Sección Cuarta con dicho fin [...]» De lo anterior se desprende que, a través de la respuesta emitida, se requirió a la aquí accionante para que determinara a cuál o cuáles de los cuadernos que conforman el expediente del proceso del río Bogotá pretende tener acceso, comoquiera que el proceso es demasiado voluminoso. Al respecto, se observa que el 27 de enero de 2021 la señora [L.S.C.V.] nuevamente remitió petición ante la corporación accionada, reiterando los argumentos expuestos en la solicitud inicial, en la que, además, precisó que estaba interesada en acceder a los incidentes relacionados con humedales, POT y el municipio de Chía, por medio de la plataforma One Drive o, en su defecto, con la programación de una cita para revisar el expediente. (...) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, insistió en los argumentos de la contestación de la acción de tutela de la referencia y señaló que se pronunció

frente a la solicitud de la señora [L.S.C.V.] el 22 de enero de 2021. Añadió que, por la complejidad del proceso y el volumen del expediente, el despacho a cargo de este no puede convertirse en una Oficina de Quejas y Reclamos para los más de 9 millones de habitantes de los 46 municipios de la Sabana y del Distrito Capital, entes territoriales involucrados en el asunto ni puede convertirse en una biblioteca pública, máxime cuando carece de un presupuesto y de personal exclusivo para atender las numerosas solicitudes incoadas en el proceso, siendo imposible acceder a la petición elevada por la solicitante y remitirle copia digitalizada de todo el expediente de la acción popular, en razón a lo voluminoso de sus folios, esto sin contar con todas las pruebas informáticas que en el mismo reposan. Así las cosas, se advierte que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, no resolvió la solicitud realizada por la señora [L.S.C.V.] el 27 de enero de 2021, encontrándose superado

el término señalado por el artículo 5.º del Decreto 491 de 2020 para el efecto. De hecho, nótese que, en el caso sub examine, en el correo del 27 de enero de 2021 la peticionaria aclaró que requería las copias digitalizadas o físicas de los incidentes relacionados con los humedales, el POT y el Municipio de Chía. Sin embargo, a la fecha no ha obtenido ninguna respuesta. En ese sentido, no es de recibo el argumento expuesto por la autoridad judicial accionada sobre la imposibilidad de expedir copia de todo el proceso, dado su extenso tamaño, comoquiera que la ahora recurrente, en el requerimiento mencionado en precedencia, puso de presente cuáles eran los documentos pedidos y, con el propósito de resolverla, la corporación mencionada podía remitir los archivos en formatos digitales o agendar una cita para la consulta y expedición de copias de estos. De esta manera, se denota que actualmente existe una vulneración del derecho de petición de la accionante”.

Vulneración del derecho de petición ante la falta de pronunciamiento frente a un recurso de queja.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-03928-01 (AC)

FECHA: 01/11/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Esther María Pineda

DEMANDADO: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Superintendencia de Servicios Públicos vulneró los derechos de petición, al debido proceso, al mínimo vital y de acceso a la administración de justicia del actor, al no dar respuesta al recurso de queja interpuesto el 8 de marzo de 2022?

Tesis: “[L]a señora [E.M.P.], considera que se ha vulnerado su derecho de petición porque la Superintendencia de Servicios Públicos no ha dado respuesta a la solicitud que realizó ante dicha entidad, con el objeto que se decreta el rompimiento de la solidaridad porque: “(...) debido a que le arrende de buena fe a un tercero y el mismo se fue dejándome una deuda pendiente con la empresa a dicha petición la empresa me expide una respuesta negando mis pretensiones por lo que me veo obligado a presentar el recurso de reposición y el subsidio de apelación (...)”. (...) [L]a Corporación, en primera instancia, destacó que el Decreto 491 de 2020, amplió dichos términos de respuesta del derecho de petición y la regla general de respuesta pasó de 15 a 30 días hábiles, el cual estuvo vigente desde el 28 de marzo de 2020, hasta el 17 de mayo de 2022. De suerte que esta ampliación en el plazo de respuesta era aplicable al caso individual, porque el recurso de queja se interpuso el 8 de marzo de

2022, esto es cuando estaba vigente el Decreto 491 de 2020. La Sala observa que, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, la accionante interpuso, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el recurso de queja el 8 de marzo de 2022 y, de ese modo, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley 1437 de 2011, la demandada debió dar respuesta el 27 de abril del año en curso. Es menester precisar que, aunque en el escrito de impugnación la parte demandada alegó haber emitido decisión de fondo en el caso concreto, lo cierto es que no se logró evidenciar dicha situación. Así las cosas, y evidenciado que no ha sido satisfecha la petición de la señora [E.M.P.], es diáfano concluir que la Superintendencia acusada, en efecto, vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora. Ahora, el A quo consultó en la plataforma del sistema de gestión documental de la Superservicios y evidenció que el trámite se encuentra en curso, pero no observó que se haya surtido la actuación que le corresponde en un término razonable, toda vez que, desde la radicación del recurso de queja a la fecha, no se ha proferido decisión de fondo. Así las cosas, la Sala confirmará el amparo de tutela, comoquiera que la autoridad accionada debió

tramitar el recurso de queja dentro de los términos previstos para el derecho de petición, acorde con la normativa vigente para la época, esto es, dentro de los 30 días contados a partir del momento de su radicación; lo que evidentemente no hizo”.

Derecho a la protesta pacífica

Se deben adoptar las medidas para garantizar derecho a la protesta pacífica y evitar que se repitan excesos de la Fuerza Pública.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-02477-01 (AC)

FECHA: 22/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Leonardo Sánchez García

DEMANDADO: Nación - Presidencia de la República, Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Escuadrón Móvil Anti-Disturbios - ESMAD, Nación - Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación y Defensoría del Pueblo

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El accionante está legitimado en la causa por activa para promover la acción de tutela con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la protesta pública y pacífica y la protesta social?

Tesis 1: “A juicio del a quo, la tutela es improcedente debido a que no se demostró un interés cierto del actor en este asunto, toda vez que, lo dicho en el amparo no demostraba que este hubiese participado en las marchas, o bien, hubiere sufrido un perjuicio directo y personal sobre los bienes jurídicos cuya protección pretende. (...) [L]a Sala no comparte la conclusión (...), puesto que, el derecho a la protesta social es una garantía legal de carácter amplio, por tanto, su protección puede ser deprecada por cualquier ciudadano, en forma independiente a si se participó o no en los hechos que dieron lugar al amparo. (...) [E]s evidente que el señor [S.G.] se encuentra legitimado para acudir en procura del derecho a la protesta social de quienes participaron en las marchas convocadas, con oca-

sión del paro nacional, en forma independiente si este participó o no en ellas”.

Problema jurídico 2: ¿Las autoridades accionadas, con las acciones tendientes a la preservación del orden público mediante el uso de la fuerza, vulneraron los derechos fundamentales a la vida, integridad, libertad de expresión, protesta y libre movilización de los accionantes y de las demás personas que participaron en las manifestaciones públicas desarrolladas el 28 de abril de 2021?

Tesis 2: “[L]a Sala encuentra que la tutela se centra en esencia, en la crítica a las medidas policivas y sociales de las entidades sociales, con el fin de hacer frente al paro nacional, pues en su sentir se incurrió en exceso de fuerza y en actitudes tendientes a estigmatizar el movimiento social. los derechos establecidos en el artículo 37 de la Constitución sólo pueden delimitarse por el Legislador, quien es el facultado para definir el marco de acción de la autoridad

administrativa y las restricciones a estos derechos, también es cierto que la misma disposición Constitucional somete la protección de estas prerrogativas a la licitud del objeto de la reunión o manifestación, aunado a que tales actividades deben ejercerse de forma pacífica. Tales condiciones constituyen un presupuesto del goce de estos derechos que implica que la violencia, sin importar en qué momento se produzca; si como un exceso, a lo que comenzó en términos pacíficos o como el objetivo de una manifestación particular, escapa de la garantía de los derechos, al salirse de su contorno material. Vale resaltar que, si bien una manifestación pacífica puede obstruir las vías públicas o limitar la circulación por algún lugar en razón a la ocupación de un espacio público, tal situación, per se no configura la tipicidad de los delitos previstos en los artículos 353 A y 353 del Código Penal, pues el objetivo de esta no es obstruir las vías, sino comunicar una idea, lo cual se lleva a cabo en el marco de una reglamentación, aun cuando tenga el anterior efecto de manera temporal. El ejercicio de estos derechos (reunirse y manifestarse pública y pacíficamente) es un mecanismo de la protesta, la cual busca irrumpir en la cotidianidad para exteriorizar una idea acerca de un elemento de la vida en sociedad y “tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades [de] ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades”. Sin embargo, tal ejercicio no puede paralizar el

desarrollo normal de las actividades en comunidad. En otras palabras, el derecho a protestar o a manifestarse públicamente, no puede anular los derechos de las personas que no están en esa manifestación, aunque momentáneamente padezcan de la limitación de algunos de sus derechos. (...) Pues bien, se encuentra que existe unidad de objeto entre este amparo y la acción de tutela identificada con el radicado número 11001-03- 15-000-2021-02367-00, decidida por esta Sala mediante sentencia de 5 de agosto de 2021, cuyo ponente fue el Magistrado, doctor César Palomino Cortés; (...) Asimismo, se infiere la existencia de unidad de causa, por cuanto, ambas acciones constitucionales tienen como asidero el movimiento social surgido debido al paro nacional de abril de 2021 y la dinámica en torno a este. (...) [L]a Sala observa que la sentencia en cita otorgó una protección amplia del derecho de protesta, puesto que, además de amparar el derecho deprecado por los accionantes dentro del expediente (...), extendió dicha protección a “los demás ciudadanos protestantes pacíficos”, circunstancia esta en la que ciertamente se encuentra el señor [S.G.]. (...) [L]a Sala no desconoce que, aun cuando se trata de expedientes diferentes, la protección otorgada en la sentencia de 5 de agosto de 2021, resulta ser predicable en el asunto de la referencia, máxime cuando del escrito de tutela no se advierte una situación excepcional que amerite un mayor estudio del caso, por lo cual se dispondrá estarse a lo resuelto en la referida providencia, según lo anotado en líneas anteriores”.

Aclaración de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

“[P]rocedo a aclarar el voto (...) por cuanto si bien se comparte la apreciación acerca de la vulneración constitucional advertida en la decisión judicial objeto de aclaración, se dispuso en su parte decisoria estarse a lo resuelto en la sentencia de 5 de agosto de 2021, dictada por esta Sala dentro de la acción de tutela 11001-03-15-000-2021-02367-00, al estimar que en esa providencia, además de tutelar los derechos fundamentales invocados por los allí actores, se extendió dicha protección a «los demás ciudadanos protestantes pacíficos», circunstancia en la que se halla el aquí tutelante (...) [S]e advierte que si bien es cierto que en el citado fallo de 5 de agosto de 2021 (al que se ordena estarse a lo resuelto en la sentencia dictada en este asunto) se dispuso, además de amparar los derechos constitucionales fundamentales «a la reunión y manifestación pública y pacífica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad y libre movilización de los accionantes», conceder dicha protección a los «demás ciudadanos protestantes pacíficos», también lo es que no se consignó que esa providencia fuera dictada con efectos inter comunis, con el fin de garantizar el principio

de igualdad, lo que resultaba indispensable para hacer extensivos sus efectos al aquí accionante (...) [S]e advierte que a pesar de que el tutelante aduce la condición de manifestante, la orden de «estarse a lo resuelto» en la sentencia de 5 de agosto del año en curso da a entender que en ella ya se decidió el amparo que aquí depreca, lo cual no se ajusta a la realidad, toda vez que el señor [S.G.] no promovió esa acción constitucional ni fue vinculado a tal asunto, por ende, tampoco tendría certeza acerca de cuál de las decisiones judiciales puede exigir el cumplimiento. Por consiguiente, estimo que, con la finalidad de salvaguardar la efectiva protección constitucional que se solicita, lo jurídicamente correcto en la parte decisoria del fallo era, en primer lugar, amparar, de manera expresa, los derechos fundamentales invocados por el actor en el presente trámite y, en segundo, expresar que, para asegurar su materialización, no resultaba necesario señalar medidas distintas o adicionales a las ordenadas en la referida sentencia de tutela de 5 de agosto de 2021, puesto que con ellas también garantizan las prerrogativas superiores cuya protección reclama el tutelante”.

Acción de tutela por participación en política del presidente de la República

143

Improcedencia de la acción de tutela para ordenar al presidente de la República y al comandante del Ejército Nacional que se abstengan de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-02233-00 [AC]

FECHA: 20/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Nicolás Ramos Barbosa

DEMANDADO: Nación – Presidencia de la República y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La acción de tutela ejercida contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional Electoral y el Ministerio de Defensa - Comandante del Ejército Nacional, con el fin de solicitar que el presidente de la República de Colombia y el comandante del Ejército Nacional se abstengan de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial que cursa actualmente, cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que la competencia preferente para investigar conductas relacionadas con faltas disciplinarias se encuentra en cabeza del Procurador General de la Nación, a través de la acción disciplinaria?

Tesis: “[C]onforme lo preceptuado en la Ley 734 de 2002, la Ley 1952 de 2019 y la Ley 2094 de 2021, es claro que, en principio, la competencia preferente para investigar conductas relacionadas con faltas disciplinarias se encuentra en cabeza del Procurador General de la Nación, máxime si se trata de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias

e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la Ley. (...) Lo anterior, sin perjuicio de aquellos que ostentan un fuero disciplinario especial, eventualidad en la cual debe seguirse el procedimiento fijado en la normatividad aplicable, como puede observarse en el acápite pertinente de esta providencia, de tal forma los supuestos fácticos y jurídicos en los que el tutelante sustenta el reclamo constitucional formulado deben ser discutidos y planteados en uso del mecanismo idóneo de protección que, en este caso, corresponde a la jurisdicción disciplinaria, pues es la llamada a garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública. (...) Así pues, no debe desconocerse que la incursión en cualquiera de las conductas previstas en la Ley disciplinaria que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto

de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente. (...) Corolario de lo expuesto, esta Sala de decisión concluye que es improcedente el amparo, por no encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad. (...) En el caso concreto, el accionante tiene la posibilidad de ejercer los mecanismos de defensa procedentes, como poner en funcionamiento la acción disciplinaria a través de la respectiva queja, pues su pretensión tiene que ver, se reitera, con una falta disciplinaria relacionada con la intervención en política”.

Ejercicio de la abogacía

145

Vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio, por la expedición de la tarjeta profesional de abogado con vigencia restringida.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-03874-01 [AC]

FECHA: 9/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Felipe Hernando Ortiz Padilla

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia, al expedirle al tutelante la tarjeta profesional de abogado de forma restringida en su vigencia, bajo la denominación de “provisional”, mantiene en el tiempo la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio?

Tesis: “[E]l Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia expidió la respectiva tarjeta profesional de abogado al [actor]; no obstante, condicionó su vigencia en el tiempo dándole carácter de “provisional”. (...) [L]a Unidad de Registro Nacional de Abogados, argumentó que la solicitud del actor debía cumplir con los presupuestos previstos en el artículo 2 del Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, en cuyo contenido, además de los presupuestos descritos en el artículo 3° del Acuerdo PCSJA19-11354 de 29 de julio de 2019, incluye la “Certificación expedida por el Consejo Supe-

rior de la Judicatura que acredita la aprobación del Examen ordenado por la Ley 1905 de 2018”. (...) [E]l Congreso de la República, a través de la Ley 1905 de 2018, en su artículo 1° dispuso que: “Para ejercer la profesión de abogado, además de los requisitos exigidos en las normas legales vigentes, el graduado deberá acreditar certificación de aprobación del Examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) (...)”. La Corte Constitucional mediante las sentencias C – 138 de 2019 y C – 594 de 2019, señaló que la norma se ajusta a los parámetros del artículo 26 de la Constitución, toda vez que se dirige a determinar, con criterios de objetividad e imparcialidad, la preparación académica y las aptitudes de los profesionales en derecho que aspiran a representar los intereses de terceros, con el fin de proteger el interés general involucrado en el ejercicio de la profesión, mitigar el riesgo social que de ésta se deriva y garantizar la idoneidad técnica y ética de quienes ejercen la profesión jurídica, pues es indispensable para el buen funcionamiento de la justicia y la protección de otros derechos ciudadanos. (...)”

[C]omo quiera que el órgano de dirección de la judicatura es consciente que dicho requisito no puede ser cumplido en estos momentos, acuñó, a manera de solución, el condicionar la expedición del documento a la futura presentación de dicho examen; para lo cual limitó en el tiempo la vigencia de la respectiva tarjeta profesional, dándole el carácter de “Provisional”. El otorgarle el carácter de provisional a la tarjeta profesional de abogado, solicitada por el actor (...) constituye (...) una restricción que no solamente carece de asidero legal, como se expondrá, sino que involucra una carga que el particular no está obligado a soportar, como quiera que, además de generar una desigualdad en el tratamiento de los profesionales del derecho; se presta para equívocos y malos entendidos respecto de las posibilidades que tiene el abogado para obrar con plenitud de facultades en el marco del proceso judicial, lo que de contera conlleva a una limitación tácita de su derecho al trabajo y a la libertad para escoger profesión y oficio. Por otro lado, el procedimiento vigente, al momento en el que el actor radicó su petición ante el CSJ, era el previsto por el Acuerdo PCSJA19-11354 de 29 de julio de 2019, cuyo contenido, en los términos de la confianza legítima, le permitió al actor tener la convicción cierta de que el examen de Estado no le era exigible, dado que para entonces no existía reglamentación alguna al respecto. Por consiguiente, el procedimiento que resulta menos lesivo para los derechos del actor, con miras a satisfacer los intereses perseguidos, corresponde al previsto en el Acuerdo PCSJA19-11354 de 29 de julio de 2019 y no al establecido por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022. Dicho esto, para la Sala es necesario determinar si el hecho de habersele expedido la tarjeta profesional de abogado al tutelante, dándole el carácter de “Provisional”, deviene en una medida que se encuentra en contravía de sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, a la libre

escogencia de profesión y oficio, al trabajo y del principio de igualdad y de confianza legítima. Sobre el particular, debe precisarse que el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, dispuso, en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2°, una medida temporal para las personas destinatarias de la Ley 1905 de 2018, mientras desarrollan las fases necesarias para la implementación del examen de estado, consistente en solicitar la inscripción y expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado, sin acreditar el certificado de aprobación del examen. Dicho documento tendría la denominación de “provisional”, con una vigencia hasta la publicación de los resultados de la primera prueba. (...) [E]l Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Registro Nacional de Abogados, a través de la referida medida transitoria, pretende subsanar una deficiencia o falta de diligencia en la carga administrativa que le correspondía en el cumplimiento de la Ley 1905 de 2018, para lo cual acude la figura de “provisionalidad”, en la concesión de la Tarjeta Profesional de Abogado que le otorgaría a los profesionales del derecho destinatarios de la mencionada ley, mientras se publican los resultados de la primera prueba del respectivo examen de estado. (...) [L]a expedición de licencias con la denominación “provisional”, resulta ser una condición prevista en el artículo 18 del Decreto 196 de 1971, con el propósito de permitirle al profesional del derecho ejercer la profesión “mientras el Ministerio de Justicia les entrega la correspondiente Tarjeta Profesional”; lo que significa que el interesado en obtener la Tarjeta Profesional de Abogado, ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley y el reglamento, por lo que se le concede la oportunidad de ejercer las actividades propias de la abogacía a través de una “licencia provisional”; mientras la entidad competente expide y entrega el documento físico al solicitante; es decir, sujeto a un hecho cierto y deter-

minable, consistente en un trámite operativo de emisión del respectivo plástico. Sin embargo, en el caso de los párrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2, del Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, se tiene que la Unidad de Registro Nacional de Abogados, concede una Tarjeta Profesional de Abogado con la denominación “provisional”, a partir de supuestos distintos al decantado en el artículo 18 del Decreto Ley 196 de 1971, pues este documento se otorgaría a un grupo de profesionales del derecho que en criterio de la entidad no han cumplido con el requisito del literal e) del referido artículo 2. Adicionalmente, se sujeta su vigencia futura a un hecho incierto e indeterminable, como la estructuración y ejecución del examen de estado de que trata la Ley 1905 de 2018 y la publicación de los resultados de la primera prueba; adicional a la aprobación misma del examen por parte del abogado. [E]l Consejo Superior de la Judicatura acudió a una modalidad de tarjeta profesional, cuya denominación provisional, se estableció para responder a los supuestos de hecho descritos en el artículo 18 del Decreto Ley 196 de 1971 y no a otros, como pretende presentarlo en este asunto. Aunado a lo anterior, cabe mencionar que el referido Decreto Ley 196 de 1971, es una disposición anterior a la Constitución Política actual, la cual le impone a las autoridades administrativas adoptar y tomar las medidas necesarias adecuadas para garantizar los derechos fundamentales de los administrados, sin imponerles cargas ajenas a sus competencias; por tal razón, atendiendo a la sistematicidad del ordenamiento jurídico, no era posible para la entidad accionada crear o disponer modalidades de tarjeta profesional de abogados, que no se encuentra expresamente reguladas en la ley, máxime cuando tal aspecto no fue previsto ni desarrollado por el legislador en la Ley 1905 de 2018, por lo que resulta que conceder este tipo de documentos se convierte en una restricción para el particular que carece de fundamento legal. De

acuerdo con lo dicho, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia, en el oficio de 3 de noviembre de 2022, cuando informó dentro del trámite de esta acción constitucional que: “(...) Los efectos y alcances de la Tarjeta Profesional de Abogado con Vigencia Provisional, son iguales a los atribuidos por el Decreto Ley 196 de 1971 a las Tarjetas Profesionales de Abogado que no tienen condicionada su vigencia. Por lo tanto, no existe ninguna limitación en el ejercicio jurídico- procesal de la profesión de Abogado, dado que la asignación de una Tarjeta Profesional de Abogado con Vigencia Provisional no limita el ejercicio integral de la profesión, simplemente condiciona la vigencia de la misma al cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 1905 de 2018, de presentar el Examen de Estado, siempre que el inicio de la carrera de Derecho se haya dado con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, esto es el 28 de junio de 2018. (...)” [L]o expuesto por la entidad accionada es una clara muestra que el requisito previsto en el literal e) del artículo 2° del Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, resulta inane, pues el objeto del mismo es verificar la idoneidad y las calidades profesionales de los futuros abogados que optan por ejercer la abogacía, en el marco de una actividad de representación de derechos ajenos, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en las sentencias C – 138 de 2019 y C – 594 de 2019. Sobre el particular, cabe recordar, que según la jurisprudencia Constitucional, la finalidad del examen de Estado de que trata la Ley 1905 de 2018 es determinar, con criterios de objetividad e imparcialidad, la preparación académica y las aptitudes de los profesionales del derecho que aspiran a representar los intereses de terceros, con el fin de proteger el interés general involucrado en el ejercicio de la profesión, mitigar el riesgo social que de ésta se deriva y garantizar la idoneidad técnica y ética de quienes ejercen la profesión ju-

ridica, pues es indispensable para el buen funcionamiento de la justicia y la protección de otros derechos ciudadanos. (...) [E]s evidente que, con miras a lograr la finalidad que impulsó al legislador al establecer examen de estado de que trata la Ley 1905 de 2018, el requisito de la referida norma, debe exigirse por la autoridad competente de manera previa y anticipada a la concesión de cualquier tipo de licencia profesional y no valorarse de forma posterior, como lo plantea el Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, toda vez que ello, no solo desconoce el objeto de la ley, sino que además vulnera el principio de confianza legítima del profesional del derecho y de las personas que acuden a sus servicios en procura de una buena representación de sus derechos. (...) [N]o es de recibo para la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura – Unidad de Registro Nacional de Abogados, habilite el ejercicio restringido de la profesión con la expedición de una tarjeta “provisional”, sujeta a un determinado tiempo de 2 años, hasta el 30 de abril de 2024; para luego suspenderla, mientras se examinan las capacidades académicas y aptitudes profesionales del abogado, pues tal situación puede llevar a transgredir la relación y la confianza que en el marco del ejercicio de la abogacía debe existir entre mandante y mandatario, y, en consecuencia, el derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión y oficio del profesional del derecho; por lo que la posterior validación de su idoneidad profesional no resulta ser consecuente con los fines e intereses que persigue la Ley 1905 de 2018. Así las cosas, la Sala considera que la medida transitoria establecida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2° del Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, no se compadece con la finalidad de la Ley 1905 de 2018, ni se ajusta a los instrumentos existentes en el Decreto 196 de

1971, por lo que no es válido que la entidad accionada pretenda subsanar su falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de realización del examen de estado de que trata la referida ley, con la expedición de una tarjeta profesional de abogado, con vigencia provisional. (...) [S]e debe precisar que no hay justificación alguna desde el punto de vista constitucional para que el Consejo Superior de la Judicatura otorgue un tratamiento distinto a los profesionales del derecho que solicitan la expedición de su tarjeta profesional en vigencia de la Ley 1905 de 2018, por cuanto que la denominación de “provisional” de dicho documento, no solamente no se ajusta a los parámetros y fines de dicha ley, sino que responde a una figura extraña que crea una carga para el particular que no le corresponde soportar. Así pues, ante la ausencia de un marco regulatorio de orden jurídico y administrativo que permita la materialización del mencionado examen de Estado y las inadecuadas medidas adoptadas por la entidad accionada, la Sala estima que en virtud del principio de igualdad y en aras de garantizar los derechos fundamentales del señor [F.H.O.P., no es posible exigirle que cumpla con un presupuesto o una carga que es ajena a sus capacidades actuales, por lo que la Unidad de Registro Nacional de Abogados deberá darle nuevamente trámite a la solicitud de expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado, promovida por el actor el 9 de mayo de 2022, sin tener en cuenta el requisito contenido en el literal e) del artículo 2° del Acuerdo N° PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, consistente en el “certificado expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que acredita la aprobación Examen ordenado por la Ley 1905 de 2018”. En consecuencia, proceder a expedir la tarjeta profesional de abogado sin la denominación de “provisional”, que establece los parágrafos transitorios 1 y 2 del referido Acuerdo”.

“En el proveído objeto de esta aclaración se determinó que no se configuraron los presupuestos para que procedieran [...] las figuras jurídicas de la aclaración y/o corrección previstas en los artículos 285 y 286 del [...] Código General del Proceso (CGP). No obstante, en la parte motiva de la decisión adoptada por esta Sala, se consignó que el razonamiento expuesto por la autoridad demandada, tendiente a [...] cuestionar el plazo señalado en la sentencia de tutela, para que se adecue a los tiempos programados por la entidad [...], puede [...] plantearse y acreditarse adecuadamente en otro momento procesal, cuando se discuta en sede constitucional el cumplimiento o no de las [ó]rdenes de tutela, en cuyo escenario se tendrán que analizar y valorar los argumentos y elementos probatorios allegados por la parte accionada-; afirmación que procedería en el evento de que se hubiera impartido una orden de amparo, lo que no ocurre en este caso. Al respecto, resulta oportuno anotar que en el ordinal segundo de la parte decisoria de la sentencia de 7 de marzo de 2023 se dispuso [...] CONMINAR al Consejo Superior de la Judicatura, para que, dentro del término que tendrá como fecha límite el 30 de septiembre de 2023, de cumplimiento a lo ordenado por el artículo 1 de la Ley 1905 de 2018 y, en consecuencia, estructure y practique el respectivo examen, así como expida los correspondientes certificados de idoneidad para el ejercicio de la profesión de la abogacía-. Cabe aclarar que el verbo conminar, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consiste en -[a]premiar con potestad a alguien para que obedezca- y, a su vez, exhortar implica -[i]ncitar a alguien con palabras a que haga o deje de hacer algo-, es decir, que dichas palabras son sinónimas y no corresponden a un mandato. Con base en lo anterior, se observa que no se impartió or-

den alguna a la autoridad demandada, sino que se le conminó, en atención al principio de colaboración armónica entre los diferentes poderes del Estado, para que adoptara medidas tendientes a proteger preceptos superiores, en particular, adelantar las actividades necesarias con el fin de realizar el examen de que trata la Ley 1905 de 2018, sin que ello implique una orden judicial de perentorio cumplimiento, que habilite promover incidente de desacato. Sobre la figura del exhorto, que, según lo anotado en precedencia, se aplica también cuando se hace uso de la palabra conminar, la Corte Constitucional dijo [...] que, en tanto la figura del exhorto no constituye una orden judicial, resulta imposible fáctica y jurídicamente efectuar procesos de seguimiento frente al cumplimiento de la acción que la Corte insta a cumplir, comoquiera que, como ya se dijo, esta figura consiste en un llamamiento o apremio para que [se] ejecute un mandato constitucional [...] sin que exista un instrumento que lo haga exigible coercitivamente- (sic). Por consiguiente, como no se evidencia condena judicial alguna cuyo cumplimiento sea susceptible de ser exigido a través de algún mecanismo, no resultaba procedente que en el auto objeto de esta aclaración se le indicara a la demandada que puede exponer sus inconformidades frente al plazo consignado en el ordinal segundo de la parte decisoria de la sentencia de 7 de marzo de 2023 en otra oportunidad procesal. A partir de los anteriores prolegómenos, aclaro mi voto, insisto, al considerar que en atención a que no se impartió dentro de las presentes diligencias constitucionales orden de amparo alguna, tampoco era dable afirmar que la autoridad accionada podía, al momento de que se persiguiera el cumplimiento de la sentencia de tutela, alegar el reproche concerniente al término establecido en esa providencia”.

“[P]rocedo a salvar el voto en relación con la providencia adoptada en sala de subsección de 7 de marzo de 2023 en el asunto del epígrafe, por cuyo conducto, entre otras determinaciones, se modificó la de 25 de agosto de 2022 con la que la subsección A de la sección segunda de esta Corporación accedió al amparo deprecado, en el sentido de indicar que la petición de 9 de mayo de ese año formulada por el actor, encaminada a obtener la inscripción y expedición de su tarjeta profesional de abogado, no solo debe atenderse sin que se exija el requisito consagrado en la Ley 1905 de 2018, sino que se debe emitir tal documento -[...] sin la denominación de “provisional”, que [estipula] los parágrafos transitorios 1 y 2 del [...] - Acuerdo PCSJA22-11985 de 29 de agosto de 2022 del Consejo Superior de la Judicatura. (...) [L]a Sala mayoritaria sostuvo que -[...] la medida transitoria establecida por el Consejo Superior de la Judicatura, en los parágrafos transitorios 1 y 2 del artículo 2º del [aludido] Acuerdo [...], no se compadece con la finalidad de la Ley 1905 de 2018, ni se ajusta a los instrumentos existentes en el Decreto 196 de 1971, por lo que no es válido que la entidad accionada pretenda subsanar su falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de realización del examen de estado de que trata la referida ley, con la expedición de una tarjeta profesional de abogado, con vigencia provisional-. (...) [C]abe advertir que la Ley 1905 de 2018 fue expedida por el legislador con el propósito de garantizar la idoneidad de los profesionales del derecho, para lo cual consagró, como requisito para expedir la tarjeta profesional a quienes inicien sus estudios en derecho a partir de su entrada en vigor, aprobar un examen de Estado que debe ser realizado por el Consejo Superior de la Judicatura. (...) [E]ste ente estatal autorizó a la señora Directora Eje-

cutiva de Administración Judicial para la suscripción de un convenio interadministrativo con el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (Icfes), con el objeto de definir, construir y validar el marco de referencia para la implementación del mencionado examen, el cual, dada su rigurosidad, cuenta con tres fases, cuyo plazo de ejecución se tiene previsto para el 2024. Por ende, ante la demora en su implementación, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PCJA22-11985 de 29 de agosto de 2022, en el que en el parágrafo transitorio 1º del artículo 2º dispuso que -[m]ientras se desarrollan las fases necesarias para la implementación del Examen de Estado, los destinatarios de la Ley 1905 de 2018, podrán solicitar, sin la acreditación del certificado de aprobación del examen, su inscripción en el Registro Nacional de Abogados y la expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado que tendrá vigencia provisional hasta la publicación de los resultados de la primera prueba-. En ese orden de ideas, no se evidencia quebranto constitucional alguno con la determinación de expedir dicha tarjeta de manera provisional, dado que el examen de Estado es exigido por la Ley 1905 de 2018 (28 de junio) para quienes iniciaron la carrera de derecho con posterioridad a su promulgación, y aunque este aún no se ha realizado, el Consejo Superior de la Judicatura garantiza que hasta entonces los destinatarios de dicha Ley puedan ejercer la abogacía hasta cuando se publiquen los resultados de la referida prueba. Además, se advierte que el acto administrativo (Acuerdo PCJA22-11985 de 29 de agosto de 2022 del Consejo Superior de la Judicatura) que otorgó el carácter de provisional no ha sido suspendido o anulado por parte de esta jurisdicción, por lo que, en caso de que el actor se encuentre inconforme con aquel, puede,

si a bien lo tiene, acudir al medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) para atacarlo, según el cual -[...] [t]oda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general-, en los eventos en que -[...] hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. En consecuencia, la condición prevista en el citado Acuerdo no puede ser examinada en este asunto constitucional, porque se invadiría la órbita de competencias del juez ordinario, dado que no se constata perjuicio irremediable alguno, pues, se insiste, al actor le será entregada la respectiva tarjeta profesional, la cual, pese a

ser provisional, garantiza el ejercicio de su profesión, cuanto más si la autoridad accionada ha indicado que no constituye ninguna limitante para tal efecto, toda vez que puede laborar normalmente mientras se publican los resultados de la mencionada evaluación. A partir de los anteriores prolegómenos, salvo el voto, porque, a mi juicio, no era dable analizar y, en consecuencia, eliminar el carácter provisional de la tarjeta profesional de abogado reclamada por el accionante, en razón a que, como se anotó en precedencia, dicha determinación está contenida en un acto administrativo que no ha sido suspendido ni anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa y no se advierte dentro de las presentes diligencias la configuración de perjuicio alguno de carácter irremediable, que habilite tal medida constitucional en forma transitoria, máxime cuando el examen de Estado para el ejercicio de la abogacía comporta una exigencia legal”.

Acceso a la administración de justicia

Vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia por la falta de desarchivo del expediente.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-03690-01 (AC)

FECHA: 10/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Carlos Alberto Campos

DEMANDADO: Consejo Superior de la Judicatura y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del accionante, como consecuencia de no haber desarchivado el expediente identificado con el radicado número 11001-40-03-037-2005-00662-00 después de un año de haberse requerido?

Tesis: “La Sala evidencia que la conducta desplegada por el Archivo Central de la Dirección Seccional de Administración Judicial no se compadece con el deber ser, esto es, acorde con los postulados de la prestación adecuada de los servicios que le son inherentes por la función que le es propia, la cual consiste en prestar soporte logístico a la administración de justicia, para que de contera, se puedan efectivizar otros derechos como el acceso a la administración de justicia de los usuarios de la

Rama Judicial. En ese contexto, es de advertir que el accionar de la referida dependencia incide directamente en que el accionante pueda acceder a la administración de justicia, puesto que no ha dado trámite alguno a la solicitud de desarchivo del proceso ordinario y, por tanto, no existe un pronunciamiento sobre la entrega de las actuaciones judiciales [actor] para iniciar proceso de divorcio y celebrar un nuevo matrimonio, según lo informa. En ese orden de ideas, para la Sala resulta imperioso proteger el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia invocado por el [actor], respecto de que, más allá de obtener una respuesta de fondo a la petición por él elevada mediante escrito de 15 de septiembre de 2021, se desarchiva el proceso solicitado, puesto que una demora de más de 1 año para ejecutar tal tarea resulta a todas luces excesiva”.

Improcedencia de la acción de habeas corpus ejercida por un detenido que se consideraba beneficiario de las medidas para combatir la pandemia por COVID-19.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-04829-00[AC]

FECHA: 18/12/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jeferson Maestre Terrera

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Santander y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Santander, al expedir la sentencia de 27 de octubre de 2020, mediante la cual se declaró improcedente el amparo solicitado a través del habeas corpus ejercido por el señor Jeferson Maestre Terrera, incurrió en violación de derechos fundamentales?

Tesis: “[E]l accionante centró su inconformidad en que i) se desconoció la orden de libertad por vencimiento de términos decretada el día 11 de octubre de 2020 y ii) dado el hacinamiento carcelario sufrido en el país y comoquiera que la emergencia sanitaria ocasionada por el virus Covid-19 amerita la toma de decisiones para mitigar los efectos del mismo, se hace indispensable dar aplicación al artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y en este sentido debe ser beneficiario de la detención domiciliaria; máxime cuando a la fecha en que le fue impuesta la medida intramural, este estaba cumpliendo previamente con una libertad condicionada. Ahora, ante el defecto fáctico aludido por el aparente desconocimiento de la boleta de libertad de 19 de octubre del presente año [...] es evidente que el Tribu-

nal enjuiciado, sí analizó en debida forma el acervo probatorio obrante en el expediente, y en esa medida llegó a la conclusión que el mecanismo constitucional de habeas corpus no es procedente por cuanto quedó demostrado que la detención intramural del señor [J.M.T.] se encuentra justificada. Por ello, concluye esta Sala que no se halla configurado el defecto fáctico aducido, toda vez que se precisó un análisis completo y suficiente para adoptar la decisión. [...] [E]l señor [J.M.T.] en la presente acción de tutela, utilizó los mismos argumentos propuestos en la acción de habeas corpus, es indiscutible que propende reversar una discusión que de una u otra forma ya quedó dada dentro del mismo y soslayar los medios ordinarios procedentes. Por otra parte, sobre la inobservancia del Decreto 546 de 2020 y el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, es importante recalcar que la acción de tutela contra providencia judicial exige congruencia entre lo solicitado en el proceso ordinario y lo posteriormente requerido dentro del proceso constitucional. [...] A saber, el habeas corpus se adelantó con la finalidad de obtener el traslado para el cumplimiento de una detención

domiciliaria previa, vigente ante la orden de libertad emitida por el Juzgado Once Penal Municipal de Control de Garantías de Bucaramanga; no obstante, dentro del escrito de tutela, se planteó también el beneficio de la detención domiciliaria no solo desde el cumplimiento de una situación jurídica previa, sino como sustitución de una medida preventiva intramural en virtud del Decreto 546 de 2020, mitigación del virus Covid-19 y el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, trayendo a colación nuevos argumentos que no fueron decididos por el juez en la decisión reprochada. Adicional a esto, la discusión precitada, resulta improcedente ante el juez de tutela,

toda vez que la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Socorro Santander, por medio de la cual se impuso nuevamente detención intramural al señor [J.M.T.], luego de la absolución dada el día 19 de octubre de 2020, no fue recurrida dentro del proceso penal, es decir, sobre dicha determinación, no se ejercieron los medios ordinarios al alcance del actor. Finalmente, se reitera que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que no permite la construcción o configuración de una tercera instancia dentro de un proceso ordinario; ni mucho menos, pretende suplir la competencia del juez competente”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Defecto procedimental

Desconocimiento del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal y configuración del exceso ritual manifiesto al declararse la caducidad del medio de control de reparación directa por un error imputable al apoderado y que se le trasladó a la parte.

RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00886-01[AC]

FECHA: 01/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Perea Ibarguen y otras

DEMANDADO: Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Manizales

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Manizales al declarar probada la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa analizó el caso particular de acuerdo con el derecho al acceso a la administración de justicia y el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal?

Tesis: “[L]o primero que debe precisarse es que los documentos allegados junto con el memorial de 8 de septiembre de 2017, que no fueron tenidos en cuenta por el Juzgado, acreditan que el medio de control de reparación directa se instauró en tiempo, puesto que el término empezó a correr el 4 de mayo de 2012, fecha que no es objeto de discusión, la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 29 de abril de 2014 (...) la conciliación se declaró fallida el 16 de julio de 2014 (...) y el mismo día se presentó la demanda, fecha que tampoco es controvertida por los accionantes ni por el Juzgado. En esa línea de pensamiento, se tiene que la autoridad judicial accionada (...) pasó por alto que la omisión en la presentación de los do-

cumentos que daban cuenta de la fecha de radicación de la solicitud de conciliación no es imputable a los aquí accionantes, sino a quienes actuaron como sus apoderadas judiciales (...) debe tenerse en cuenta que una vez la apoderada judicial principal se percató del error solicitó al Juzgado dejar sin efectos la decisión adoptada el 9 de agosto en la audiencia inicial (...) En este caso, se advierte que el juez dio prioridad a las exigencias formales y, como consecuencia de ello, incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto que impidió garantizar el acceso a la administración de justicia y salvaguardar el principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal, máxime cuando, como se ha venido reiterando, la omisión se debió a un error de las profesionales del derecho y no de los demandantes. Por otra parte, se aclara que si bien es cierto los accionantes no agotaron el recurso de apelación en contra de la decisión del 9 de agosto de 2017, también lo es que ello obedeció a la falta de preparación de la abogada sustituta antes de asistir a la audiencia inicial y de la ausencia de comunicación entre las apoderadas judiciales”.

La conciliación extrajudicial no es exigible como requisito de procedibilidad en los procesos en que se pretenda el reajuste salarial de un soldado profesional.

157

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-02266-00 [AC]

FECHA: 16/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jorge Alexander Castañeda Rodríguez

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Antioquia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La conciliación prejudicial debe adelantarse o no como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a las pretensiones de reajuste de asignación salarial mensual conforme con el Decreto 1794 de 2000?

Tesis: “[E]l acto acusado es de contenido particular y concreto y hace referencia a la decisión de negar un reajuste salarial y consecuencial a éste, también prestacional, conforme a la norma en cita, de manera tal que bien puede afirmarse que en este caso (...) no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Consti-

tucional (...) Todo lo anterior, lleva a concluir que en este caso, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada (...) razón que impone acceder al amparo de los derechos invocados por la parte actora en su solicitud y, en aplicación de los principios de celeridad y efectividad de la justicia se dejará sin efectos la providencia de 24 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en consecuencia, dejará en firme la decisión adoptada por el Juzgado 15 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, que declaró no probada la excepción de «ausencia de conciliación como requisito de procedibilidad», ordenándole continuar con las siguientes etapas del proceso”.

Vulneración del derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia por incurrir en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al abstenerse de dar trámite al recurso de súplica.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-05102-00(AC)

FECHA: 13/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Sandra Isabel Jaramillo y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Antioquia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “Corresponde a la Sala determinar (...) si el Tribunal Administrativo de Antioquia incurrió en un defecto procedimental absoluto en el auto del 25 de octubre de 2019, dictado dentro del proceso de reparación directa (...)”.

Tesis: “[L]a Sala considera que en el auto [objeto de tutela] se configuró un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, (...) [pues] el hecho de que el apoderado judicial de los accionantes haya errado al momento de catalogar el recurso que interponía, no es óbice para que se cercene la posibilidad de que se revise la decisión que pretende impugnar. Tampoco lo es el hecho de que dicha impugnación no esté dirigida a la Sala, en tanto ello comporta un ritualismo que no se relaciona en sí mismo con el derecho sustancial en disputa. Aunado a lo anterior, el parágrafo del artículo 318 del Código General de Proceso, le impone al juez de conocimien-

to, cuando el recurrente impugne una providencia por medio de un recurso improcedente, el deber de tramitar la impugnación por las reglas del recurso que sí es procedente. Ahora, en cuanto a la aplicación del artículo 318 del CGP, el Tribunal, en la providencia cuestionada, consideró que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con una norma procesal especial que debe ser aplicada preferentemente sobre la norma general; sin embargo, a juicio de la Sala, este argumento resulta impreciso, por cuanto el hecho de que prevalezca la aplicación del CPACA no impide que, por la misma remisión normativa de la Ley 1437 de 2011, se acuda a la norma general en casos particulares. (...) En consecuencia, se ampararán los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de los accionantes y se ordenará a la parte accionada proferir una nueva decisión, en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en esta decisión”.

Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando se niega el reconocimiento de una pensión de vejez, aduciendo que el certificado de semanas cotizadas fue allegado extemporáneamente.

159

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-04831-01[AC]

FECHA: 11/02/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Álvaro Quintero Sepúlveda

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Antioquia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿El Tribunal Administrativo de Antioquia, con la expedición de la sentencia del 4 de septiembre de 2020, que revocó el reconocimiento de la pensión de vejez ordenado en primera instancia, incurrió en un defecto sustantivo, fáctico y procedimental y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante?”.

Tesis: “[P]ara la Sala resulta claro que el Tribunal Administrativo de Antioquia, no expuso en el fallo de segunda instancia, las razones por las cuales decidió no tener en cuenta el certificado actualizado de semanas cotizadas aportado por el señor [Á.Q.S.], incurriendo en un defecto fáctico. (...) En este sentido, no puede perderse de vista que, si bien el certificado actualizado de semanas cotizadas fue aportado por el accionante con posterioridad a la ejecutoria del recurso que admite el recurso de apelación, lo cierto es, que esta prueba cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta

que su análisis consistía en un requisito sine qua non para el reconocimiento de la pensión de vejez (...) De esa manera, si el Tribunal tuvo en su poder el certificado actualizado de semanas cotizadas, (...) Decretando la prueba de oficio, también podía el ad quem permitir que la demandada tuviera la oportunidad para controvertirla, garantizándose su derecho de contradicción. (...) se trata de un caso excepcional dadas las circunstancias especiales del señor [Á.Q.S.] un adulto mayor, que no cuenta con otros medios para sobrevivir, que lleva casi 6 años buscando obtener el reconocimiento de su pensión de jubilación, (...) esta Sala de Subsección considera que enviarlo nuevamente a la reclamación administrativa le irroga una carga desproporcionada. (...) esta Sala de Subsección revocará la sentencia de primera instancia (...) que negó las pretensiones (...) En su lugar, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y mínimo vital (...)”.

“Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria que revocó la decisión (...) mediante la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado negó las pretensiones de la acción para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y mínimo vital de los accionantes (...) En primer lugar, en cuanto al defecto fáctico, observo que la autoridad judicial accionada, (...) explicó los motivos para no tener en cuenta la prueba allegada y, en todo caso, aun si no lo hubiera hecho, lo cierto es que el demandante se limitó a presentarla por fuera de las oportunidades procesales, por lo que el aquí accionado no tenía que emitir un pronunciamiento expreso sobre el particular. (...) el juez de tutela única-

mente puede intervenir cuando el yerro sea ostensible, flagrante y manifiesto, lo cual no ocurrió en el sub lite. (...) En segundo lugar, evidencio que no se configuró el defecto procedimental referido, dado que el Tribunal no podía valorar la prueba aportada ni era viable que la decretara de oficio. En efecto, la corporación precitada no podía tener en cuenta semanas cotizadas después de que se profirió el acto administrativo demandado porque se desconocería el debido proceso de Colpensiones y el principio de congruencia, como acertadamente lo concluyó la Sección Quinta de esta corporación. (...) En conclusión, el fallo objeto de salvamento de voto debió negar las pretensiones de la acción”.

Se niega la solicitud de amparo para cuestionar el laudo arbitral que dirimió el conflicto entre Promoambiental Distrito y Proceraseo, sobre la remuneración para los concesionarios de aseo público de Bogotá.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-01434-01 (AC)

FECHA: 25/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTES: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -UAESP

DEMANDADO: Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -UAESP- podían interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral cuestionado?

Tesis 1: “[E]n el fallo de primera instancia se indica que la solicitud de amparo es improcedente, porque la parte actora cuenta con el recurso de anulación previsto en la Ley 1563 de 2012, para cuestionar la validez del Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021; lo cierto es que la procedibilidad de dicho mecanismo judicial est[é] sujeta a la existencia y configuración de alguna de las causales expresamente señaladas en los artículos 41 y 108 de la referida ley, lo cual a su vez está supeditado al cumplimiento de unos presupuestos procesales previstos por el legislador, por lo que la idoneidad y eficacia del instrumento judicial no es absoluta. (...) [D]e acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de tutela, se advierte que, si bien, las entidades

accionantes alegan una falta de competencia del Tribunal Arbitral por excederse en los temas objeto de decisión, lo cual podría configurar la causal prevista en el numeral segundo del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “2. La Caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia”, lo cierto es que el mismo artículo dispone que “Las causales 1, 2 y 3 solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia”, es decir, que la procedibilidad de la causal segunda, está sujeta a que la parte recurrente haya participado en el proceso, pues le impone al interesado formular recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia; sin embargo, revisado el expediente de contenido al proceso arbitral, no se observa que las demandantes se hayan vinculado formalmente al trámite arbitral como partes o terceros interesados, ni hayan interpuesto recurso alguno contra el auto de asunción de competencia dictado por el Tribunal de arbitramento, por lo que resulta evidente que el recurso de anulación no

se constituye en un instrumento idóneo y eficaz para la protección del derecho fundamental alegado por la Alcaldía de Bogotá D.C. y la UAESP, toda vez que no se encontraban habilitadas para invocar la causal mencionada. (...) [L]as accionantes alegan un defecto procedimental por parte del Tribunal de Arbitramento, porque omitió convocar a la UAESP, pese a ser la entidad que adelantó el proceso licitatorio y celebró los cinco contratos de concesión para proveer el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, lo que le impidió ejercer sus derechos de defensa y contradicción; en tanto que el laudo arbitral del 8 de noviembre de 2021 modificó los documentos contractuales en los que dicha entidad participó. (...) [A]unque la parte tutelante podía hacer uso del recurso de anulación con fundamento en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 41 y el literal b) del numeral 1° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, lo cierto, es que las interesadas podían acudir a dicho mecanismo judicial dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición del Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, tal y como lo dispone el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012. (...) [E]l Laudo complementario de 23 de noviembre de 2021, se notificó a las partes el 24 de noviembre de 2021, por lo que la fecha límite para el ejercicio del recurso era el 24 de diciembre de 2021; sin embargo, de acuerdo con los documentos allegados al expediente de tutela, se evidencia que la notificación efectuada de dicha providencia no incluyó a la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C., ni a la UAESP, por no ser parte del proceso y, en consecuencia, no fueron enteradas oportunamente de la decisión acusada, lo cual impidió que se dieran las condiciones para que pudieran hacer uso oportuno del recurso de anulación. (...) [P]ara el momento en que la parte actora presentó la demanda de tutela, ya se había superado el término previsto en el artículo 40 de la Ley

1563 de 2012, por lo que exigirle que empleara el recurso de anulación para solicitar la protección de sus derechos, sería imponerle una medida desproporcionada que a todas luces resulta improcedente en este instante. (...) [A]unque los concesionarios del servicio de aseo presentaron el recurso de anulación contra el Laudo de 8 de noviembre de 2021 y la Alcaldía Distrital de Bogotá D.C. y la UAESP puedan solicitar su vinculación a dichos asuntos, como coadyuvantes de la parte recurrente, lo cierto, es que su legitimación sería cuestionada por su calidad de parte y su falta de participación activa en el proceso arbitral, aunado a que su intervención estaría supeditada a los argumentos, peticiones y demás actos procesales del recurrente principal. (...) [S]i bien en el ordenamiento jurídico existe otro medio de defensa judicial con el cual la parte actora podría solicitar la protección del derecho al debido proceso que invoca en el presente asunto, lo cierto, es que dicho instrumento no es suficientemente idóneo y eficaz para amparar el derecho fundamental pretendido. En consecuencia, la Subsección estima que la acción de tutela, contrario a lo dispuesto por el A-quo, resulta procedente para estudiar las presuntas irregularidades alegadas por la parte demandante contra el Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021”.

Problema jurídico 2: ¿El Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resolvió las disputas entre Promoambiental S.A.S. E.S.P. y Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., vulneró el derecho al debido proceso de las accionantes e incurrió en vía de hecho por defecto procedimental al proferir el laudo arbitral de 8 de noviembre de 2021, sin vincular a la UAESP al proceso arbitral?

Tesis 2: “[E]l proceso arbitral fue promovido por la sociedad Promoambiental Distrito Ambiental S.A.S. E.S.P – Promoambiental contra

la sociedad Procesador de Información del Servicio de Aseo – Proceraseo, con fundamento en la cláusula compromisoria establecida el artículo 38 de los estatutos sociales de la convocada, con el fin de adecuar las supuestas irregularidades ocurridas con el procedimiento, a través del cual se liquidó y se hizo efectiva la distribución y el pago de los dineros recaudados vía tarifas que le corresponde como remuneración los prestadores del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. (...) [E]l Tribunal Arbitral, con Auto de 7 de febrero de 2020, vinculó al proceso como litisconsortes necesarios a las sociedades LIME, Ciudad Limpia, Bogotá Limpia y Área Limpia, por tener un interés directo en la discusión planteada y/o en el resultado del proceso. (...) [S]i bien, la UAESP no solicitó directamente la comparecencia al proceso arbitral, también es cierto que, la sociedad LIME efectuó oportunamente la solicitud ante el Tribunal de Arbitramiento, mediante escrito de 20 de febrero de 2020; sin embargo, la autoridad accionada con Auto N° 7 de 26 de marzo de 2020, negó la vinculación de la UAESP, porque en su criterio no se evidenciaba el interés jurídico para acudir al trámite arbitral de la entidad pública, toda vez que las pretensiones de la demanda se dirigían a discutir aspectos propios del objeto social de la sociedad Proceraseo S.A.S., y no tenían su origen en el Contrato de Concesión N° 283 de 2018, ni se cuestionaba la conducta contractual de la UAESP, pues este tipo de reclamaciones se plantearon dentro del proceso arbitral promovido por la sociedad Promoambiental Distrito Ambiental S.A.S. E.S.P contra la UAESP dentro del expediente con radicado N° 117600. (...) [C]ontra dicha providencia no se interpuso recurso alguno por parte de los concesionarios del servicio de aseo, en especial de la sociedad LIME S.A., quien realizó la solicitud formal de la vinculación de la UAESP, por lo que se colige que dicha decisión quedó en firme dentro del trámite arbitral. (...) [S]e tie-

ne que en la composición de un litigio pueden fungir como parte demandante y demandada una sola persona en cada caso o por el contrario pueden converger a integrarlas una pluralidad de sujetos, evento en el cual se está en presencia de lo que la ley y la doctrina han denominado un litisconsorcio. (...) El litisconsorcio necesario ocurre cuando hay una pluralidad de sujetos que actúan en calidad de demandante (litisconsorcio por activa) o demandado (litisconsorcio por pasiva) que están vinculados por una “relación jurídico sustancial”, caso en el cual y, por expreso mandato de la ley, es indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste puede perjudicar o beneficiarlos a todos. La vinculación de quienes conforman el litisconsorcio necesario podrá hacerse dentro de la demanda, no obstante, si esto no ocurre, el juez de oficio o por solicitud de parte podrá vincularlos en el auto admisorio de la demanda o en cualquier tiempo antes de la sentencia de primera instancia, otorgándoles un término para que comparezcan, presenten sus argumentos y soliciten las pruebas que consideren relevantes para el desarrollo del asunto, esto con el fin de lograr su vinculación al proceso para que tenga la oportunidad de asumir la defensa de sus intereses dado que la sentencia lo puede afectar. (...) [E]l litisconsorcio será facultativo o voluntario cuando concurren libremente al litigio varias personas, en calidad de demandantes o demandados, ya no en virtud de una única relación jurídica sino de tantas, cuantas partes, dentro del proceso, deciden unirse para promoverlo conjuntamente, aunque bien pudieran iniciarlo por separado. En este caso, el proceso puede adelantarse con o sin su presencia porque el contenido de la sentencia en últimas no lo perjudica ni lo beneficia. (...) [L]a UAESP alega que le asistía el interés de participar en el proceso como litisconsorte necesario, porque

fue la entidad pública que adelantó el proceso licitatorio N° UAESP-LP-02-2017 y celebró los contratos de concesión para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C. (...) [E]l litigio se planteó entre las sociedades Promoambiental Distrito S.A. E.S.P y Proceraseo S.A.S., con el fin de dirimir las controversias suscitadas con la recolección de información y los mecanismos empleados para liquidar la distribución y el pago de los dineros recaudados vía tarifas, que le corresponde como remuneración a los prestadores del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., lo cual es un aspecto propio del objeto social de la entidad convocada al trámite arbitral. (...) [L]a sociedad demandante, en el libelo de la demanda y la reforma de la misma, no cuestiona ningún aspecto del contrato de concesión N° 283 de 2018, suscrito entre Promoambiental S.A. y la UAESP, toda vez que ello fue objeto de debate en el proceso arbitral con radicado N° 117600, como lo indicó el Tribunal de Arbitramento en el Auto N° 7 de 26 de marzo de 2020. (...) [T]eniendo en cuenta la naturaleza de las partes convocante y convocada al proceso arbitral y el objeto del litigio, no se puede inferir la existencia de un interés jurídico directo de la UAESP en el proceso arbitral, toda vez que el objeto de la discusión jurídica escapaba de las competencias y funciones de la entidad de derecho público, no siendo un deber para el Tribunal Arbitral vincularla al trámite, por lo que no se puede concluir que la ausencia de la UAESP en el proceso, constituya una actuación irregular de la autoridad accionada, que a la postre implique una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la entidad tutelante. (...) [E]n la composición accionaria de la sociedad Promoambiental Distrito S.A. E.S.P, como de la sociedad Proceraseo S.A.S., no se encuentra incluida la UAESP, razón por demás que para señalar que no estaba llamada a integrar el contradictorio como litisconsorte necesario. (...) [N]o es de recibo que la

entidad tutelante pretenda alegar el desconocimiento del proceso arbitral y la vulneración de su derechos al debido proceso, defensa y contradicción, cuando resulta evidente que la UAESP tuvo conocimiento del trámite procesal, a través de los Autos N° 18 de 14 de enero de 2021 y N° 20 de 5 de febrero de 2021, mediante los cuales el Tribunal de Arbitramento la requirió para que rindiera un informe, lo cual fue atendido por la UAESP, con oficio de 17 de febrero de 2021, en cuyo contenido no se expuso el interés para conformar el contradictorio, ni se le pidió al Tribunal que reconsiderara la decisión tomada mediante auto de 26 de marzo de 2020, de no vincularla al proceso”.

Problema jurídico 3: ¿El Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resolvió las disputas entre Promoambiental S.A.S. E.S.P. y Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., vulneró el derecho al debido proceso de las accionantes e incurrió en vía de hecho por defecto orgánico al proferir el laudo arbitral de 8 de noviembre de 2021, dado que presuntamente se pronunció sobre el Contrato de Concesión n.º 283 de 2018 y la legalidad de la Resolución CRA 720 de 2015, sin tener competencia para tal efecto?

Tesis 3: “[E]l Tribunal Arbitramento consideró que el litigio planteado por la sociedad convocante (Promoambiental S.A.S ESP) está directamente relacionado con el objeto social de Proceraseo S.A.S., el cual está claramente delineado en sus estatutos sociales y vincula a sus accionistas; por ende, no se puede inferir que la controversia se deriva del Contrato de Concesión N° 283 de 2018 (...) [E]l Tribunal desestimó las excepciones de i) falta y ausencia de jurisdicción y competencia, así como las de ii) inexistencia de conflicto societario, planteadas por las sociedades concesionarias del servicio de aseo, al considerar que el objeto social de Proceraseo comprende el montaje, administra-

ción y operación del sistema de información del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá, tal y como lo establece el artículo segundo de los estatutos sociales, por lo que a juicio del Tribunal no era posible aceptar que las controversias relacionadas con la ejecución de esas tres actividades estén por fuera de la cláusula compromisoria, puesto que las mismas constituyen precisamente el objeto social único, especial y exclusivo de la sociedad. (...) [E]l Tribunal resaltó que el hecho de que la Convocante esté cuestionando la forma de remuneración del servicio de aseo que recibe por los componentes CBLs y CLUS, en nada afecta la competencia del Tribunal, pues en ese cuestionamiento está afirmando que esa remuneración se recibe como consecuencia de una inadecuada ejecución del objeto social por parte de Proceraseo, en desarrollo de las actividades en las que de manera exclusiva se centra su actividad, planteamiento que se basa en los estatutos sociales y que, por ende, tiene naturaleza societaria. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento, en el acápite de competencia descrito en el Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, concluyó que se encontraba facultado para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad Promoambiental Distrito S.A.S E.S.P., y la sociedad Procesador de Información del Servicio de Aseo S.A.S., - Proceraseo, relacionadas con la ejecución del objeto social de esta última. (...) [E]l Tribunal señaló que la disputa se centraba en verificar la forma como Proceraseo comprendió y aplicó una de las variables de la ecuación, con la que se construye el Recaudo Base de Remuneración del Concesionario (RBR) en cada ASE, y que se halla prescrita en el numeral 3° del Anexo 5 de la Licitación Pública UAESP N° 002 de 2017, denominado Esquema Financiero del Servicio Público de Aseo. (...) [L]a Resolución CRA 720 de 2015, definió las ecuaciones para determinar el Costo de Limpieza Urbana por Suscriptor – CLUS-

(artículo 15), el Costo de Barrido y Limpieza de Vías Áreas Públicas por Suscriptor – CBLs- (artículo 21) y el Costo de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos – CRT- (artículo 24). Dichas formulas rigen la materia tarifaria para el servicio público, cuya contratación fue adelantada y adjudicada a partir de la Licitación Pública UAESP N° 002 de 2017, los cuales, a juicio del Tribunal, contienen la determinación de la tarifa al suscriptor y también el esquema de remuneración del prestador y que en cumplimiento y aplicación de los principios tarifarios de que trata el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, prescribe, con meridiana claridad, una distinción entre los ingresos tarifarios y remuneratorios de las actividades según se trate de las que tienen connotación de área o se trate de las que tienen una connotación de ciudad. (...) [E]l Tribunal consideró que la entidad convocada (Proceraseo) ha entendido de manera incorrecta la variable RT de la formula contenida en el (...) Reglamento Comercial y Financiero, al establecer que la misma dispone que los concesionarios se deben remunerar con el recaudo exclusivo de los ingresos pagados por los suscriptores de su Área de Servicio Exclusivo, lo cual denota un desconocimiento de la distinción regulatoria de carácter tarifario y, por ende, remuneratoria, de las empresas prestadoras del servicio, sin que para ello exista asidero constitucional, legal, reglamentario, regulatorio y contractual alguno. (...) (...) [L]a autoridad accionada explicó que el entendimiento correcto de la fórmula, es aplicarla siguiendo la directriz establecida en el Anexo No. 5 – Reglamento Comercial y Financiero, que indica que debe identificarse cada componente, situación que obliga a tomar para las actividades colectivas la tarifa ciudad y para las individuales las pagadas por los suscriptores del ASE, pues de este modo se cumple de manera armónica con los demás documentos contractuales que la rigen bajo la premisa de que a

los concesionarios se les remunera por componentes y actividades efectivamente prestadas y a los precios ofertados, sin que en ningún caso se pueda superar el precio del techo tarifario regulatoriamente establecido, como lo prevé efectivamente la Resolución CRA 720 de 2015 en concordancia con la Ley 142 de 1994. (...) [E]l Tribunal estimó que la aplicación de la fórmula, bajo la lectura propuesta por la Convocada –Proceraseo-, desconoció i) los precios techo que son de obligatorio cumplimiento y que no pueden modificarse por las partes por expresa disposición legal, y ii) se aleja de los precios propuestos por cada prestador en su oferta, lo cual se acreditó con el dictamen del perito [J.E.V.N.] que, al aplicar la fórmula bajo la lectura de la Convocada, se tiene como resultado una sobre remuneración de algunos prestadores, en la medida en que reciben varias veces el precio techo con descuento que ofertaron, mientras que otros reciben menos de ese precio techo con descuento ofertado. (...) [E]l Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021, proferido por la autoridad accionada, tampoco incurrió en vías de hecho por defecto orgánico y procedimental, por cuanto el análisis del alcance del objeto social de la sociedad Proceraseo y la forma en que se efectuó la liquidación y remuneración de los concesionarios del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., eran aspectos sobre los cuales debía pronunciarse el Tribunal, dadas las pretensiones de la demanda y el marco de competencia que se le había asignado para dirimir la controversia. Dichos talantes fueron examinados por el Tribunal de Arbitraje, a partir de lo dispuesto en el contrato de constitución de la sociedad Proceraseo, el contrato de concesión N° 283 de 2018 celebrado entre la UAESP y Promoambiental, el Anexo N° 5 Reglamento Comercial y Financiero y el Contrato para el Montaje, Administración y Operación del Sistema de Información de Gestión del Servicio de Aseo

de Bogotá D.C. – MAO; aunado a otros elementos probatorios allegados al proceso arbitral como los dictámenes periciales, los pronunciamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Dirección Técnica de Aseo), de la firma consultora de la UAESP para el trámite de las ASE ante la CRA (la sociedad E CON S.A.S.), del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio por conducto de la Dirección de Política y Regulación, del Director Ejecutivo de la CRA y de los testimonios recibidos, entre otros, de la señora Lida Ruiz Vázquez en su calidad de Subdirectora de Aprovechamiento de la UAESP. (...) [E]l Tribunal de Arbitramento, en el laudo acusado, efectuó un análisis integral de la Constitución Política, de los principios de la Ley 142 de 1994, la Resolución CRA 720 de 2015 y el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión del Servicio Público de Aseo de Bogotá D.C, contentivo al Reglamento Comercial y Financiero, para determinar la forma en que se debía efectuar las liquidaciones de remuneración de los concesionarios del servicio de aseo, de manera tal que se ajustara a los mandatos legales y a los acuerdos contractuales suscritos por las partes y se garantizara la debida retribución que les correspondía a los prestadores del servicio. (...) [E]l Laudo Arbitral de 8 de noviembre de 2021 no modificó el contenido del Reglamento Comercial y Financiero (Resolución UAESP 027 de 2018) o la Resolución CRA 720 de 2015, como lo manifiesta la UAESP en el escrito de tutela, pues de ninguna manera se pronunció sobre la legalidad de estos actos administrativos, ni emitió orden alguna sobre sus efectos, toda vez que no era competente para referirse a la legalidad de las mencionadas resoluciones (...). [E]xaminó las liquidaciones realizadas por Proceraseo a la luz de los mandatos establecidos en dichos actos, para determinar si el objeto social de la entidad convocada se había ejecutado o no en debida forma”.

“[T]eniendo en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos expuestos, es claro que la actuación judicial que cuestiona la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría Jurídica Distrital y la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP – obedece al trámite de arbitraje, y el laudo (...) proferido el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto es de naturaleza comercial. Dicho ello, encuentra la suscrita que la autoridad competente para conocer la presente acción de tutela es el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá, como juez natural del respectivo recurso de anulación; tan es así, que actualmente bajo radicado 2022-00257-00, se está adelantando el correspondiente trámite ante la sala civil de la referida Corporación, despacho del magistrado [G.V.V.]. Razón por la cual, en atención a las disposiciones del artículo 138 del C.G.P., consideró que lo procedente era declarar, de oficio, la falta de competencia para conocer la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado; y, ordenar remitir el expediente [a]l Tribunal Superior de Bogotá – Reparto”.

Aclaración de voto del magistrado Carmelo Darío Perdomo Cuéter

“[A]unque se estableció que la presente acción satisface los presupuestos de procedibilidad, por lo que se realizó el estudio del fondo del asunto, se confirmó el fallo de primera instancia, a pesar de que en este se declaró su improcedencia (al no cumplir el requisito de la subsidiariedad), es decir, pese a que en esa instancia no se analizó la situación planteada por el tutelante, como sí se hizo por parte de esta subsección. Sobre el particular, cabe realizar algunas precisiones jurídicas. (...) [E]n el evento en que la solicitud de amparo no colme las mencionadas exigencias, no es factible realizar un examen constitucional respecto de la decisión judicial censurada con base en los vicios alegados por el tutelante (defectos orgánico, procedimental absoluto, fáctico y sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución), por cuanto «[...] la improcedencia supone la ausencia de los requisitos procesales indispen-

sables para que se constituya regularmente la relación procesal o proceso y el juez pueda tomar una decisión de fondo sobre el asunto sometido a su consideración». (...) [S]i el juez de tutela declara la improcedencia de la acción se configura una situación impeditiva para analizar de fondo lo planteado en el escrito de amparo, puesto que ello indica que el trámite constitucional no colmó las exigencias para tal efecto. (...) [C]omoquiera que en el sub lite, en primera instancia, se declaró improcedente la tutela de la referencia, al considerar que no se cumplieron las exigencias de procedibilidad, en particular, el presupuesto de la subsidiariedad, y, en segunda, esta Sala estimó que este trámite era procedente y que no se quebrantó prerrogativa alguna de los actores, conclusión a la que se arribó en razón a un examen del fondo del asunto, se debía revocar aquella decisión, para en su lugar, negar la protección constitucional deprecada”.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no es competente para conocer del proceso ejecutivo destinado a hacer efectiva una condena en costas.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-05638-00 [AC]

FECHA: 24/11/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Antioquia y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿El Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proveído del 14 de septiembre de 2022, debió declarar la falta de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del trámite de ejecución iniciado por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FO-MAG), para el cobro de costas impuestas a un particular a su favor?”.

Tesis: “[S]ería del caso resolver el desacuerdo que la entidad accionante plantea en esta sede constitucional, relacionado con si el Tribunal Administrativo de Antioquia debió librar mandamiento de pago en el trámite de ejecución de la sentencia del 30 de octubre de 2019, en la que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Medellín condenó en costas a la parte demandante en favor del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, la Subsección advierte que el conocimiento de ese asunto no le correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como pasará a explicarse a continuación y, en ese entendido, no puede analizarse el disenso,

en los términos de la pretensión principal de la peticionaria de la salvaguarda. Al respecto, se encuentra que la Corte Constitucional, en el Auto 857/21 del 27 de octubre de 2021, al resolver un conflicto de jurisdicciones entre el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Medellín y el Juzgado 16 Civil Municipal de Oradellín de Medellín, en un asunto similar al aquí estudiado, definió la competencia para conocer de este tipo de trámites ejecutivos (...) el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional asignó a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, el conocimiento del trámite ejecutivo en el que se reclama por parte de una entidad pública el pago de las costas impuestas a su favor a un particular. Así las cosas, se concluye que el trámite adelantado para lograr la pretensión del Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FO-MAG) encaminada a la ejecución de la condena en costas fijada a su favor y en contra de la señora [M.E.G.G.] no corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Igualmente, se avizora que no puede desconocerse la posición de la Corte Constitucional, quien ya fijó una regla para determinar la autoridad judicial que debe tramitar la ejecución en casos de

condena en costas impuesta por la jurisdicción contenciosa administrativa en contra de un particular, en tanto que, como se expuso en el auto del 3 de junio de 2022, dictado en el expediente 2017-04470 (2681-2022), aquella resuelve los conflictos de competencia entre las jurisdicciones, acorde con lo señalado en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015⁹. Así las cosas, el Tribunal accionado debió revisar si la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para conocer del asunto y, para ello, debió tener en cuenta la regla de decisión fijada por la

Corte Constitucional, en el pronunciamiento antes citado; empero no lo hizo así y en consecuencia incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. En todo caso, se reitera que no hay lugar a pronunciarse respecto al mandamiento de pago y el título ejecutivo, comoquiera que esos aspectos deben analizarse, de ser el caso, por el juez competente. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Subsección amparará los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)”.

Se incurre en defecto procedimental por dejar sin efectos el auto mediante el cual se dejó sin efecto un mandamiento de pago.

RADICADO: 05001-23-33-000-2022-01151-01 (AC)

FECHA: 01/12/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Municipio de Medellín - Distrito Especial

DEMANDADO: Juzgado Veintidós Administrativo de Medellín

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿El Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, al dejar sin efectos las providencias por medio de las cuales admitió el llamamiento en garantía formulado por el municipio de Medellín, incurrió en defecto procedimental y transgredió los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de aquel?”.

Tesis: “El municipio de Medellín consideró que el Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Medellín transgredió su derecho fundamental al debido proceso y desatendió los principios de contradicción, confianza legítima y seguridad jurídica, con ocasión del proveído del 7 de septiembre de 2022, por medio del cual dejó sin efectos los autos del 29 de abril de 2021 y del 25 de noviembre de la misma anualidad, en los que admitió el llamamiento en garantía de la Unión Temporal Axa Colpatria Seguros S.A. - La Previsora S.A. Compañía de Seguros - Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. - Allianz Seguros S.A. y QBE Seguros S.A. Como fundamento de la solicitud de amparo, señaló que la autoridad judicial mencionada incurrió en un defecto procedimental absoluto, toda vez que, a pesar de que inicialmente consideró que la contestación de la demanda fue oportuna y admitió el llamamiento en garantía que formuló, poste-

riormente y de manera sorpresiva, un día antes de la realización de la audiencia inicial, dejó sin efectos esa actuación, al concluir que el término con el que contaba para contestar la demanda era de 30 días, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. El 18 de octubre de 2022 el Tribunal Administrativo de Medellín concedió el amparo deprecado, al considerar que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto procedimental absoluto, comoquiera que admitió la demanda, de acuerdo con las previsiones de la Ley 1437 de 2011 y esa era la norma que debía orientar ese trámite, sin que pudiera tenerse en consideración que la notificación se realizó después de la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021 o dejarse sin valor lo dispuesto en la decisión inicial sobre el tiempo con el que contaba la parte demandada para ejercer el derecho de defensa y contradicción. El Juzgado accionado impugnó la decisión y, como fundamento del recurso, señaló que, si bien en el auto de admisión ordenó la notificación de la demanda, conforme con la norma vigente para ese momento, ese trámite se inició solo hasta el 28 de enero de 2021, por lo que, al encontrarse vigente la Ley 2080 de 2021, esta era la norma aplicable en cuanto a los términos para contestar la demanda y formular el llamamiento en garantía, siendo una norma procesal de obli-

gatorio cumplimiento. Adicionalmente, expuso que la acción de la referencia no cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que contra el auto del 7 de septiembre del año en curso procedía el recurso de reposición y, en subsidio, el de queja, y estos no fueron agotados. Previo a resolver las inconformidades, es necesario hacer un breve recuento de las actuaciones más relevantes del medio de control de reparación directa con radicado núm. 2019-00499, de acuerdo con la información allegada al presente trámite constitucional. Así, la Subsección encuentra que el Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, a través de providencia del 11 de diciembre de 2019, admitió el medio de control de reparación directa que formularon los señores [J.C.Z.Z.] y [G.O.L.Z.], quienes actuaron en nombre propio y en representación de los menores [S.Z.L.], [M.Z.L.], [J.A.Z.L.]; el primero de los mencionados en nombre del menor [J.P.Z.Á.]; [R.E.Z.G.]; [B.A.Z.T.]; [A.D.J.L.H.]; [M.Á.Z.Z.] y [L.K.Z.G.] en contra del municipio de Medellín, el Instituto de Deportes y Recreación, INDER, y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y ordenó notificar personalmente a la parte demandada, en los términos previstos en los artículos 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso. La anterior decisión se notificó, primero, a la parte demandante por estado del 12 de diciembre de 2019 y, segundo, a la parte demandada, el 28 de enero de 2021, de manera personal, a través de mensaje electrónico de esa fecha. Asimismo, se advierte que el 19 de abril de 2021 el municipio de Medellín contestó la demanda, propuso excepciones y formuló el llamamiento en garantía de la Unión Temporal Axa Colpatria Seguros S.A. - La Previsora S.A. Compañía de Seguros - Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. - Allianz Seguros S.A. y QBE Seguros S.A. Luego, por medio del proveído del 29 del mismo mes y año mencionado, el a quo del proceso ordinario admitió el llamamiento en ga-

rantía de la asociación citada y, el 25 de noviembre de la misma anualidad, admitió esa formulación frente a cada una de las compañías aseguradoras que la integran, de manera individual. Además, la Subsección avizora que el Juzgado, por medio de la providencia del 7 de septiembre de 2022, dejó sin efectos los autos del 29 de abril y 25 de noviembre de 2021, a través de los que admitió el llamamiento en garantía formulado por el municipio de Medellín, al considerar que la demanda había sido respondida de manera extemporánea. Contra la anterior decisión, la entidad demandada interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación. Finalmente, se observa que la autoridad judicial accionada, mediante auto del 22 de septiembre de 2022, decidió no reponer el auto recurrido y negó, por improcedente, el recurso de apelación. (...) Dilucidado lo anterior, la Subsección considera, en similares términos a los que lo hizo el juez de tutela de primera instancia, que el Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Medellín transgredió los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia y el principio de confianza legítima de la entidad territorial aquí accionante, al dejar sin efectos los autos a través de los que admitió el llamamiento en garantía, comoquiera que, si bien la Ley 2080 de 2021, modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto al término de traslado del auto que admite la demanda, lo cierto es que ese cambio normativo no tiene la entidad de afectar la contabilización del plazo para contestar la demanda, como pasará a explicarse. Ciertamente, se tiene que la autoridad judicial accionada, en el auto del 11 de diciembre de 2019, a través del cual admitió el medio de control de reparación directa antes referenciado, consignó, de manera expresa, que las entidades demandadas, el Ministerio Público y los sujetos con interés directo en las results del proceso contaban con el término definido en el inciso 5.º del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del

Código General del Proceso, para contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, formular el llamamiento en garantía y presentar demanda de reconvención. De esta forma, es evidente que el municipio de Medellín, desde el momento en que fue notificado de esa providencia, tenía un convencimiento cierto e indiscutible de que el plazo para ejercer su derecho de defensa era de 55 días, teniendo en cuenta que, según las normas citadas, el traslado de 30 días empezaría a contarse 25 días después del envío del mensaje electrónico. Así las cosas, la Subsección estima que, a pesar de que el auto de admisión del medio de control se hubiese notificado en una fecha posterior, como lo enuncia el accionado, el contenido de esa decisión le generó a la entidad aquí accionante una expectativa sobre la forma en la que se computarían los plazos del traslado de la demanda, tanto así que el municipio radicó el escrito de contestación correspondiente el 19 de abril de 2021, esto es, dentro del término indicado en el proveído referido, por lo que el Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Medellín no podía desconocer esa situación. En todo caso, aun si se aceptara la posición del Juzgado accionado frente a que para calcular el término de contestación debía aplicarse la modificación de la Ley 2080 de 2021 y no la Ley 1437 de 2011, por la fecha en que se realizó la notificación a la parte demandada, lo anterior, porque el régimen de vigencia y transición normativa definido en el artículo 86 de la primera de las normas citadas indica como una de las excepciones para su aplicación inmediata, el hecho de que las notificaciones se estén surtiendo conforme a la ley anterior, tampoco sería de recibo la decisión adoptada en el proveído aquí controvertido, dado que la primera comunicación que se realizó del auto admisorio del 11 de diciembre de 2019 fue la notificación por estado a la parte demandada, la cual tuvo lugar el 12 de ese mes y año, en los términos previstos en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011. De esta forma, contrario

a lo expuesto por la autoridad judicial accionada, en el sub judice, no se presentó la situación descrita en el primer artículo citado, porque el referido trámite inició con la notificación por estado, de conformidad con el CPACA, como se explicó antes. Finalmente, la Subsección advierte que el argumento del accionado sobre la improcedencia de la acción de tutela por la insatisfacción del requisito de la subsidiariedad tampoco es de recibo, pues el municipio de Medellín, a través de la solicitud de amparo de la referencia, no planteó ninguna discusión o desacuerdo sobre la decisión adoptada frente al recurso de apelación que formuló en contra de la providencia del 7 de septiembre de 2022; adicionalmente, se precisa que en el presente asunto, se está ante una configuración diáfana de un defecto procedimental y una vulneración de los derechos amparados en primera instancia, ante el cambio de la posición inicialmente adoptada por la propia autoridad judicial, el cual es contrario al principio de confianza legítima, como se explicó previamente, lo cual requiere la intervención del juez de tutela para proteger las garantías mencionadas. Teniendo en cuenta las anteriores razones, se colige que el Juzgado accionado incurrió en un defecto procedimental absoluto, porque no tuvo en cuenta las disposiciones invocadas en el auto del 11 de diciembre de 2019, las cuales generaron una expectativa en la parte accionante, cuyo desconocimiento implicó la falta de materialización y el ejercicio pleno de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del municipio de Medellín. Por tanto, se confirmará la sentencia del 18 de octubre de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, que amparó los derechos precitados de ese ente territorial, en la acción de tutela interpuesta en contra del Juzgado Veintidós Administrativo del Circuito Judicial de Medellín”.

Defecto procedimental por negar el cumplimiento de una orden de embargo decretada en un proceso ejecutivo por alimentos, aduciendo que la prelación de créditos solo aplica para menores de 18 años.

173

RADICADO: 70001-23-33-000-2022-00149-01 (AC)

FECHA: 28/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTES: Leandro Enrique Domínguez Vilaro

DEMANDADO: Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Vulneró el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia del actor, al proferir la providencia del 11 de noviembre de 2022, que negó el cumplimiento de la medida de embargo decretada por el Juzgado Segundo de Familia dentro del proceso ejecutivo de alimentos 2022-00386, consistente en la entrega de títulos judiciales con destino al proceso, al incurrir en defecto procedimental absoluto y considerar que la prelación de crédito por alimentos se predica a favor de los niños, niñas y adolescentes, esto es, los menores de 18 años, sin que pueda interpretarse, eventualmente, para mayores de edad?

Tesis: “[E]n el caso sub examine, el embargo decretado de los títulos judiciales, se entiende perfeccionado el 18 de octubre de 2022, puesto que i) fue la fecha de recibo del oficio enviado por el juzgado requirente y ii) no existe evidencia de otras solicitudes de embargo radicadas con anterioridad. No obstante, el Juzgado accionado, ordenó la entrega de títulos del proceso, negó la entrega de dineros con destino al proceso radicado 2022-00386, a cargo del Juz-

gado Segundo de Familia de Sincelejo y dio por terminado el proceso objeto de embargo. Para sustentar esta afirmación, consideró que “la prelación de crédito por alimentos se predica a favor de los niños, niñas y adolescentes, esto es, los menores de 18 años, sin que pueda interpretarse eventualmente, para mayores de edad, como en el presente caso”, lo cual no tiene asidero jurídico, pues de acuerdo con la normativa aplicable, el accionado, solo estaba facultado para cumplir el requerimiento decretado por un homólogo suyo, sin mayores miramientos entorno a su procedibilidad o exigibilidad. (...) [L]a Sala concluye que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, incurrió en defecto procedimental absoluto, toda vez que i) negó injustificadamente la orden de embargo efectuada por el Juzgado Segundo de Familia de la misma ciudad, fundado en el abierto desconocimiento de un mandato legal claro e imperativo, y ii) vulneró con ello los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del ciudadano [L.E.D. V.], en tanto imposibilitó la ejecución judicial de su derecho de crédito en el marco de una obligación alimentaria. (...) [L]a Sala concluye que la

autoridad judicial accionada desconoció el procedimiento determinado por la ley para dar cumplimiento a una orden de embargo decretada por el Juez natural, quedando demostrado que dicha situación conllevó a una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del tutelante”.

Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al improbarse una conciliación prejudicial en la cual la parte convocante aceptó un menor valor de lo conciliado a fin de no llevar su caso a la jurisdicción.

175

RADICADO: 19001-23-33-000-2021-00322-01 (AC)

FECHA: 2/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Eduardo Ignacio Bolaños Salamanca

DEMANDADO: Juzgado Noveno Administrativo de Popayán

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: “¿El Juzgado Noveno Administrativo de Popayán, al proferir las providencias del 18 de diciembre de 2020 y de 14 de abril de 2021, mediante las cuales improbo el acuerdo conciliatorio suscrito por el accionante con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incurrió en un exceso ritual manifiesto?”.

Tesis: “En el presente asunto, el accionante reprocha las providencias del 18 de diciembre de 2020 y 14 de abril de 2021 mediante las cuales el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán improbo el acuerdo conciliatorio suscrito entre este y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por advertir ciertas inconsistencias en los datos allí consignados. Al efecto, el Tribunal Administrativo del Cauca, a través de sentencia del 22 de octubre de 2021, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al considerar que la decisión adoptada por el juzgado demandado dio prevalencia a formalidades sobre el derecho sustancial, si se tiene en cuenta que los errores advertidos en el acta de conciliación, según podía advertirse, obedecían a fallas en la transcripción de los

datos pero no comportaban la violación de la ley y tampoco una afectación del patrimonio público, pues el acuerdo suscrito correspondió a una cifra menor que la que podría haber quedado pactada de acuerdo con el ánimo de la entidad. Contra dicha decisión, la juez novena administrativa de Popayán interpuso recurso de alzada, insistiendo en que los errores observados en el acta no podían ser obviados por esa judicatura, por lo que pidió revocar el fallo de primera instancia. Ahora bien, en este contexto, la Sala advierte lo siguiente: A través de auto del 4 de noviembre de 2020, el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán requirió a las partes convocante y convocada para que allegaran al plenario certificación donde constara el salario del [actor] para el año 2016 así como el acta del comité de conciliación del FOMAG, en el que se evidenciaran los parámetros de la propuesta presentada. Mediante proveído del 18 de diciembre de 2020, el juzgado improbo el acuerdo conciliatorio, por no haberse aportado los documentos requeridos. Contra dicho auto, el convocante interpuso recurso de reposición, que fue negado por el mismo despacho el 14 de abril de 2021. (...) A partir de lo expuesto, la Sala advierte, tal como lo hizo

el Tribunal Administrativo del Cauca, que los errores advertidos por la juez novena administrativa de Popayán al momento de improbar el acta de conciliación se refieren al porcentaje que supuestamente fue aceptado frente al que correspondía, finalmente, la suma acordada, y al salario devengado por el convocante, puesto que se había tomado como referencia uno inferior al que en realidad percibe, lo que indica que si bien es cierto existen errores probablemente ocurridos en la transcripción, ello no indica que se haya lesionado el patrimonio público o se haya quebrantado la ley con dicho acuerdo. Lo anterior, puesto que, de acuerdo con la providencia cuestionada, el valor de la mora en que incurrió el FOMAG era superior a \$ 22.000.000 y el ofrecimiento aceptado por el convocante correspondió a \$ 16.002.123, valor que resultó ser inferior al 85 % del total adeudado, puesto que, conforme a dicho porcentaje, este correspondía a \$ 17.674.761. Así pues, aunque existen varias imprecisiones y errores aritméticos en cuanto a los cálculos efectuados, lo cierto es que el [actor], a quien podría pensarse que perjudicaron dichos yerros, aceptó el acuerdo conciliatorio de manera libre y consciente, pues ello se ratificó con la presentación de la presente acción de tutela. Así pues, la Sala coincide con el a quo en que es excesivo improbar el acuerdo conciliatorio so pretexto de contener ciertos errores que, incluso, afectan los intereses del convocante y accionante en tutela, pero que, desde ningún punto de vista, implican la violación de la ley o la lesión al patrimonio público,

pues lo que se constata es que la cifra acordada es, en todo caso, inferior a la que la entidad estaba dispuesta a pagar por el pago tardío de las cesantías parciales reclamadas por el [actor]. Por el contrario, lo que sí genera cargas mayores en cabeza del convocante y del sistema de justicia es someter dicho asunto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con los costos que ello implica para todos los involucrados, a causa de ciertos errores de transcripción que, se insiste, no evidencian de ninguna forma la lesión al patrimonio público y que, contrario sensu, cercenan el acceso efectivo a la administración de justicia del [actor] a través de los medios alternativos de solución de conflictos, que, en palabras de la Corte Constitucional, constituyen “una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. Esto resulta obvio si las partes llegan a un acuerdo, pues el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible. Pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto”. En este contexto, la Sala confirmará el fallo de primera instancia proferido el 22 de octubre de 2021 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en tanto, como quedó visto, el Juzgado Noveno”.

Se desconocen los derechos fundamentales de una persona en situación de discapacidad mental, a quien se le rechazó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que se valorara su situación particular.

177

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-01613-00 (AC)

FECHA: 21/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Zulenly Bonilla Chara

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Cauca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Segundo Octavo Administrativo de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, al proferir las providencias, mediante las cuales se rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la accionante contra la Agencia Nacional de Tierras, incurrieron en defecto procedimental, por cuanto no valoraron la circunstancia especial de la demandante, que era una persona en una situación de especial protección por su discapacidad mental?

Tesis: “[L]a parte accionante cuestiona las providencias del 18 de agosto de 2020 y 11 de febrero de 2022 mediante las cuales el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca rechazaron por caducidad el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Agencia Nacional de Tierras. Al efecto, considera que el conteo de caducidad de dos años debió contarse a partir del 20 de julio de 2019 cuando se admitió el proceso de jurisdicción voluntaria y se le designó a la [accionante] un curador ad litem, pues solo a partir de ese momento fue posible hacer la defensa de sus intereses. (...) Es claro entonces que la señora Bonilla

Chara padece una condición de discapacidad mental, reseñada por los médicos evaluadores como “(...) un déficit cognitivo, llámese retraso mental moderado” que le impide “(...) responsabilizarse de sí mismo, no está en capacidad de manejar dinero o bienes ni disponer de ellos”, lo que implica que debe “(...) permanecer acompañado y/o con supervisión permanente ya que por su grado intelectual no es posible desempeñarse solo y valerse por sí misma en contextos sociales y de desafío, como tomar decisiones, hacer diligencias, manejar direcciones, manejo de dinero etcétera”. Sin embargo, dicha circunstancia no fue objeto de análisis o pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, el cual, en criterio de esta Sala, era sumamente relevante si se tiene en cuenta que para el momento en que se hizo el registro de la adjudicación de los baldíos y que empezó a correr el término de caducidad (mayo de 2011), ya dicha condición estaba estructurada (según el dictamen rendido por la Junta Regional de Invalidez, la fecha de estructuración es el 20 de abril de 2002), lo que indica que la [accionante], para ese momento, era incapaz de ejercer sus derechos, situación que cambió únicamente a partir del momento en que le fue designado el

curador provisional. (...) Sin embargo, ante el escenario de la aplicación de la ley y al invocarse la posible vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia de una persona en condición de discapacidad mental, era necesario que el tribunal recurriera a un juicio de proporcionalidad a fin de analizar si dicha decisión se ajustaba a las exigencias básicas de razonabilidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, puesto que desconocer de tajo dichas circunstancias comporta una situación de discriminación frente a una persona que, evidentemente, no se encuentra en las condiciones mínimas que le permitan ejercer plenamente sus derechos. (...) [A]l examinar si la medida no implica un sacrificio de derechos o principios que tenga, en el caso concreto, un mayor peso de aquél que se pretende satisfacer con la medida (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), para la Sala es claro que pese a la legitimidad de la aplicación de la figura de la caducidad y de su fin, así como de su idoneidad y necesidad, la aplicación irrestricta de dicha institución, en el asunto bajo examen, imposibilita de manera absoluta el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia de la persona en condición de discapacidad mental, puesto que ni siquiera va a tener la posibilidad de obtener un

pronunciamiento que determine la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que adjudicaron los bienes en los que, según manifiesta, ha vivido y disfrutado durante toda su vida. En este sentido, la Sala debe insistir en que las circunstancias particulares que han quedado demostradas en el plenario dan cuenta de la grave situación que padece la accionante y que le ha impedido ejercer plenamente sus derechos. (...) Es oportuno señalar que esta Sala de Subsección, en oportunidad anterior, impuso flexibilizar el conteo del término de caducidad en un asunto en el que la accionante se encontraba, igualmente, en una situación irresistible que le había impedido acudir, bajo la regla general de caducidad, al medio de control. (...) Finalmente, la Sala encuentra pertinente prevenir las autoridades judiciales demandadas para que, en lo sucesivo, incorporen en sus decisiones una visión constitucional del derecho, de manera que no omitan incluir consideraciones relacionadas con situaciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta como la que ha sido estudiada en el presente asunto, a fin de remover los obstáculos que puedan originar una restricción o vulneración de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional”.

Vulneración de los derechos fundamentales por la suspensión del proceso ejecutivo y la omisión en la remisión del expediente al proceso de liquidación de la entidad accionada.

179

RADICADO: 08001-23-33-000-2021-00555-01 (AC)

FECHA: 17/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Mónica Hernández Coba

DEMANDADOS: Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla y otros

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, la E.S.E. Hospital Juan Domínguez Romero de Soledad en Liquidación, la Procuraduría Regional del Atlántico, la Contraloría Territorial Atlántico y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneraron los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, salud, mínimo vital, petición y acceso a la administración de justicia de las señora [M. H.], como consecuencia del no pago de la sentencia judicial de 9 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, confirmada en el fallo del 12 de junio de 2015, por el Tribunal Administrativo de Barranquilla?

Tesis: “[P]ara esta Sala no es de recibo el argumento de primera instancia en el que señala que debe rechazarse por subsidiariedad la presente acción de tutela. Lo anterior por cuanto, justamente, se pretende que el medio judicial

disponible que se encuentra suspendido, se le dé continuidad para la protección de los derechos ya garantizados en sendas providencias desde 2015. En ese orden de ideas, lo que realmente se está solicitando es que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla no mantenga la suspensión del proceso ejecutivo para que, por el contrario, se pronuncie sobre su continuidad o no. Solicitud que, de acuerdo con el recuento de los hechos realizado, es razonable. Además, el Juzgado, en caso de considerarlo necesario, deberá remitir el expediente ejecutivo para que sea incorporado al proceso de graduación y liquidación adelantado por la ESE Hospital Juan Domínguez Romero de Soledad en liquidación. Por lo expuesto, esta Sala de Subsección revocará el fallo de primera instancia que rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora [M.H.C.]. En su lugar, se (...) amparará el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante”.

Defecto sustantivo

Amparo del derecho al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del cónyuge supérstite al que se negó el reconocimiento de la pensión ordinaria post mortem por indebida interpretación de la norma relativa a la contabilización de los años de docencia de la causante en planteles oficiales.

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-00282-00(AC)

FECHA: 22/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jairo Vargas

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Tolima

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Tolima, al proferir la sentencia del 23 de noviembre de 2017, mediante la cual confirmó la providencia de 2 de mayo de 2016, expedida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Ibagué que negó las pretensiones de la demanda, incurrió en defectos fáctico y sustantivo y, en consecuencia, en la violación de los derechos fundamentales del accionante?

Tesis: “[E]l Tribunal previamente analizó, y en ello le asistió razón, que no había lugar al reconocimiento de la pensión gracia post-mortem, toda vez que la causante no contaba con 20 años de servicio docente de carácter territorial. No obstante, lo anterior, sí procedía el análisis de la pensión ordinaria post-mortem solicitada por el accionante, reconocimiento que es dable siempre y cuando se cumplan los requisitos del Decreto 224 de 1972 y no exista otro reconocimiento pensional originado por la causante. En ese orden de ideas, le corresponde a esta Sala de Subsección amparar los derechos fundamentales

al debido proceso y acceso a la administración de justicia del accionante, por cuanto la sentencia acusada incurrió en defecto sustantivo y fáctico al interpretar que la norma exigía que los 18 años de servicio docente en establecimientos educativos de carácter público fueran del orden territorial, requisito que la norma expresamente no señaló y que por ende no le correspondía exigir al Tribunal. Sumado a que no tuvo en cuenta para el reconocimiento pensional deprecado, el certificado referido anteriormente que daba cuenta que la causante había laborado como docente 6 años en un establecimiento educativo oficial denominado Colegio Normal María Inmaculada de Ibagué. En consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 23 de noviembre de 2017, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el [actor], proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Por lo anterior, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, profiera nuevamente

sentencia en la que resuelva de fondo la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tramitada bajo el radicado 773001-23-33-751-2014-00218-01, en la que determine si el [actor] tiene derecho al reconocimiento de la pensión ordinaria post-mortem, atendiendo a la verificación de los requisitos señalados taxativamente por el Decreto 224 de 1972 y a las pruebas obrantes en el expediente”.

Omisión en la identificación de los presupuestos para demostrar la calidad de hijo de crianza.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-02662-00[AC]

FECHA: 04/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Luisa Fernanda Amaris Tovar

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, identificó los presupuestos que, en su criterio, dejaron de cumplirse para demostrar la calidad de hija de crianza de la menor [A.S.A.T.] frente a la víctima directa?

Tesis: “[S]e desprende que el Tribunal aquí accionado concluyó que los demandantes no probaron la calidad de hija de crianza de la menor [A.S.A.T.] frente al señor [W.A.T.S]. Sin embargo, también se observa que la autoridad judicial no especificó cuáles parámetros, a su juicio, dejaron de acreditarse para probar la existencia de la relación filial entre aquellos. En efecto, si se examinan minuciosamente los argumentos expuestos en la sentencia debatida, se advierte que los únicos razonamientos que el Tribunal planteó para negar la existencia de la relación de crianza fueron: 1. Que no se cumplió con la carga probatoria sobre los elementos requeridos para verificar la calidad de hija de crianza y 2. Que la convivencia no era suficiente para demostrar esa calidad. En esa medida, se aprecia que el Tribunal no identificó cuáles elementos de los exigidos por la jurisprudencia constitucional, para comprobar el vínculo de crianza, dejaron de acreditarse, como son: la solidaridad, el reemplazo de los vínculos consanguíneos, la

dependencia económica, los vínculos de afecto, respeto, comprensión y protección, el reconocimiento de la relación, la permanencia en el tiempo de esta y/o la existencia de iguales obligaciones y derechos (...) [S]i bien es cierto no se probó que [A.S.A.T.] es hija biológica de la víctima directa porque en el registro civil de nacimiento de la menor no aparece el nombre del padre de la niña (...) no lo es menos que en el proceso sí se allegaron unas declaraciones testimoniales con el objeto de acreditar la calidad de hija de crianza, por lo cual el Tribunal no podía desconocer dicha situación, sin justificar los motivos por los que, según su criterio, no estaban reunidos los elementos para concluirse que la menor [A.S.A.T.] era hija de crianza del señor [W.A.T.S]. En efecto, repárese en que los testigos fueron coherentes al indicar que existían lazos de solidaridad, apoyo y comprensión propios de un padre y una hija entre la víctima directa y [A.S.A.T.], tanto así que fueron la aquí accionante y su hija quienes lo apoyaron en su recuperación y este siguió aportando económicamente a la familia. Adicionalmente, no puede pasarse por alto que la decisión del Tribunal implicó la denegación del derecho a la reparación integral a una menor de edad, que tiene la condición de sujeto de protección especial consti-

tucional, por lo cual el deber de soportar suficientemente su posición cobraba aún mayor relevancia (...) Por consiguiente, se colige que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, incurrió en decisión sin motivación, como causal específica de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, con lo cual vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la menor [A.S.A.T]”.

Indebida aplicación del principio de especialidad de la norma para la imposición de una sanción en ejercicio del poder correccional del juez.

RADICADO: 52001-23-33-000-2019-00545-01[AC]

FECHA: 16/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Gladis Liliana Gudiño Dávila

DEMANDADO: Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pasto fundamentó la decisión de sancionar a la apoderada de la parte demandada en el proceso de reparación directa [objeto de amparo constitucional], en la norma especial dispuesta para ese efecto?

Tesis: [E]l Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pasto impuso multa a la aquí accionante con base en el ordinal 3.º del artículo 44 del Código General del Proceso y no con fundamento en el ordinal 4.º del artículo 60A de la Ley Estatutaria de Administración de justicia, contenida en la Ley 270 de 1996, como lo estimaron pertinente la señora [G.L.G.D], en el escrito de tutela, y el Tribunal Administrativo de Nariño, en la sentencia de primera instancia de la presente acción (...) [C]uando una norma regula de forma particular una materia, debe preferirse esta sobre la general, de conformidad con el ordinal 2.º del artículo 5.º de la Ley 57 de 1887, máxime cuando se trata de una sanción en ejercicio de un poder correccional, el cual exige una definición concreta de la conducta antijurídica, para garantizar el debido proceso. Preciado esto, debe tenerse en cuenta que en el caso bajo estudio la señora [G.L.G.D]

fue sancionada por la falta de diligencia en el retiro y envío de los oficios mediante los cuales se dio cumplimiento a las pruebas decretadas y solicitadas por ella. [E]s claro que la conducta que dio lugar a la sanción de la aquí accionante se ejecutó en su calidad de apoderada de la entidad demandada, por lo cual el precepto que tipificaba su situación específica era el artículo 60A de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En relación con lo expuesto, el juez segundo administrativo del circuito judicial de Pasto, en su calidad de director del Juzgado accionado, sostuvo que el artículo 44 del Código General del Proceso era aplicable a la apoderada de la entidad demandada, pues aquella era empleada pública (...) Es importante aclarar que el asunto aquí discutido no se circunscribe al estudio de una interpretación normativa que puede realizar válidamente el juez natural en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial, sino que se trata de una indebida aplicación de un precepto, ante la existencia de una norma especial que regula los presupuestos fácticos que dieron lugar a la sanción, en ejercicio de los poderes correccionales del juez, y que, en consecuencia, debía ser aplicada, como quedó explicado en precedencia, por lo cual el juez de tutela encuentra demostrado el defecto sustan-

tivo (...) [E]l Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Pasto no fundamentó la decisión de sancionar a la apoderada de la parte demandada en el proceso de reparación directa, radicado: 2016-00230-00, en la norma especial dispuesta para ese efecto.

Configuración del defecto sustantivo por vulneración del derecho fundamental autónomo de la oposición política.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-03079-01(AC)

FECHA: 10/03/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ángela María Robledo Gómez

DEMANDADO: Consejo de Estado - Sección Quinta

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La interpretación del inciso final del artículo 107, superior, consignada en la sentencia de nulidad electoral proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que regula la prohibición de la doble militancia, es aplicable al caso de la ciudadana [A.M.R.G.]? ¿En el ejercicio hermenéutico constitucional debió prevalecer el derecho fundamental autónomo de la oposición?

Tesis: “La sentencia de nulidad electoral proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado se fundamenta esencialmente en que en el acto legislativo de 2015 guardó silencio respecto de la aplicación del régimen de doble militancia. Para ello puntualizó dos razones: (i) El derecho personal que tiene el candidato a la curul en el senado en virtud del artículo 112, superior, no puede «tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido». (ii) El Acto Legislativo 2 de 2015 no incluyó modificación al régimen de la doble militancia, «por lo cual es claro que también es aplicable a los candidatos a estos cargos públicos». Es evidente que la sentencia de nulidad electoral cuestionada presenta una interpretación sistemática de las normas constitucionales

bajo el supuesto de que, por un lado, el silencio implica un vacío normativo el cual debe llenarse y, del otro, que las normas constitucionales no tienen jerarquías formales en su interior. Al respecto el juez de tutela considera que si bien es cierto no existen jerarquías formales, sí es verdad que se han construido jerarquías interpretativas o axiológicas, en las que la ponderación resulta el ejercicio hermenéutico más útil para resolver casos difíciles como el que nos ocupa. Para tal efecto, lo primero que debemos señalar es que en la Constitución Política de Colombia no hay un monismo sino pluralismo de fines. Por ello, no podría decirse que los fines perseguidos por las normas que prohíben la doble militancia es absolutamente transversal o aplicable a una institución singular como la que corresponde a la curul prevista en el artículo 112, superior. De allí que sea necesario realizar la ponderación o balanceo de valores, principios e intereses que en un momento determinado pueden resultar contrapuestos. En este caso se aborda directamente la ponderación en sentido estricto puesto que se trata de normas constitucionales, en las que es necesario determinar el mayor peso de los valores que en este caso resultaron en contraposición, a saber: (i) La prohibición de la doble militancia que tiene como principal valor la protección de la confianza de

la ciudadanía depositada en las personas que se postulan bajo las banderas de un partido o movimiento político determinado. Por esta razón se ha dicho que se expresa en dos garantías: (1) Protege y fortalece el régimen de bancadas en las corporaciones públicas; (2) garantiza la vigencia del voto programático y la imposición del programa de gobierno por mandato electoral a alcaldes y gobernadores. (ii) El derecho fundamental autónomo de la oposición del cual

se deriva el «derecho personal» a ocupar una curul por obtener la segunda votación en las elecciones presidenciales, que tiene implícito el valor de la democracia participativa y pluralista. Al hacer el ejercicio de ponderación para este juez de tutela, el resultado de la ecuación es favorable al amparo del «derecho fundamental autónomo» y por tanto debe retroceder la prohibición de la doble militancia”.

Omisión de la autoridad judicial de verificar la correcta notificación del acta del tribunal médico-laboral.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-00931-01(AC)

FECHA: 16/09/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Misael Lozano Tique

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Arauca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Arauca vulneró los derechos fundamentales del [actor] de acceso a la administración de justicia y debido proceso al proferir la sentencia del 28 de febrero de 2020, incurriendo en defecto fáctico y sustantivo por desconocimiento de las disposiciones del artículo 30 del Decreto 94 de 1989, [en relación con la notificación del acta del tribunal médico laboral]?

Tesis: “[S]i bien es cierto la parte actora invoca tres defectos diferentes, todos se encaminan a solucionar la misma inconformidad, esto es, si está acreditado en el expediente la notificación del Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía nro. 3817-4388 (06) del 24 de septiembre de 2010, en los términos del artículo 30 del Decreto 94 de 1989; por ello, se realizará un solo análisis al respecto. Dicho esto, se recuerda que el artículo 30 del Decreto 94 de 1989 (...) establece cinco formas de notificar la respectiva acta: 1) de manera personal al interesado dentro de los quince días de su expedición o, 2) mediante el envío de la misma a través del comando de la unidad o repartición a la cual pertenezca; de no ser posible lo anterior, 3) se procederá a la notificación por edicto en un lugar público de la entidad de sanidad correspondiente por 30 días. Y, en casos especiales dada

la condición de salud mental del interesado, 4) podrá notificarse a través de un familiar del interesado o, 5) a falta de este, se le nombrará [un] curador. Valga advertir, que la notificación por edicto es procedente solo de no ser posible la personal, es decir, debió intentarse está obteniendo un resultado fallido. Descendiendo al caso concreto, el Tribunal Administrativo Arauca encontró acreditado la notificación por edicto del Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía nro. 3817-4388 (06) del 24 de septiembre de 2010, [notificada por edicto, lo] (...) que en principio resulta válido, siempre y cuando la notificación personal del [actor] no hubiere sido posible tal como lo señala la pluricitada norma; sin embargo, al respecto el Tribunal accionado no hizo manifestación alguna, en aras de verificar que en el asunto bajo estudio sí procedía dicha forma de notificación. Es decir, se determinó que el punto de partida para contabilizar la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto a la pretensión de ilegalidad de las actas médicas acusadas, era la notificación por edicto debidamente acreditada al expediente; pero sin desvirtuar que, previo a ello, se hubiere agotado la notificación personal de la respectiva acta médica y que la misma hubiere resultado fallida. (...) [Lo dicho,] conlleva a la Sala a considerar

que la sentencia del 28 de febrero de 2020, preferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, se encuentra incurso en defecto sustantivo por aplicación parcial del artículo 30 del Decreto 094 de 1989; lo cual conllevó a no se estudiará dicha circunstancia de cara al material probatorio obrante en el expediente, lo cual traduce en un defecto fáctico”.

Improcedencia de la condena en costas y agencias en derecho cuando se debe conceder el amparo de pobreza.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-00173-00 (AC)

FECHA: 30/03/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Yuri Antonio Lora Escorcía

DEMANDADO: Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado y Sección A de la Sala de Decisión Oral del Tribunal Administrativo del Atlántico

DEMANDADO: Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se han quebrantado las garantías de linaje constitucional fundamental invocadas por la tutelante, por (i) la falta de decisión por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico de la solicitud de amparo de pobreza formulada el 15 de diciembre de 2016 por el actor; y (ii) el ordinal segundo de la sentencia de 31 de julio de 2019, dictada por el Consejo de Estado (subsección C de la Sección Tercera), por conducto de la cual se confirmó la del 17 de abril de 2018 y se le condenó al accionante a pagar por concepto de agencias en derecho?

Tesis: “[C]abe advertir que el amparo de pobreza es un beneficio que la norma contempla con la finalidad de relevar del pago de los gastos del proceso a la parte que no está en capacidad económica de asumirlos, conforme lo prevé el artículo 151 del CGP; instituto procesal que garantiza el acceso a la administración de justicia de los menos favorecidos y el principio de igualdad. (...) En el asunto sub examine, (...) el actor fue beneficiario de la figura del amparo de pobreza en el proceso de reparación directa 08001-23-31-005-2014-00106-00 desde el 15 de diciembre de 2016, época para la cual aún no

se había proferido el fallo de primera instancia, es decir, a partir de ese momento, en los términos del artículo 154 del CGP, no estaba obligado a asumir erogaciones económicas derivadas del trámite del aludido medio de control, tales como expensas, honorarios de auxiliares de la justicia y cauciones, asimismo, tampoco se le podía condenar en costas o agencias en derecho. Pese a lo expuesto, en el ordinal segundo de la parte decisoria de la sentencia de 31 de julio de 2019, enjuiciada en este asunto, los señores magistrados de la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado condenaron al recurrente en costas (agencias en derecho) por «[...] el 1% del valor de las pretensiones en atención a la naturaleza del [...] proceso, la calidad, duración y utilidad de la gestión ejecutada por el apoderado [...]» (...). Lo anterior, con fundamento en el «[...] numeral 3 del artículo 365 [] del Código General del Proceso», al considerar que había lugar a imponerlas, toda vez que el recurso de apelación que interpuso el tutelante contra el fallo de 17 de abril de 2018, no prosperó y hubo lugar a confirmar la determinación adoptada por el a quo. En ese orden de ideas, la Sala evidencia que el fundamento de derecho

invocado por el Consejo de Estado (subsección C de la sección tercera) en la decisión judicial de 31 de julio de 2019 censurada por el actor, no es aplicable en el sub lite, dado que el simple hecho de que el recurso de apelación que formuló el tutelante contra la sentencia de 17 de abril de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico (sección A de la sala de decisión oral), no haya prosperado, no era óbice para ordenarle que asumiera un gasto que por su situación económica no le era posible solventar, dado que las normas que regulan el amparo de pobreza, el cual le fue concedido, lo prohíben.

Así las cosas, se colige que los señores magistrados de la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado incurrieron en (...) defecto sustantivo, al condenar en costas al actor, habida cuenta de que el amparo de pobreza, de acuerdo con las normas que lo regulan, cobija al beneficiario, en este caso al demandante, durante todo el trámite del proceso, incluido el fallo de segunda instancia, y consagran expresamente la prohibición de imponer dicha condena, lo que provocó la vulneración de su garantía superior al debido proceso”.

Responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima con base en un análisis pertinente del acervo probatorio.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-05127-01{AC}

FECHA: 12/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Juan Carlos Ortega

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Nariño

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El Tribunal Administrativo de Nariño, al declarar probada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, aplicó correctamente el artículo 70 de la Ley 270 de 1996?

Tesis 1: “[P]ara el Tribunal Administrativo de Nariño el evento por el cual se pretendía la declaratoria de responsabilidad estatal por las actuaciones de los empleados con funciones judiciales era el del error jurisdiccional, mas no la privación injusta de la libertad, postura que ciertamente es la que se adecuaba al escrito de la demanda y a las normas que regulan la materia, concretamente a la Ley 270 de 1996, puesto que el daño se causó por el error contenido en la providencia judicial en la que se impuso al señor [J.C.O] una condena por los mismos hechos por los que ya había sido juzgado y recluido y no porque luego de haber sido detenido, haya sido revocada la medida (...) En ese orden de ideas, se advierte que inicialmente el Tribunal aquí accionado fijó el estudio del asunto sobre la responsabilidad de las autoridades judiciales a la luz del error jurisdiccional. Sin embargo, al adentrarse al caso concreto equivocadamente, como la Sección Quinta lo determinó en primera instancia de esta acción, encontró demostrada la causal eximente de responsabi-

dad de culpa exclusiva de la víctima, regulada en el artículo 70 de la Ley precitada, porque, a su juicio, los perjuicios que se derivaron del error jurisdiccional consistentes en la privación de la libertad fueron consecuencia única del actuar del accionante, debido a que no informó a los funcionarios que ya había sido condenado con base en los mismos hechos (...) Así las cosas, en el sub lite la acción causante del daño o, en los términos de la primera instancia, la fuente no es otra que el error jurisdiccional mientras que el daño se concretó en la condena impuesta dos veces por idénticas circunstancias por las que ya había sido privado de la libertad. Siendo de esta forma, lo que correspondía al Tribunal Administrativo de Nariño, para hallar acreditada la culpa exclusiva de la víctima, era comprobar cuál fue el actuar doloso o gravemente culposos, en los términos del artículo 63 del Código Civil, que dio lugar a que ocurriera la condena, esto es, el daño. No obstante, como se vio y se itera, lo que aconteció fue que dicha corporación declaró probado ese eximente porque estimó que los perjuicios (privación de la libertad) producto del error judicial fueron culpa de la víctima directa, con lo cual dio un alcance equivocado al artículo 70 de la Ley 270 de 1996, dado que este se refiere al daño y no a los perjuicios (...) En consecuencia, se denota que el Tribunal

Administrativo de Nariño incurrió en defecto sustantivo, por aplicación errónea del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que regula la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente en casos de responsabilidad estatal por actuaciones u omisiones de funcionarios judiciales, por lo cual se continuará con el estudio del defecto fáctico que el juez de primera instancia encontró acreditado”.

Problema jurídico 2: ¿La autoridad judicial accionada aplicó adecuadamente el artículo 167 del Código General del Proceso, sobre la carga de la prueba, y encontró acreditado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima con base en un análisis pertinente del acervo probatorio?

Tesis 2: “[N]o era viable, como lo determinó el aquí accionado, exigirle a la parte demandante probar que actuó para evitar el daño, pues ello correspondía demostrarlo a las entidades demandadas (...) Por consiguiente, se denota que el Tribunal Administrativo de Nariño incurrió en defecto fáctico, al imponer la carga de la prueba frente al eximente de responsabilidad en cabeza de la parte activa de la demanda (...) [E]sta Subsección advierte que, para que se declarara el eximente de responsabilidad referido, la autoridad judicial debía establecer si la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial demostraron que el señor Juan Carlos Ortega fue quien causó que se le condenara dos veces por los mismos hechos por constituirse esa lesión en el daño, por lo cual, contrario a lo definido en la sentencia de primera instancia de esta acción constitucional, las actuaciones que realiza-

ra con posterioridad a ello no tenían ninguna influencia en la imputación como elemento de la responsabilidad estatal, sino que, como se anunció en un acápite precedente, podrían incidir en el monto de la condena (...) Bajo este escenario, no se comparte la conclusión a la que llegó la Sección Quinta de esta corporación, según la cual las demandadas, para demostrar la culpa exclusiva de la víctima, tenían que probar: 1. Las oportunidades efectivas que tuvo el señor [O.L], para informar su situación, y 2. Que la solicitud de la autoridad judicial de ejecución consistente en allegar los antecedentes penales del reo, se realizó por una razón distinta a la alegada por él, esto es, que puso en conocimiento de las entidades que ya había pagado una pena por esos mismos hechos. Lo anterior en el entendido que dichas situaciones son posteriores a la causación del daño y, por tanto, no pueden tenerse en cuenta para la imputación, sino para el quantum de la condena, en caso de que llegue a accederse a la declaratoria de responsabilidad. Aclarado lo anterior, se tiene que el yerro probatorio en que incurrió el Tribunal Administrativo de Nariño consistió, además de imponer la carga probatoria de la eximente de responsabilidad a cargo de la parte demandante, en concluir que se configuró el eximente de responsabilidad, sin analizar probatoriamente si la doble condena obedeció desde el punto de vista jurídico a un actuar doloso o gravemente culposo de la víctima. Adicionalmente, se concluye que también se configuró el defecto sustantivo por la interpretación inadecuada de los artículos 70 de la Ley 270 de 1996 y 167 del Código General del Proceso”.

Si el acta de liquidación de un contrato estipula cláusulas contradictorias, no cumple con los requisitos para que constituya un título ejecutivo.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01955-01 [AC]

FECHA: 23/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Municipio de Hatillo de Loba

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Bolívar

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La solicitud de amparo es procedente para verificar las presuntas irregularidades en las que incurrió el Tribunal Administrativo de Bolívar, al proferir la sentencia de 26 de febrero de 2021 dentro del proceso ejecutivo promovido por CONSASOLUCIONES S.A.S. contra [la entidad accionante] y Cormagdalena?

Tesis: “[E]l acta de liquidación bilateral no cumple con los requisitos definidos por la ley para configurar un título ejecutivo, dado que no cuenta con los elementos que integran la obligación de dar, ni los que otorgan certeza de la información contenida. (...) [N]o es posible establecer a ciencia cierta, qué es lo que se adeuda, ni a que corresponde el valor adeudado. (...) [C]onsta la disposición contenida en la cláusula segunda de dicha acta, de acuerdo con la cual, las partes se encuentren a paz y salvo por todo concepto. (...) [P]ara que un acta de liquidación contractual, cumpla con los requisitos para prestar mérito ejecutivo, requiere que defina con claridad la suma adeudada al contratista o el saldo pendiente de pago y la forma como se va a pagar, sin que dé lugar a suposiciones o a interpretaciones. (...) [T]al como lo señala el artículo 297 numeral 3 del CPACA, el acta de

liquidación contractual constituye título ejecutivo cuando en ella se establecen obligaciones expresas, claras y exigibles, de allí entonces que si las partes suscriben dicho acto de mutuo acuerdo, incorpora un negocio jurídico que expresa la manifestación de voluntad de las partes y en esa medida solo puede ser invalidado por algún vicio de consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo. (...) [E]n el acta de liquidación del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, se deben dejar consignadas las obligaciones por ejecutar, los acuerdos, conciliaciones o transacciones pendientes entre las partes; lo que no ocurrió en el presente caso, dado que sobre el particular las partes guardaron silencio y manifestaron estar a paz y salvo. (...) [L]a sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo, pues la decisión de revocar la providencia de 30 de septiembre de 2019, estuvo basada en una interpretación errónea de la norma, en la medida en que no era evidente que el acta de liquidación contractual incorporara una obligación clara, expresa y exigible, susceptible de ser reclamada por vía ejecutiva, conforme lo dispone el artículo 422 del CGP. (...) [L]a autoridad judicial accionada efectuó un análisis equívoco del ma-

terial probatorio allegado al expediente del proceso ejecutivo y aplicó e interpretó la normativa (...) de forma errónea, lo que no resulta válido a la luz de los criterios jurisprudenciales de la Corporación; de forma (...) que la providencia (...) vulneró el derecho (...) al debido proceso (...), constituyendo vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo”.

El término de caducidad en el medio de control de reparación directa se debe contabilizar desde el momento en que la parte actora se encuentra en posibilidad de determinar la existencia del daño.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-04959-01 (AC)

FECHA: 25/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Luz Marina Moreno Vanegas y otro

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Tolima y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Transcurrieron más de seis meses entre el día siguiente a la fecha de ejecutoria de la providencia emitida el 21 de enero de 2021 y el ejercicio de esta acción de tutela?

Tesis 1: “En ese orden de ideas, el término para presentar la acción de tutela inició el 1.º de febrero de 2021 y venció el 2 de agosto del mismo año. Además, la acción de la referencia fue instaurada el 29 de julio de igual anualidad, esto es, dentro del término prudencial fijado jurisprudencialmente. Por tanto, la Subsección concluye que en el presente asunto se superó la exigencia general de inmediatez. En consecuencia, se revocará la decisión adoptada el 27 de septiembre de 2021 por la Subsección B de la Sección Tercera de esta corporación, en cuanto a declarar la improcedencia de la solicitud de amparo y, en su lugar, se estudiará de fondo”.

Problema jurídico 2: ¿El Tribunal Administrativo del Tolima efectuó un indebido análisis del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, en lo que respecta al cómputo de la caducidad del medio de control de reparación directa ejercido por la parte accionante?

Tesis 2: “[A]l efectuar el análisis de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del To-

lima, por medio del proveído del 12 de noviembre de 2020, se colige que la argumentación principal para confirmar el rechazo del medio de control de reparación directa consistió en que el término de caducidad debía iniciarse a partir del momento en que se podía determinar la existencia del daño. (...) [L]a Subsección concluye que la corporación judicial accionada concluyó acertadamente que el cómputo de la caducidad debía iniciarse a partir del momento en que se registró, en el certificado de tradición y libertad del inmueble multicitado, la novedad del cambio de propietario, ya que es desde ese momento que se estructuró el daño y no como lo alegan los accionantes, que el daño se produjo el 8 de junio de 2017 con la diligencia de entrega del bien, pues esta última circunstancia, tal como lo advirtió el Tribunal accionado, es una consecuencia del cambio de propietario, por lo que es desde el 12 de agosto de 2015 que debía contarse el término de caducidad. Por tanto, la Subsección considera que la autoridad accionada, al resolver el asunto puesto a su consideración, aplicó de manera razonada la normativa relacionada con el término para presentar la demanda de reparación directa y atendió a las características específicas del caso en concreto. En consecuencia, se colige que la autoridad judicial accionada no incurrió en la causal específica de defecto sustantivo”.

Se incurre en defecto sustantivo al no aplicar, en sede de acción de tutela, las reglas sobre la notificación personal contenidas en el Decreto 806 de 2020, para efectos del cómputo del término para impugnar la sentencia.

RADICADO: 25000-23-15-000-2021-01306-01 (AC)

FECHA: 25/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: María Teresa Zuluaga de Rincón

DEMANDADO: Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Cuarta

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá, al expedir el auto del 24 de septiembre de 2021, incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia de la parte accionante?

Tesis: “Si bien la parte accionante no identificó expresamente los defectos contra la decisión reprochada, la Sala de Decisión entiende, de acuerdo con las razones manifestadas en la tutela, que alegó la configuración de (i) un defecto sustantivo por la inaplicación del artículo 8 del Decreto 806 de 2020 y (ii) un desconocimiento del precedente por no tener en cuenta la sentencia STC 11274-2021 del 1 de septiembre de 2021 expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. (...) [L]a notificación de la decisión de tutela se puede realizar (i) por telegrama o (ii) por otro medio expedito que asegure la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. (...) [E]l juez de tutela puede ordenar la notificación del fallo a través de cualquier medio

que garantice el conocimiento de la decisión judicial y que permita que el interesado pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción, sin embargo, esto no implica que el funcionario judicial pueda seleccionar libremente la manera en que debe efectuarse la notificación (...). Lo expuesto quiere decir que, a pesar de que el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 5 del Decreto 306 de 1992, disponen que el funcionario judicial puede usar cualquier medio expedito y eficaz para notificar la decisión de tutela, lo cierto es que preferiblemente se debe recurrir a la notificación personal y en caso de no ser posible utilizar otro que sea expedito y eficaz. (...) [E]n el marco de la pandemia por el COVID-19, el Gobierno Nacional 25 expidió el Decreto 806 de 2020, mediante el cual adoptó «medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica» (...) [A]l realizar la notificación personal por correo electrónico, esta se entiende efectuada dos días hábiles después del envío del

mensaje, de tal manera que los términos empezarán a contarse el día después lo cual significa, en cuanto a la impugnación del fallo de tutela, que el término de tres días para interponerla iniciará dos días hábiles después de la remisión del mensaje electrónico al correo señalado por las partes. [T]eniendo en cuenta que en el sub examine el despacho judicial accionado notificó la sentencia de tutela a la señora [M.T.Z.R.] a través de correo electrónico remitido el 8 de septiembre de 2021, (...) la interesada contaba hasta el 15 de septiembre de 2021 para presentar la impugnación (...) De acuerdo con las razones precedentes la Sala de Decisión considera que se configuró el defecto sustantivo alegado, porque el despacho judicial accionado no tuvo en cuenta la norma aplicable al asunto al momento de definir si concedía o no la impugnación presentada, esto es, el Decreto 806 de 2020. En consecuencia, se dejará sin efectos el auto (...) a través de la cual el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta rechazó por extemporánea la impugnación interpuesta por la señora [M.T.Z.R.] contra el fallo de tutela”.

“En el proveído de tutela de la referencia se analizó el auto dictado por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta, mediante el cual se rechazó por extemporáneo el recurso de impugnación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada en una acción de tutela. En dicha providencia, de la cual me separo, se indicó que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo, al no aplicar el Decreto 806 de 2020 para contabilizar el término con el que se contaba para formular el recurso referido. Al respecto, considero pertinente mencionar que la procedencia general de la acción de tutela en contra de providencias judiciales exige, entre otros requisitos, que se hayan agotado todos los mecanismos judiciales con los que se cuenten y que la sentencia cuestionada

no haya sido proferida en otra acción de igual naturaleza. Frente a esta última exigencia debe precisarse que cuando se trata de otra decisión adoptada en ese trámite constitucional distinta a aquella, la Corte Constitucional ha diferenciado si se trata de un proveído proferido con anterioridad o con posterioridad al fallo, para determinar su procedencia. En esa medida, evidencio que en el asunto objeto de análisis se examinó de fondo la decisión adoptada en el auto que resolvió sobre la concesión del recurso de impugnación interpuesto, sin tener en cuenta que la accionante podía solicitar la selección del expediente para revisión ante la Corte Constitucional, con el objetivo de que se analizara la irregularidad que en su criterio aconteció por parte del juez que conoció la primera instancia de la acción”.

Se incurre en defecto sustantivo al no aplicar, en sede de acción de tutela, las reglas sobre la notificación personal contenidas en el Decreto 806 de 2020, para efectos del cómputo del término para impugnar la sentencia.

RADICADO: 25000-23-15-000-2021-01306-01 (AC)

FECHA: 25/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: María Teresa Zuluaga de Rincón

DEMANDADO: Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá - Sección Cuarta

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá, al expedir el auto del 24 de septiembre

de 2021, incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, debido pro-

ceso y acceso a la administración de justicia de la parte accionante?

Tesis: “Si bien la parte accionante no identificó expresamente los defectos contra la decisión reprochada, la Sala de Decisión entiende, de acuerdo con las razones manifestadas en la tutela, que alegó la configuración de (i) un defecto sustantivo por la inaplicación del artículo 8 del Decreto 806 de 2020 y (ii) un desconocimiento del precedente por no tener en cuenta la sentencia STC 11274-2021 del 1 de septiembre de 2021 expedida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. (...) [L]a notificación de la decisión de tutela se puede realizar (i) por telegrama o (ii) por otro medio expedito que asegure la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. (...) [E]l juez de tutela puede ordenar la notificación del fallo a través de cualquier medio que garantice el conocimiento de la decisión judicial y que permita que el interesado pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción, sin embargo, esto no implica que el funcionario judicial pueda seleccionar libremente la manera en que debe efectuarse la notificación (...). Lo expuesto quiere decir que, a pesar de que el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 5 del Decreto 306 de 1992, disponen que el funcionario judicial puede usar cualquier medio expedito y eficaz para notificar la decisión de tutela, lo cierto es que preferiblemente se debe recurrir a la notificación personal y en caso de no ser posible utilizar otro que sea expedito y eficaz. (...) [E]n el marco de la pandemia por el COVID-19, el Gobierno Nacional

25 expidió el Decreto 806 de 2020, mediante el cual adoptó «medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica» (...) [A]l realizar la notificación personal por correo electrónico, esta se entiende efectuada dos días hábiles después del envío del mensaje, de tal manera que los términos empezarán a contarse el día después lo cual significa, en cuanto a la impugnación del fallo de tutela, que el término de tres días para interponerla iniciará dos días hábiles después de la remisión del mensaje electrónico al correo señalado por las partes. [T]eniendo en cuenta que en el sub examine el despacho judicial accionado notificó la sentencia de tutela a la señora [M.T.Z.R.] a través de correo electrónico remitido el 8 de septiembre de 2021, (...) la interesada contaba hasta el 15 de septiembre de 2021 para presentar la impugnación (...) De acuerdo con las razones precedentes la Sala de Decisión considera que se configuró el defecto sustantivo alegado, porque el despacho judicial accionado no tuvo en cuenta la norma aplicable al asunto al momento de definir si concedía o no la impugnación presentada, esto es, el Decreto 806 de 2020. En consecuencia, se dejará sin efectos el auto (...) a través de la cual el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta rechazó por extemporánea la impugnación interpuesta por la señora [M.T.Z.R.] contra el fallo de tutela”.

“En el proveído de tutela de la referencia se analizó el auto dictado por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta, mediante el cual se rechazó por extemporáneo el recurso de impugnación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada en una acción de tutela. En dicha providencia, de la cual me separo, se indicó que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo, al no aplicar el Decreto 806 de 2020 para contabilizar el término con el que se contaba para formular el recurso referido. Al respecto, considero pertinente mencionar que la procedencia general de la acción de tutela en contra de providencias judiciales exige, entre otros requisitos, que se hayan agotado todos los mecanismos judiciales con los que se cuenten y que la sentencia cuestionada

no haya sido proferida en otra acción de igual naturaleza. Frente a esta última exigencia debe precisarse que cuando se trata de otra decisión adoptada en ese trámite constitucional distinta a aquella, la Corte Constitucional ha diferenciado si se trata de un proveído proferido con anterioridad o con posterioridad al fallo, para determinar su procedencia. En esa medida, evidencio que en el asunto objeto de análisis se examinó de fondo la decisión adoptada en el auto que resolvió sobre la concesión del recurso de impugnación interpuesto, sin tener en cuenta que la accionante podía solicitar la selección del expediente para revisión ante la Corte Constitucional, con el objetivo de que se analizara la irregularidad que en su criterio aconteció por parte del juez que conoció la primera instancia de la acción”.

Se vulneran los derechos fundamentales al tener por no contestada la demanda, dado que los anexos no cumplen con los requisitos legales.

RADICADO: 23001-33-33-000-2022-00058-01 [AC]

FECHA: 26/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Universidad de Córdoba

DEMANDADO: Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Juzgado Quinto Administrativo Mixto de Montería quebrantó los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, de contradicción y de acceso a la administración de justicia al proferir

el auto del 26 de noviembre de 2021, mediante el cual tuvo por no contestada la demanda en el medio de control de controversias contractuales por parte de la Universidad de Córdoba al no haber anexado a ella el poder especial con

el requisito del artículo 5.º del Decreto 806 de 2020 y el certificado de existencia y representación legal de la entidad demandada a pesar de haberla presentado en tiempo?

Tesis: “[L]a decisión del Juzgado Quinto Administrativo Mixto de Montería, resulta excesiva toda vez que limitó el ejercicio del derecho de defensa de la Universidad de Córdoba, vulnerando su derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. En tal sentido, si el juzgado advirtió que algunos de los anexos presentados por el ente universitario demandado estaban incompletos debió concederle un término para subsanar tal falencia y no cercenar de plano el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción. (...) En este entendido, el Tribunal Administrativo de Córdoba al amparar los derechos fundamentales de la accionante y dejar sin efectos el auto de 26 de noviembre de 2021 del Juzgado Quinto Administrativo de Montería y todas las actuaciones procesales surtidas con posterioridad, ordenó dentro de las setenta y dos (72) horas, contadas a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia de tutela, requerir por el término de tres (3) días a la parte demandada «con el fin que allegue el poder otorgado a la doctora [D.M.C.P.], con el lleno de los requisitos legales, ya sea conferido por mensaje de datos por parte del rector de la Universidad de Córdoba a la mencionada apoderada conforme los lineamientos establecidos en el artículo 5º del Decreto 806 de 2020 o por presentación personal ante el juez o notario conforme lo establece artículo 74 del CGP. Una vez vencido el término señalado anteriormente, deberá proceder la autoridad judicial a decidir lo que en

derecho corresponda frente a la contestación de la demanda». (...) La sentencia del ad quem cuestionada razonó al respecto del siguiente modo: «es del caso mencionar que si bien la parte vinculada alega que la Universidad de Córdoba no interpuso el recurso de apelación contra la citada decisión conforme lo indica el artículo 321 del CGP, se tiene que frente a dicha decisión no procede este en razón a que el recurso de apelación se rige por el CPACA y en (sic) este tipo de autos no está enlistado dentro de los apelables del artículo 243 del CPACA». (...) Para corroborar su planteamiento, la sociedad impugnante trae a colación la sentencia de la Sección Tercera, Subsección A del 17 de julio de 2018, que en aplicación del principio de integración normativa -artículo 306 del CPACA- consideró que «debe tenerse en cuenta que el numeral 1.º del artículo 321 del Código General del Proceso dispone la procedencia de la impugnación contra la providencia que ‘rechaza la contestación a cualquiera de ellas’, de suerte que la providencia impugnada en el presente asunto sí es susceptible de apelación». (...) [E]n presencia de estatutos procesales especiales, deben aplicarse de preferencia las normas que regulan de manera integral la materia bajo discusión -como ocurre en el presente caso con el CPACA-, que de manera expresa se abstiene de enlistar el recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda, regulación reiterada por el legislador ordinario al expedir la Ley 2080 de 2021, que reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo artículo 62 mantuvo incólume la improcedencia de dicho recurso frente al supuesto señalado”.

Defecto sustantivo al ordenar el reajuste del salario que sirvió de base para determinar la mesada pensional con fundamento en el IPC, desconociendo los incrementos salariales realizados por el Gobierno Nacional.

RADICADO: 11001-03-15-000-20220-2848-01 [AC]

FECHA: 2/09/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Nación - Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea de Colombia

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se deben amparar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia al configurarse el defecto sustantivo cuando se ordenó el reajuste del salario que sirvió de base para determinar su mesada pensional con fundamento en el IPC, desconociendo que se efectuaron los incrementos salariales correspondientes conforme a los decretos expedidos por el Gobierno para tal fin para el personal activo de la Fuerza Aérea?

Tesis: “[L]a actora sostiene que la providencia reprochada incurre en defecto sustantivo, porque al ordenar el reajuste del salario que sirvió de base para determinar su mesada pensional con fundamento en el IPC desconoce que a la demandante se le efectuaron los incrementos salariales que le correspondían para los años 1997 a 2002, de acuerdo con los decretos expedidos por el Gobierno nacional con tal fin, normativa que le resultaba aplicable por encontrarse al servicio activo de la Fuerza Aérea Colombiana. (...) en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 76001-33-33-019-2017-00208-00 la señora [M.P.] deprecó

el reajuste de los salarios recibidos en condición de personal civil de la Fuerza Aérea Colombiana durante los años 1997 a 2002, con base en el IPC certificado por el DANE, en atención a que era dable aplicar lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a lo que accedió el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Cali y el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por conducto de sentencias de 9 de julio de 2020 y 17 de febrero de 2022, respectivamente, con fundamento «[...] en que durante los años comprendidos entre 1997 y 2002 devengó [asignaciones básicas] inferiores a los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo tanto, el incremento se debía realizar conforme el IPC», de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-1433 de 2000. En esa medida, se reitera, las autoridades demandadas accedieron a las pretensiones ordinarias, con base en el aludido pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el que se concluyó que los aumentos salariales deben corresponder al IPC (criterio que, como se indicó, posteriormente fue modificado [por el fallo C-1064 de 2001]), sin considerar que, ade-

más de que la remuneración de la demandante para los años 1997 a 2002 fue objeto de los incrementos legales establecidos por el Gobierno nacional en los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002, ella recibía prima de actividad (33%) y alimentación, subsidio familiar (39%) y auxilio de transporte, haberes que también integraban su ingreso mensual, con lo que se puede concluir que no satisfacía la condición de devengar menos de 2 smmlmv para la época en la que reclama el reajuste, por consiguiente, no era factible acudir a dicho fallo para decidir la controversia por ella suscitada. En ese orden de ideas, la providencia reprochada incurre en el defecto sustantivo alegado, habida cuenta de que como la señora [M.P.] para los años 1997 a 2002 tenía la calidad de personal civil de la Fuerza Aérea Colombiana, el ajuste salarial para esas anualidades debía efectuarse conforme a las cifras porcentuales contempladas en los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 expedidos por el Gobierno nacional, en ejercicio

de las facultades conferidas por el Congreso de la República mediante la Ley 4ª de 1992, y, por ende, no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, puesto que, se insiste, se le hicieron los incrementos que le correspondían y no satisface el presupuesto de devengar menos de 2 smmlmv. (...) Por consiguiente, resulta indispensable que los magistrados accionados tengan en cuenta para examinar la procedencia del reajuste salarial reclamado por la señora [M.P.], que ella, se insiste, además de la asignación básica, recibió otros emolumentos, cuya suma, para los años de 1997 a 2002, arroja como resultado un monto superior a 2 smmlmv durante ese período. Por último, resulta necesario aclarar que como en el presente asunto los señores magistrados del Tribunal Administrativo del Valle de Cauca incurrieron en defecto sustantivo, la Sala se sustraerá de verificar el reparo relativo al desconocimiento del precedente expuesto por la accionante, toda vez que para dictar una decisión de reemplazo las autoridades accionadas deberán examinar de nuevo la normativa y jurisprudencia que resultan aplicables en su caso”.

Defecto sustantivo por desconocer que la acción de grupo procede para solicitar la nulidad de un acto administrativo de carácter particular cuando afecte a veinte o más personas individualmente determinadas.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-05113-01 (AC)

FECHA: 26/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTES: Diana Patricia Guerrero Zapata y otros

DEMANDADO: Consejo de Estado, Sec-

ción Tercera, Sala de Conjueces

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se debe confirmar la sentencia de primera instancia que amparó los derechos fundamentales en relación con el defecto sustantivo alegado contra la providencia cuestionada, por omisión en la aplicación del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, que permite el ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo contra actos administrativos de carácter particular?

Tesis: “Lo argumentado por los accionantes, en punto del defecto sustantivo, se fundamenta en que consideran que la autoridad judicial accionada omitió considerar el contenido del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011 que autoriza el ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, contra actos administrativos de carácter particular y lo tuvo por improcedente, pese a que el caso bajo estudio cumplía con los presupuestos que viabilizan su ejercicio. (...) Pues bien, para definir la posible configuración del defecto sustantivo, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, advierte en principio la Sala que la controversia planteada por los accionantes en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un

grupo, giró en torno a que se inaplique la expresión «y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud» contenida en el artículo primero del Decreto 383 de 2013 y demás normas que lo modificaron y, que se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron a los demandantes el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales y el pago de las acreencias laborales derivadas de las diferencias causadas. Bajo este panorama, se observa que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Conjueces, en la providencia cuestionada, se ocupó de verificar si resultaba viable acudir a la acción de grupo para realizar la reclamación contenida en la demanda, por lo que invocó pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tales como las sentencias C-1062 de 2000, C-569 de 2004 y, de manera especial a la Sentencia de Unificación del 13 de julio de 2021, proferida por la Sala Plena de la última corporación mencionada dentro del expediente 05001-33- 31-009-2006-00210-01 y, concluyó que al ser esta vía procesal de ex-

clusivo carácter indemnizatorio, cuando medie una reclamación de acreencias laborales, el instrumento de control a ejercer, debe ser el de nulidad y restablecimiento del derecho. De esta manera determinó que las pretensiones del grupo demandante por tratarse de reclamaciones de índole salarial y prestacional de empleados de la Rama Judicial, de acuerdo con la precitada sentencia de unificación, deben ser resueltas por el juez laboral contencioso administrativo, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la sentencia de primera instancia. Las razones precedentes le sirvieron de sustento al Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Conjuces para establecer que, dada la improcedencia del medio de control de reparación de los daños causados a un grupo, procedía la revocatoria del fallo apelado que había accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda, para en su lugar, negarlas. De acuerdo con el anterior derrotero, se advierte en el caso bajo estudio que, como lo evidenció el a quo, la autoridad judicial accionada, para efectos de establecer la procedencia del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, debió examinar el contenido del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, que señala la posibilidad procesal de acudir a este medio procesal para solicitar la nulidad de un acto administrativo particular que afecte a no menos de 20 personas individualmente determinadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien tuvo como fundamento de su decisión una sentencia de unificación, esto es, la del 13 de julio de 2021, proferida dentro del mecanismo de revisión eventual de la acción de grupo 05001-33-31-009-2006- 00210-01, no resultaba aplicable al asunto puesto bajo su consideración, pues, ciertamente fijó fundamentos de la improcedencia de esta vía procesal cuando las pretensiones están dirigidas a la indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y

pago tardío de reajustes salariales de empleados púb[li]cos, pero dentro del marco del Decreto 01 de 1984 y la Ley 472 de 1998. En efecto, el medio de control de grupo fue interpuesto por los accionantes en vigor de la Ley 1437 de 2011, comoquiera que esta entró a regir el 2 de julio de 2012, y la respectiva demanda fue interpuesta el 1 de septiembre de 2016, por tanto, la regla jurisprudencial fijada en la precitada sentencia de unificación, en la medida en que se dirigió a zanjar el debate jurídico surgido en torno al ejercicio de esta clase de acciones en vigencia del Decreto 01 de 1984, no podía ser aplicada para resolver la controversia propuesta por los accionantes. Sobre el particular, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, en la Sentencia C-407 de 2021, 23 precisó que a través de esta norma se permitió entablar el medio de control de perjuicios causados a un grupo, contra actos administrativos, cuando se requiere la declaratoria de nulidad, para declarar la responsabilidad, aspecto que no estaba previsto en la Ley 472 de 1998, que se refería a la acción de grupo exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios, de manera que la declaratoria de nulidad del acto administrativo estaba sometida a un proceso previo y separado, que era el de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, la sentencia de constitucionalidad en mención advierte, que la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo no impide que a través de ese medio se pretenda la declaratoria de nulidad de actos administrativos con ocasión del daño antijurídico para determinar la responsabilidad, pues, precisamente, facilita el acceso a la reparación. Ahora bien, es sabido que la autonomía propia de la actividad judicial, permite al operador jurídico apartarse de precedentes jurisprudenciales, siempre que justifique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales, según su criterio, los parámetros fija-

dos en dichas decisiones no resultan aplicables para resolver la controversia jurídica sometida a su consideración; sin embargo en el presente caso, no se advierte que la autoridad judicial accionada, haya manifestado los motivos por los cuales, la tesis utilizada para definir la procedencia del medio de control de grupo, debía preferirse a la surgida con ocasión de la entrada en vigor del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden de ideas, lo que se avizora es que la

sentencia cuestionada, en primer lugar, no tuvo en cuenta el examen del inciso segundo del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, norma vigente para el momento de instauración de la demanda; en segundo lugar, fundamentó la decisión en un precedente jurisprudencial cuya regla de unificación no era aplicable a la situación jurídica puesta a su consideración y, en tercer lugar, omitió examinar el precedente jurisprudencial fijado en la sentencia C-407 de 2021”.

El término de caducidad de la acción de reparación directa no corrió mientras estuvo en vigor la zona de distensión o despeje, en el marco del proceso de paz con las FARC.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-01335-02 [AC]

FECHA: 2/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTES: Constanza Judith Alfonsina Turbay Cote

DEMANDADO: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, igualdad, dignidad y debido proceso de la accionante, al proferir la providencia del 30 de julio de 2021, dentro del proceso de reparación directa 18001-23-31-000-2004-00102-01, promovido contra la Nación – Presidencia de la República y Ministerio de Defensa, por medio de la cual declaró la caducidad de la acción de reparación directa, en aplicación de las reglas consignadas en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, desconociendo que los hechos en controversia obedecen a daños originados en el marco del conflicto armado interno durante la vigencia de la zona de despeje o distensión?

Tesis: “Es claro que para la fecha en que se emitió la providencia en mención ya existía un criterio definido en torno a la caducidad del medio de control de reparación directa, en casos relacionados con delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, precedente que se encuentra previsto en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, proferida

por la Sección Tercera del Consejo de Estado. No obstante en el presente caso, resulta necesario dar alcance a la tercera regla de unificación, fijada conforme a la cual «iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley», y respecto de la cual esta Sala echa de menos -sin perjuicio de aceptar que la misma fue advertida por la Sección Cuarta en la providencia impugnada, la que también hizo mención a la zona de despeje-, que no se valoró el contexto en que se desarrolló el juicio de responsabilidad patrimonial, mediado por la decisión de adelantar un proceso de paz con entrega del territorio a un grupo insurgente, que constituyó una zona de distensión, y cuyo despeje implicó un acusado debilitamiento institucional, en cuyo marco se generaron numerosos daños antijurídicos a la población civil. (...) [N]o es de recibo concluir -como lo hace la providencia objeto de litis-, que la petición dirigida el 21 de junio de 2021 por la señora [C.T.C.] al presidente de la República de la época, informándole los abusos y delitos cometidos por las FARC en la zona de despeje, permita deducir que desde tal fecha aquella tuvo conocimiento del daño ale-

gado y, con fundamento en ello, concluir que presentó la demanda de reparación directa por fuera de los dos años previstos en el artículo 136 numeral 8.º del CCA. (...) [E]l fallo cuestionado reconoce que el gobierno al responder la solicitud mencionada el 10 de julio de 2001 «no manifestó nada en concreto en cuanto a las acciones que se adelantarían para recuperar el predio, pues simplemente se limitó a señalar que había dado órdenes de remitir la petición al Ministerio de Defensa “para su conocimiento y fines pertinentes”», conclusión que se ratifica al constatar que no se acreditó actuación efectiva al efecto por parte del gobierno nacional, tendiente a corroborar esa información o a disponer medidas de cualquier naturaleza destinadas a la protección o restablecimiento de los derechos de la señora [T.C.]. (...) No cabe duda que la señora [C.T.C.] fue víctima de múltiples agresiones y de violaciones sistemáticas a sus derechos, como el secuestro por las FARC de su hermano mayor [R.T.] en el año 1995, quien murió en cautiverio en 1997; el asesinato -en la modalidad de masacre- por acción de la Columna Móvil Teófilo Forero de ese grupo insurgente, de su hermano [D.T.C.] (presidente de la Comisión de Paz cuando ocurrieron los hechos), de su madre [I.C.T.] y de cinco personas más, en el año 2000. Valga destacar que recientemente, el 24 de julio de 2020, la Sala de reconocimiento de la Justicia Especial para la Paz - JEP, aceptó el sometimiento de [L.F.A.R.], exrepresentante a la Cámara por el departamento de Caquetá «[el] procesado en la justicia ordinaria por sus presuntos vínculos con las FARC-EP y por su presunta participación en el asesinato, a manos de la Columna Móvil Teófilo Forero, del excongresista [D.T.C.] [y de] su madre, [I.C.T.]». Pero, además, la accionante fue desplazada y despojada de todos sus bienes - inmuebles y semovientes- por la arbitraria ocupación de hecho que de ellos hizo las FARC, privándola de manera permanente del

control y su usufructo, todo lo cual permite patentizar, no solo la sistemática violación de los derechos humanos y económicos de la accionante, sino la ausencia de la institucionalidad con ocasión del establecimiento de la zona de despeje. (...) Por consiguiente, se trata de morigerar la interpretación rígida de la norma, para dar paso a los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (arts. 2º, 29, 228 y 229 CP, 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷), en los términos de la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C086 de 2016: (...) Concluye la Sala que cuando se trata de establecer la caducidad de la acción de reparación directa tomando como referencia el acaecimiento del daño atribuible al Estado, hay circunstancias que permiten flexibilizar el alcance de la norma. En efecto, hay eventos en que dicho fenómeno tiene una aplicación exegética y literal, pero hay otros en los que la situación varía como acontece en el caso objeto de litis, en el que si bien se tiene un referente en cuanto a la fecha en que se produjo la omisión, es lo cierto que solo el transcurso del tiempo y otras circunstancias particulares, probadas en este caso, imponen inaplicarlo, dada la presencia de un daño continuado, que por la misma razón se mantuvo en el tiempo con ocasión del establecimiento de la zona de distensión y su prórroga, de lo cual dan prueba fehaciente los siguientes hechos: i) el bien se perdió con la declaratoria de la zona de distensión -inició el 14 octubre de 1998 y se terminó el 20 de febrero de 2002, ii) el gobierno nacional a pesar de tener conocimiento de tal situación a través del derecho de petición elevado por la accionante el 22 de junio de 2001 y dar traslado de él al Ministerio de Defensa, no adelantó acciones positivas con el fin de protegerlo, iii) la señora [T.C.] el 17 de junio de 2001 inició acciones tendientes a mitigar el daño y por consiguiente a recuperar

el bien, en tanto otorgó poder a un abogado para que adelantara, ante la Alcaldía de San Vicente del Caguán una querrela policiva de lanzamiento por ocupación de hecho de la hacienda La Estrella, iv) los homicidios en la zona de despeje de su hermano y de su madre, perpetrado por las FARC el 29 de diciembre de 2000, también vislumbran la violencia reiterada afrontada en esa época, la falta de autoridad y, por ende demuestran con certeza la magnitud y consecuencia del hecho y, por ende, los perjuicios por los que la señora [T.C.] reclama la indemnización”.

Se niega la acción de tutela ejercida para cuestionar la decisión que negó la demanda que pretendía la declaratoria de nulidad de la reglamentación del fracking.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-05785-01 [AC]

FECHA: 11/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTES: Esteban Antonio Lagos González

DEMANDADO: Consejo de Estado, Sección Tercera

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de relevancia constitucional, habida cuenta que el accionante alegó la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, a la igualdad y se cuestiona la presunta configuración de los defectos fáctico, desconocimiento del precedente judicial, decisión sin motivación y violación directa de la Constitución Política?

Tesis 1: “[L]a Sala encuentra, contrario a lo definido en primera instancia de esta acción constitucional, superado el requisito de relevancia constitucional, en la medida en que la discusión planteada por el accionante se centra en establecer si en la decisión judicial controvertida se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad reclamados en protección y se incurrió en los defectos invocados, aspecto que resulta suficiente, en criterio de esta Subsección, para conocer el fondo del asunto. Así las cosas, y bajo el entendido que los demás requisitos generales de procedencia se encontraron superados por la Sección Primera del Consejo de Estado, no son objeto de discusión en esta instancia y no se evidencia su incumplimiento, se procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto, previa aclaración de

que el examen que aquí se realizará se limitará a las causales alegadas y no a un nuevo estudio del caso, pues a ello se circunscribe la competencia del juez de tutela cuando se controvierten decisiones judiciales”.

Problema jurídico 2: ¿La Sección Tercera del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de única instancia del 4 de agosto de 2022, dentro del medio de control de nulidad dirigido a cuestionar la legalidad del Decreto 3004 de 2013 y la Resolución n.º 90341 de 2014, emitidas por el Gobierno nacional, incurrió en los defectos fáctico, desconocimiento del precedente judicial, decisión sin motivación y violación directa de la Constitución Política?

Tesis 2: “[L]a Sección Tercera del Consejo de Estado analizó minuciosa y ampliamente el desarrollo jurisprudencial y normativo, tanto nacional como internacional, acerca del principio de precaución, de sus elementos y sus características. Estudio que le permitió concluir que no resultaba adecuada una concepción única del mencionado principio para oponerse a cualquier acción que conlleve un riesgo de daño significativo o prohibir una actividad, en la medida que ello podría generar un obstáculo para el desarrollo y progreso sostenible, sino

un examen ponderado entre los riesgos y los beneficios. (...) [A]quella precisó que el principio de precaución exigía de la administración, de un lado, tener en cuenta la investigación y el conocimiento científico en la formulación de las políticas ambientales y, de otro, adoptar las medidas necesarias en caso de que se observe un riesgo grave para el medio ambiente o la salud derivado de alguna actividad; sin embargo, denotó que en el asunto bajo estudio el accionante no probó la existencia de un error inequívoco o un desacierto técnico en los actos demandados. (...) [L]a carga de la prueba impuesta al demandante consistió en que aquel debía demostrar la ilegalidad de los actos demandados (...); ahora, si bien el accionante considera que debió invertirse la carga, en atención al principio de precaución, lo cierto es que no se puede confundir el deber que recae en quien pretende que se apliquen los supuestos de una norma en un proceso judicial con el concepto del mencionado principio. (...) [E]sta Sala no observa una desatención por parte de la accionada de aplicar los pronunciamientos referidos por el accionante, dado que, primero, el estudio efectuado por la Sección Tercera no contradujo el principio de precaución ni su evolución, sino que encontró demostrado que en el caso no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados, y, segundo, aquellos fueron proferidos en medios de control distintos al de nulidad, cuyo objeto es determinar que los actos administrativos de carácter general no hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de defensa, mediante una falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió, en los términos del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. (...) [T]ampoco se advierte una aplicación indebida de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues aquellos fueron relacionados para funda-

mentar la determinación adoptada en cuanto al principio de precaución. En tercer lugar, el accionante indicó que la autoridad judicial accionada no valoró adecuadamente el dictamen pericial y la divergencia de criterios de los testigos técnicos, los cuales daban cuenta de los riesgos propios del fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales. (...) [L]a Sección Tercera del Consejo de Estado indicó cuál era el contenido de las normas demandadas y concluyó que en ellas no se autorizó el fracturamiento hidráulico en yacimientos no convencionales, actividad con la cual está en desacuerdo el demandante, sino que se condiciona técnicamente su desarrollo, con el objetivo de actualizar la reglamentación existente, luego no estaban legitimando una actividad prohibida en el ordenamiento jurídico. (...) [E]l debate del proceso no versó, como lo observó la autoridad accionada, en la actividad del fracking, sino en la legalidad de los actos cuestionados. (...) [T]ambién se evidencia que la autoridad judicial accionada estudió los testimonios y los informes rendidos, en atención al dictamen pericial decretado, y examinó la objeción por error grave formulada por la parte demandada y sus coadyuvantes, la cual desestimó, al considerar que no se presentó una observación equivocada del objeto de esa prueba. Así, estimó que, si bien los peritos coincidieron en que la regulación no era suficiente para controlar la totalidad de los riesgos asociados, lo cierto es que con el principio de precaución no se pretende la búsqueda del “riesgo cero”, pues ello es imposible de lograr y, adicionalmente, aquellos afirmaron que la regulación sí dispone cómo mitigar y controlar los riesgos. Conclusión que no se aprecia caprichosa o arbitraria. (...) [L]a labor del juez de tutela debe limitarse a verificar si se presentó un defecto que torne en irrazonable la decisión adoptada y que, por contera, vulnere derechos fundamentales, lo cual no resulta manifiesto en este asunto. (...) [E]l señor [E.A.L.G.] alegó que

existió una decisión sin motivación, lo cual fundamentó nuevamente en el desconocimiento del precedente judicial, el cual, como se explicó, no ocurrió; además, como se ha expuesto a lo largo de este proveído las decisiones adoptadas fueron debidamente justificadas. (...) [E]l accionante aduce una violación directa de la Constitución Política, porque la Sección Tercera del

Consejo de Estado sobrepuso la doctrina a la normativa internacional, con lo cual incurrió en una indebida jerarquización de las fuentes sobre el principio de precaución; sin embargo, no se evidencia la supuesta prevalencia, pues, se itera, la autoridad judicial analizó las normas de forma integral y en conjunto”.

Conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para adelantar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos laborales.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-0 5686-01 [AC]

FECHA: 16/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Salvador Claros Rivera

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, amparar los derechos fundamentales por el rechazo de la demanda ante la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial para adelantar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos laborales?

Tesis: “El señor [S.C.R.] solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, dignidad humana, salud, trabajo, familia, igualdad y acceso a la administración de justicia y, junto con ellos, el principio de supremacía constitucional, los cuales consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al confirmar el rechazo de la demanda, puesto que desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la protección a las personas con discapacidad y el tratamiento especial que debe dárseles a ellas, pues, en su caso, padece una incapacidad laboral del 60 % en su ojo derecho. Puntualmente, citó como inobservadas las sentencias T-341 de 2009, SU-446 de 2011, C-043 de 2017, C-329 de 2019 y C048 de 2020 (...) se tiene que, contrario a lo manifestado por la parte accionante, el Tribunal Administrativo del

Valle del Cauca no desconoció los postulados constitucionales sobre la protección especial de las personas en condición de discapacidad, sino que determinó que la situación alegada por el peticionario no era suficiente para obviar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial previsto en el ordinal 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que, primer lugar, esa condición no se encontraba regulada como una situación no susceptible de conciliación y, en segundo lugar, la circunstancia de vulnerabilidad alegada era uno de los argumentos que presentó el demandante para discutir la legalidad del acto administrativo enjuiciado. En efecto, al revisar en el expediente la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa claramente que uno de los fundamentos que empleó el demandante, para demostrar que el acto administrativo no se encontraba ajustado a derecho, es que fue retirado automáticamente del servicio, sin tenerse en cuenta su condición de discapacidad. En esa medida, se concluye que la decisión adoptada por el Tribunal accionado de no poder estudiar en esa etapa procesal la condición invocada, con el fin de no exigir el agotamiento previo del requisito de procedibilidad mencionado, no es

arbitraria ni irracional, pues, de analizar dicha situación, tendría que emitir un pronunciamiento anticipado sobre uno de los aspectos que pertenecen al fondo del asunto Sin embargo, el juez constitucional no puede pasar por alto, a pesar de que el accionante no lo puso de presente en su escrito inicial ni en el de impugnación, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021, es decir, el 25 de enero de 2021, ya no es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial para adelantar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos laborales, ni pensionales. Al respecto, se repara en que el artículo 34 de la referida disposición modificó el artículo 161 del CPACA, en lo relacionado al requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, al considerarlo como facultativo en temas de contenido laboral. (...) En ese orden ideas, para la Subsección es claro que la intención del legislador, al imprimirle el carácter facultativo al agotamiento del requisito de procedibilidad mencionado en materia laboral, es que la parte demandante es quien definirá si agota o no ese mecanismo de solución de conflictos, antes de acudir a la administración de justicia; por tanto, su agotamiento no es obligatorio para adelantar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos de contenido laboral. Sobre el particular, se advierte que esta Subsección, en auto del 19 de enero de 2023, radi-

cado 25000 23 42 000 2017 00016 01, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un asunto similar, donde determinó que no debía exigírsele a la parte allí demandante el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, por cuanto el cambio introducido en la norma multicitada dispuso que era potestativo el agotamiento de ese requisito cuando se tratara de asuntos laborales. En esos términos, frente al caso en concreto, se aclara que si bien es cierto que para el momento en que se inadmitió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el hoy accionante, esto es, el 14 de enero de 2021, no se encontraba vigente la Ley 2080 de 2021, también lo es que para la fecha en que se rechazó la demanda por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Buga (28 de octubre de 2021) y se resolvió el recurso de apelación por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (7 de junio de 2022) la referida norma ya estaba vigente, por lo que, en atención a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 86 de dicha Ley y debido a que el proceso cuya providencia hoy se discute fue iniciado en vigencia de la Ley 1437 de 2011, era imperativo su análisis al momento de proferir la decisión censurada. Así las cosas, con el fin de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia y el principio de supremacía del derecho sustancial sobre el formal, esta Subsección accederá al amparo solicitado”.

Defecto sustantivo por exigir formalidades innecesarias frente a una oferta en una diligencia de remate judicial.

RADICADO: 15001-23-33-000-2022-00656-01 (AC)

FECHA: 13/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTES: Luis Darío Cano Fonseca

DEMANDADO: Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Vulneró la Juez Segunda (2ª) Administrativa de Tunja los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del actor al proferir el auto del 27 de octubre de 2022, en el marco del trámite ejecutivo 15000-23-31-000-2006-01351-00, por el cual desestimó la oferta que presentó dentro de la audiencia de remate del inmueble con matrícula inmobiliaria 70-103775 por no haber suscrito la propuesta, allegarla en PDF y remitirla desde el correo electrónico reportado por el tutelante, al incurrir en defecto sustantivo, comoquiera que desconoce el artículo 2.º de la Ley 2213 de 2022, que prevé que las autoridades judiciales deben abstenerse de exigir formalidades innecesarias en la utilización de los medios tecnológicos durante el desarrollo de diligencias judiciales, como la de “suscribir las actuaciones”?

Tesis 1: “[S]e advierte que, en efecto, existe una contradicción frente a la posición en la que fue encontrado el cadáver, pues, según el Acta de Inspección Técnica a Cadáver núm. 039, su posición era de cúbito dorsal, mientras que en la declaración rendida por el subteniente [K.R.U.C.] era abdominal. Sin embargo, al analizar la providencia objeto de reproche no

se observa que la autoridad haya analizado esta situación, la cual podría incidir en la decisión adoptada, comoquiera que uno de los presupuestos para no encontrar acreditada la falla del servicio es que no se demostró una manipulación de la escena o del cuerpo. (...) [L]a Subsección considera que se encuentra estructurado el defecto fáctico alegado, por la valoración indebida de los elementos probatorios mencionados. (...) [C]omo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, no valoró en su conjunto el Acta de Inspección Técnica a Cadáver núm. 039 y la declaración rendida por el subteniente [K.R.U.C.], las cuales podrían tener incidencia en la decisión proferida el 30 de marzo de 2022, comoquiera que se evidencia una contradicción sobre la posición en la que se encontraba el cuerpo del señor [H.A.A.C.], es necesario que vuelva a valorar estos elementos, por lo que debe dejarse sin efectos la decisión aquí cuestionada”.

Problema jurídico 2: ¿Vulneró el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los señores [Y. A.V.], [J.N.G.O.], [D.C.V.A.], [L.A.G.A.] y [R.V.A.], al proferir la sentencia del 30 de marzo de 2022, a través de la que se

negaron las pretensiones de la demanda, al incurrir en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, específicamente, las reglas fijadas en casos de graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con las sentencias 1993-01886-01 (18850), 1999-00217-01 y 1999-01063-01 (32988) del Consejo de Estado y SU-035 de 2018 y SU-061 de 2021 de la Corte Constitucional?

Tesis 2: “[L]a Sección Tercera de esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la importancia de flexibilizar el valor del acervo probatorio en casos en que se alegue la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos. En cuanto a ello, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la mencionada Sección sostuvo que cuando ocurren situaciones como las descritas, se rompe el principio de igualdad entre las partes, pues las víctimas quedan en una posición de desventaja frente al Estado en relación con la carga de la prueba, de ahí que el juez “debe acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia,

a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas”. Igualmente, en el referido pronunciamiento, dicha Sección recordó que en los casos de graves violaciones de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana ha indicado que el Estado tiene una mayor carga probatoria por haber permitido u ocasionado esos hechos. Así las cosas, (...) al exigir un estricto cumplimiento de la carga de la prueba para demostrar la falla en el servicio y no aplicar la flexibilización de los estándares probatorios, la cual implicaba que valorara todo el acervo probatorio, de forma individual y en conjunto, esta Sala considera que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, obvió la jurisprudencia antes evocada. Por tanto, en el caso en concreto no solo se encuentra estructurada la causal de defecto fáctico, sino también la de desconocimiento del precedente judicial. (...) [L]a Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los accionantes (...).”

Defecto procedimental por exceder el alcance del recurso de apelación interpuesto, al concluir que el medio de control procedente para impugnar los actos de registro es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-00222-01 (AC)

FECHA: 12/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Alba Gloria Palomo Espinoza y otros

DEMANDADO: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la expedición de la providencia del 23 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la decisión adoptada el 26 de febrero de 2020 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante?

Tesis: “[S]i bien, la parte accionante alega que en la providencia cuestionada se incurrió en defecto fáctico y desconocimiento del precedente, esta Sala de Subsección centrará su estudio en la configuración de un posible defecto procedimental. (...) [E]ncuentra esta Sala de Subsección que el recurso de apelación se centró en debatir la fecha a partir de la cual debía contabilizarse el término de caducidad para la radicación de la demanda de reparación directa, no obstante, la autoridad judicial accionada fundamentó su estudio en el medio de control sobre el cual debía estudiarse el caso concreto, situación que no fue objeto de reproche por parte de la entidad de-

mandada. De lo anterior, emerge con claridad para la Sala, que la Sección Tercera excedió el marco de sus competencias, las cuales, como quedó visto, se delimitan en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, máxime cuando se trata de apelante único, lo que se traduce en un defecto procedimental. Sumado a ello, cambiar en la resolución del recurso de apelación el medio de control sobre el cual se venía desarrollando el análisis del caso, sin que esta situación hubiese sido objeto de reproche, desconoce del derecho a la doble instancia de la parte demandante. En ese orden de ideas, es necesario resaltar que es el Tribunal, al realizar el saneamiento del proceso, es el que debe determinar cuál es el medio de control aplicable al caso objeto de estudio, decisión que puede ser objeto de recurso por las partes. Por lo anterior, se confirmará el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la propiedad privada y al acceso a la administración de justicia de la parte accionante, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Desconocimiento del precedente jurisprudencial

219

La providencia judicial vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad al desconocer el criterio jurisprudencial establecido por el consejo de estado respecto del tiempo a tener en cuenta para liquidar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

RADICADO: 11001-03-15-000-2017-03460-00(AC)

FECHA: 19/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Arauca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Desconoció el Tribunal administrativo de Arauca el precedente fijado por el Consejo de Estado referente al término que se debe tener en cuenta para liquidar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante?

Tesis 1: “[L]a Sala observa que el Tribunal Administrativo de Arauca en la sentencia cuestionada de 8 de mayo de 2017 dispuso el reconocimiento de unos perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del señor [A.V.G.] y su familia, por la suma de \$27.080.679.623, tomando como fundamento el dictamen pericial allegado al proceso de reparación directa, que a su juicio realizaba un análisis integral de la actividad económica ganadera que desarrollaba la propiedad de los demandantes (...) Para la Sala, aunque un dictamen pericial puede constituir prueba válida para determinar el monto a reconocer en un proceso de responsabilidad patrimonial, lo cierto, es que el Tribunal accionado no podía desconocer el cri-

terio jurisprudencial establecido por esta Corporación sobre el tiempo a tener en cuenta para el reconocimiento de perjuicios materiales por la modalidad de lucro cesante, toda vez que el mismo obedece a parámetros de razonabilidad y sostenibilidad fiscal. En este sentido, el Tribunal Administrativo de Arauca tenía el deber de analizar tanto el material probatorio allegado al expediente del proceso ordinario, como la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado, para concluir que el término máximo que se debía tener en cuenta para reconocer la indemnización por lucro cesante a favor de los demandantes del proceso de reparación directa, era de 6 meses, teniendo en cuenta que a juicio de esta Corporación, se trata de un plazo razonable para que las víctimas pudieran recomponer la actividad económica que desarrollaban con los bienes afectados”.

Problema jurídico 2: ¿Se vulneró el derecho de defensa y contradicción de la parte accionante

al omitir la autoridad judicial el traslado del dictamen pericial?

Tesis 2: “[S]e observa que, el 22 de agosto de 2012 se presentó ante el Juzgado Primero Administrativo de Arauca el dictamen pericial, sin embargo, no se evidencia que la referida autoridad judicial haya proferido auto corriendo traslado del dictamen a las partes, desconociendo la carga procesal que le imponía el artículo 238 del C.P.C. de dar a conocer el resultado de la prueba pericial, para que los sujetos procesales afectados pudieran pronunciarse sobre el mismo (...) si bien, el Juzgado Primero Administrativo de Arauca desconoció el procedimiento (...) también es cierto que el Tribunal Administrativo de Arauca como juez de segunda instancia y director del proceso, no advirtió ese hecho, ni tomó las medidas necesarias para subsanar esa situación. Conforme con lo anterior, para la Sala no es de recibo que el Tribunal Administrativo de Arauca, en la providencia de 8 de mayo de 2017 haya afirmado que el dictamen pericial constituía plena prueba para probar los daños causados a los demandantes, pues la misma no tuvo la debida contradicción dentro del proceso (...) Bajo estas consideraciones, la Sala considera que el Tribunal Administrativo de Arauca, vulneró los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de la Entidad tutelante”.

Problema jurídico 3: ¿Se configura en el presente caso causal de nulidad procesal al proferirse fallo sin competencia en el medio de control de reparación directa?

Tesis 3: “[R]esulta evidente que el Juzgado Primero Administrativo de Arauca con el escrito de reforma de la demanda perdió la competencia para resolver el litigio y en consecuencia, tenía el deber de remitir el asunto al Tribunal Administrativo de Arauca, para que decidiera en primera instancia el proceso, sin perjuicio que lo actuado hasta entonces conservará su validez. No obstante, se observa que el Juzgado Primero Administrativo de Arauca a pesar de la modificación de la cuantía realizada por la parte demandante, dio trámite al proceso y profirió sentencia de primera instancia, el 6 de marzo de 2015, la cual fue apelada y conocida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Arauca, quien continuó con la actuación judicial y profirió providencia definitiva, el 8 de mayo de 2017, sin advertir esa irregularidad, ni tomar las medidas pertinentes para remediar esa situación, desconociendo que actuaba como superior funcional y director del proceso. Bajo estas consideraciones se advierte que la sentencia de 8 de mayo de 2017, proferida, por el Tribunal Administrativo de Arauca, se encuentra viciada de nulidad, por cuanto fue emitida por autoridad sin competencia, pues no tuvo en cuenta aspectos fundamentales de orden procesal como el factor funcional y la cuantía, para concluir que la competencia del litigio en primera instancia correspondía, al Tribunal Administrativo de Arauca y en segunda instancia, al Consejo de Estado, lo cual ocasionó que se configurara una vulneración del derecho al debido proceso de la Entidad tutelante”.

Configuración de los defectos por violación directa de la Constitución Política y por desconocimiento del precedente judicial, en relación con la falta de pronunciamiento sobre la indexación de la primera mesada pensional de un sujeto de especial protección constitucional.

221

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-00580-01[AC]

FECHA: 06/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Álvaro Trujillo Beltrán

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Incurrió la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente y en violación directa de la Constitución al no pronunciarse sobre la indexación de la primera mesada pensional de un sujeto de especial protección constitucional?

Tesis: “El señor [A.T.B.] interpuso acción de tutela por violación directa a la constitución y desconocimiento del precedente dado que la indexación de su primera mesada pensional, no se dio en el fallo que culminó con su proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, a pesar de que dicho proceso sí ordenó reliquidar la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales. El fallo de primera instancia en sede de tutela consideró que la acción de tutela se tornaba improcedente dado que el accionante no utilizó el recurso de adición para que se buscara, en sede ordinaria, la corrección del fallo. Frente a este punto del elemento de subsidiariedad, esta Sala considera que este argumento no es de recibo. Lo anterior, dada la edad del accionante, que lo convierte en un sujeto de

especial protección constitucional y la implicación de que, vencido el termino para interponer el recurso de adición y la improcedencia de la tutela, le quedaría al actor la posibilidad de presentar una nueva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que generaría una carga desproporcionada para el administrado. (...) la indexación de la mesada pensional, tal y como se expuso, hace parte integral de los preceptos contenidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución y que, de igual forma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido su importancia trascendental en la vida de los pensionados, dadas las implicaciones económicas que tiene dicha indexación en el poder adquisitivo que puede terminar por afectar de manera secundaria derechos como el mínimo vital. En las piezas procesales que obran en el expediente, específicamente en el fallo del Tribunal se observa que, efectivamente como menciona el accionante, no se realiza mención respecto a la indexación de la primera mesada pensional. Si bien se observó que la discusión de la indexación de la primera mesada pensional no se incluyó en un inicio en la fijación del litigio, la misma sí fue

objeto de discusión en la apelación. Dada la importancia de este derecho fundamental, deberá el Tribunal de Cundinamarca pronunciarse al respecto. Lo anterior, conviene advertir, so pena de que la accionante pueda ejercer una nueva acción de tutela para buscar dicho reconocimiento iusfundamental. Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia mediante la cual la Sección Primera de esta Corporación negó la solicitud de tutela y amparará los derechos fundamentales invocados”

Imposibilidad de aplicar el mecanismo de extensión de jurisprudencia al no existir posición unificada del Consejo de Estado en materia del IBL aplicable al régimen de transición.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-00973-01[AC]

FECHA: 18/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: José Héctor Salgado Vásquez

DEMANDADOS: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si la Subsección B del Consejo de Estado incurrió en un desconocimiento del precedente jurisprudencial y afectó los derechos y principios invocados por el accionante con la decisión del 19 de julio de 2018, adoptada dentro del proceso de extensión de jurisprudencia con radicado 11001-03-25-000-2015-00611-00.

Tesis: “[P]ara la época [en que se solicitó la aplicación de extensión de jurisprudencia] no existía un nuevo pronunciamiento de unificación frente al tema por parte del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, por lo que no se consideró apropiado imponer a las autoridades administrativas, en virtud de su

autonomía, el acatamiento de la decisión cuya extensión se requiere, por cuanto gozan de la libertad de adoptar los lineamientos de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado. (...) Pues bien, vistos los argumentos propuestos por la parte accionada en la providencia objeto de cuestionamiento, la Sala no considera que la decisión revista arbitrariedad o que las conclusiones y decisiones allí adoptadas se deriven de una interpretación ilógica o alejada de los parámetros mínimos de la sana crítica, por cuanto es cierto que para la fecha no existía una posición unificada del Consejo de Estado en materia de IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición”.

Deber de aplicación del principio pro infans para el cómputo del medio de control de reparación directa en casos de ejecución extrajudicial y delitos de lesa humanidad

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-04842-01[AC]

FECHA: 30/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Robinson Alejandro Gómez Giraldo

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Antioquia

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Antioquia, al expedir la providencia de 27 de junio de 2019, que revocó el auto proferido en primera instancia por el Juzgado 29 Administrativo de Medellín, para en su lugar rechazar la demanda [de reparación directa] por caducidad, incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial [por no realizar una interpretación con enfoque constitucional, toda vez que el ejecutado extrajudicialmente fue un menor de edad]?

Tesis: “Según el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y/o convenios internacionales que han sido ratificados por el legislativo, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...) [L]os derechos y deberes que se encuentran consagrados en la Carta Magna serán interpretados del mismo modo conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Colombia. (...) [E]l bloque de constitucionalidad al tener jerarquía constitucional, lo hace una verdadera fuente de derecho. Esto se traduce en que las providencias y sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones, es decir que son

de obligatorio y forzoso cumplimiento. (...) [E]l constituyente especificó que solamente pueden ser incluidos los tratados que versen sobre derechos humanos o sobre la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, tal como está dispuesto en el artículo 93 de Constitución política. En materia de derechos humanos, las obligaciones de respetar y garantizar sin discriminación los derechos de las personas bajo su jurisdicción, se encuentran consagradas, especialmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1). Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-352 de 2016, reiteró la plena vigencia y carácter vinculante de normas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) también hace parte del bloque de constitucionalidad y consagra con claridad las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos. (...)”. De acuerdo con lo señalado en la acción de tutela y en la providencia objeto de reproche, se afirma que

los accionantes tuvieron conocimiento de los hechos el 18 de septiembre de 2012, día en que fueron entregados los restos mortales de la víctima [M.J.G.] (Q.E.P.D), razón por la cual el término de caducidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo empezó a correr desde el 19 de septiembre de 2012 y feneció el 19 de septiembre de 2014. (...) [L]o resuelto en el auto de 27 de junio de 2019, va en contravía de las disposiciones establecidas en la Constitución, el Derecho Internacional Humanitario, y las interpretaciones jurisprudenciales realizadas por el Consejo de Estado. (...) [E]ncuentra esa Sala de Subsección que el Tribunal también incurrió en un defecto sustantivo, en la medida que se sustrajo de su deber de realizar una interpretación sobre el término de caducidad del medio de control con un enfoque constitucional y a la luz de los diversos instrumentos internacionales en la materia, situación que, además lo llevó a desconocer las especiales circunstancias del caso objeto de estudio, ya que por tratarse de una presunta ejecución extrajudicial efectuada en una menor de edad, tanto a ella como a su familia los deben cobijar las garantías constitucionales como el deber de protección reforzada por la protección del interés superior del menor, específicamente el principio pro infans. (...) [E]n fallos como el de 12 de febrero de 2015, el CP. Alberto Yepes Barreiro (E), al resolver una acción de tutela contra providencia judicial en segunda instancia, en la que se atacaba un providencia que rechazó la demanda de reparación directa por caducidad de la acción, hizo referencia a la teoría del daño descubierto, la cual establece que, excepcionalmente la caducidad del medio de control no debe contar desde el acaecimiento del hecho o acto, sino cuando las víctimas conocieron del mismo. (...) [L]a Sección Quinta de esta Corporación, en fallo de 12 de marzo de 2015, CP. [L.J.B.B.], en sentencia de tutela de segunda instancia reiteró lo

desarrollado en la sentencia de 12 de febrero de 2015 y afirmó que la ley no contempla un término específico de caducidad para los eventos en que se alegue una ejecución extrajudicial, como sí ocurre para la desaparición forzada. La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado al proferir fallo en una acción de reparación directa del 7 de septiembre de 2015, MP. Jaime Orlando Santofimio, discrepó de las posturas señaladas anteriormente en el sentido de establecer que la caducidad de la acción se contabiliza a partir del día siguiente a la ejecutoria del fallo penal que determina la existencia del delito de homicidio y concluyó que ese tipo de delitos como las ejecuciones extrajudiciales no cuentan con término de caducidad, al considerar que dichas conductas se enmarcan dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad y con base en el Derecho Internacional Humanitario esta clase de delitos trascienden el interés individual de la víctima para convertirse en interés propio de la humanidad. (...) [P]ara la Corporación el término de caducidad de la acción de reparación directa por ejecución extrajudicial no puede contarse con sujeción única al CPACA y los términos que esta normativa propone. Hacerlo así, supondría, un trato discriminatorio, un desconocimiento del contexto de conflicto en el que se desarrollaron los hechos y una interpretación limitada y en desconocimiento de la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos y DIH. (...) Como precedente vertical, señalaron que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado observando el estándar internacional, ha inaplicado los términos de caducidad en casos de crímenes atroces para garantizar a las víctimas el acceso a la administración de justicia y una reparación adecuada y finalmente hicieron referencia a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Órdenes Guerra y otros vs Chile de 29 de noviembre de 2018, la cual sostuvo que ante los hechos califi-

cados como crímenes contra la humanidad, las acciones de responsabilidad civil que garantizan la responsabilidad de las víctimas, no sean objeto de prescripción. (...) [P]ara la época en que transcurrieron los hechos, la posición dominante del Consejo de Estado, consistió en establecer que en los casos de delitos cometidos por la fuerza pública contra civiles, específicamente los casos de homicidios en persona protegida o ejecuciones extrajudiciales, al tratarse de conductas que se enmarcan dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad, en el estudio de la caducidad no puede otorgarse el mismo tratamiento de otras conductas que se configuran por fuera del conflicto armado. (...) [E]xistió por parte del Tribunal Adminis-

trativo de Antioquía un desconocimiento del precedente jurisprudencial vigente para la época en que fue recuperado el cuerpo de la menor por parte de su familia, pues no tuvo en cuenta que los hechos relevantes del caso objeto de estudio, son semejantes a los supuestos de hecho que se analizaron en las providencias señaladas del Consejo de Estado y sus consecuencias jurídicas sobre el estudio de la caducidad cuando se trata de demandas de responsabilidad por presuntas ejecuciones extrajudiciales realizadas por el Ejército Nacional, además de desconocer las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Se incurre en los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente judicial cuando se declara la excepción de culpa exclusiva de la víctima, pasando por alto la posición de garante que el Estado asume sobre la protección de la vida e integridad de los adolescentes que se encuentran bajo su custodia privados de la libertad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-04303-01(AC)

FECHA: 18/02/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jhon Dairon Montaña Quiñonez y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con la expedición de la sentencia de 9 de septiembre de 2020, que revocó el fallo de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones para, en su lugar, declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, incurrió en un defecto fáctico, sustantivo y en desconocimiento del precedente jurisprudencial y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la parte accionante?

Tesis: “[N]o concuerda esta Sala de Subsección con la afirmación realizada por el Tribunal, de que el comportamiento del accionante fue la causa eficiente y determinante en la producción del daño sufrido, pues no se advierten elementos probatorios suficientes que demuestren que el señor [M.Q.] participó de manera concomitante y activa en la riña o que las dos armas que fueron incautadas hubiesen sido portadas y utilizadas por él. Lo que sí se advierte es que la afirmación que establece que el joven [J.D.M.Q.] fue atacado y, en consecuencia, intentó defenderse no fue

desvirtuada en ninguna etapa del proceso y, por lo tanto, la autoridad judicial accionada no podía presumir la culpa de la víctima, sin tener certeza de su actuar. [E]n el entendido de que el Centro de formación juvenil tenía la posición de garante y la obligación de vigilar el comportamiento de los internos y que no existe prueba fehaciente de que el joven [J.D.M.Q.] participó y/o propició la riña con armas de fabricación artesanal, y que su actuar fue la causa adecuada del daño que sufrió en su ojo derecho, esta Sala de Subsección encuentra acreditada la existencia de un defecto fáctico en una dimensión negativa. Lo anterior, teniendo en cuenta el criterio reiterativo de la Sección Tercera que exige la existencia de pruebas suficientes o determinantes para que se configure la culpa exclusiva de la víctima. Así las cosas, encuentra esta Sala de Subsección acreditada la configuración del defecto fáctico y desconocimiento del precedente jurisprudencial en la sentencia (...) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Por lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia de primera ins-

tancia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, se amparará el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante”.

“Al respecto, observo que la autoridad judicial accionada, contrario a lo señalado, valoró integralmente los elementos probatorios que reposaban en el plenario y, de conformidad con las reglas de la sana crítica y en virtud del principio de independencia judicial, determinó que el joven [M.Q.] participó en la riña y, por tanto, su comportamiento fue la causa eficiente del daño, sin que ello implique la configuración de

las causales específicas referidas. (...) Así las cosas, concluyo que en la sentencia controvertida mediante esta acción de tutela no se configuraron los defectos fáctico ni desconocimiento del precedente judicial y, por ende, no era viable acceder al amparo solicitado. En conclusión, el fallo objeto de salvamento de voto debió confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la acción”.

Desconocimiento del precedente judicial sobre la caducidad de la acción de controversias contractuales en los casos en los que se alega la adjudicación ilegal del contrato.

RADICADO: 50001-23-33-000-2020-00614-01[AC]

FECHA: 10/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Diego Alejandro Toro Pardo

DEMANDADO: Ministros del Interior, Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Desarrollo Rural, Trabajo, Educación Nacional, Vivienda, Ciudad y Territorio y de las TIC; Directores Generales de la Agencia Nacional de Tierras, de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), del Departamento Nacional de Planeación (DNP), de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) y del Fondo Nacional de Vivienda (Fonvivienda); Presidente de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S. A. (Fiduagraria S. A.), Gobernador del Meta y alcalde de Villavicencio

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se vulneraron derechos de linaje constitucional fundamental por la presunta omisión de las autoridades accionadas de

inscribir al accionante en los programas sociales destinados a la población en situación de vulnerabilidad y en los creados con ocasión de la actual emergencia de salubridad pública, con la finali-

dad de que pueda cubrir los gastos que requiere para su subsistencia y la de su núcleo familiar?

Tesis: “[L]as inconformidades del actor radican en que no se le ha otorgado (i) una renta básica de emergencia, de por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente (smlmv); (ii) el Ingreso Solidario creado a través del Decreto 518 de 2020, (iii) auxilios de educación y vivienda; (iv) “las tierras y el subsidio de tierras” por ser víctima del conflicto armado, (v) el subsidio “agroeconómico establecido en la ley de víctimas” y (vi) la ayuda prevista para los programas “jóvenes en acción” y “computadores para educar”. En relación con la pretensión de concederle una renta básica, cabe precisar que ese beneficio económico aún no existe, puesto que si bien es cierto que se encuentra radicado un proyecto de ley en el Congreso de la República con tal propósito, también lo es que no ha sido aprobado al momento de proferirse este fallo, y, en todo caso, en el evento de que ello ocurra, el tutelante deberá adelantar los trámites consagrados en el sistema normativo para acceder a él. Ahora bien, resulta claro que el demandante es sujeto de especial protección constitucional, por encontrarse en condición de discapacidad, razón por la cual el Estado está en la obligación de adoptar medidas tendientes a salvaguardar sus garantías superiores. No obstante, para que pueda disfrutar de dichas ayudas debe pedirlas (lo que no está acreditado), toda vez que

sus limitaciones físicas no le impiden formular las reclamaciones pertinentes con el fin de acceder a los auxilios deprecados (en virtud del principio de legalidad), en armonía con el derecho a la igualdad de aquellos ciudadanos que sí han agotado el respectivo trámite y se encuentran a la espera de una respuesta. Por consiguiente, la referida omisión del accionante impide atribuirles a las autoridades accionadas quebranto de sus derechos constitucionales fundamentales, pues no se acredita un actuar negligente de su parte, en consecuencia, no resulta factible imponerles la obligación de brindarle las asistencias que suplica en este trámite constitucional. (...) Por último, se advierte que, de acuerdo con lo expuesto en la contestación de la tutela por parte del señor director general del DNP, el 20 de junio de 2020 el demandante le pidió información respecto del Ingreso Solidario y la devolución del IVA, pero en el oficio 202006000872451 del día 25 de los mismos mes y año abordó el segundo beneficio, mas no el primero, lo que involucra quebranto del derecho constitucional fundamental de petición, por ende, se impone acceder a su amparo (así no haya sido invocado en el escrito inicial, en virtud del principio *iura novit curia*) y ordenar a la mencionada autoridad que se pronuncie sobre el particular, cuya respuesta debe ser comunicada al peticionario, conforme lo determinó el a quo”.

Se desconoce el precedente del Consejo de Estado cuando se niega el pago del lucro cesante por la muerte de un miembro de la Fuerza Pública, aduciendo que se reconocieron previamente una compensación administrativa y la pensión de sobrevivientes.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01453-01 (AC)

FECHA: 21/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Cilinder Esther Toro Aguilera, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijas

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Norte de Santander

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al negar el reconocimiento del lucro cesante, desconoció el precedente del Consejo de Estado, que ha concluido reiteradamente que el reconocimiento de una compensación administrativa o pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un miembro de la Fuerza Pública no excluye el reconocimiento del lucro cesante en sede contencioso-administrativa?

Tesis: “[E]l Consejo de Estado ha determinado, de manera reiterada, que el reconocimiento de una compensación administrativa o pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un miembro de la fuerza pública, no excluye el lucro cesante en sede contencioso-administrativa, cuando el daño antijurídico se deriva de una falla del servicio. (...) [L]a sentencia acusada las autoridades accionadas negaron el lucro cesante a la actora y a sus menores hijas, porque le fueron concedidas una compensación pecuniaria y pensión de sobrevivientes por el deceso del señor [J.A.B.A.] (q. e. p. d.). (...) [D]icha aseveración desconoce el criterio jurisprudencial (...) según el cual el pago de las sumas de dinero en sede ad-

ministrativa por la muerte de un miembro de la fuerza pública, no impide la indemnización del aludido perjuicio material en un proceso de reparación directa, comoquiera que las fuentes de esos emolumentos son disímiles, pues mientras que aquellas corresponden al vínculo laboral del difunto con la Administración, el lucro cesante acontece en razón a la configuración de un daño antijurídico que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese orden de ideas, como el origen los referidos haberes son diferentes, no es dable efectuar la compensación que realizaron los señores magistrados demandados, porque, al ser sumas independientes, el reconocimiento de una no incide en la otra, (...) [L]os demandados, al negar el pago del lucro cesante a la tutelante y a sus menores hijas, con el argumento de que les fue reconocida una compensación administrativa y pensión de sobrevivientes por la muerte del señor intendente de la Policía Nacional [J.A.B.A.] (q. e. p. d.), desatendieron el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, consistente en que el otorgamiento de la indemnización a for fait no excluye la reparación del mencionado perjuicio material, motivo por el cual se impone acceder al amparo deprecado”.

Desconocimiento del precedente judicial sobre la flexibilización probatoria en casos de graves violaciones de los derechos humanos.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-05565-01 (AC)

FECHA: 2/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Nicolás Peña Carvajal

DEMANDADOS: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al expedir la providencia del 21 de octubre de 2021, incurrió en los defectos fáctico y sustantivo por desconocimiento del precedente y, por consiguiente, vulneró los derechos fundamentales invocados en protección por la parte accionante?

Tesis: “De acuerdo con el precedente judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se debe flexibilizar el estándar probatorio tratándose de casos en los que se dirimen asuntos de graves violaciones de derechos humanos. Así las cosas, en el caso sub examine se discutió la responsabilidad del Estado por la muerte de un civil, [J.E.P.V.], durante un enfrentamiento entre el Ejército Nacional y presuntos guerrilleros del ELN en la vereda piedra azul del municipio La Concepción (Santander), el 9 de diciembre de 2000. Para lo que al asunto es relevante, se tiene que [J.E.P.V.], nació el 30 de mayo de 1997 y era hijo de los señores [N.P.C.] y [W.V.P.] según el registro civil de nacimiento aportado en folio 5 del expediente ordinario, es decir que para el momento de su deceso, ocurrido el 9 de diciembre de 2000 (lo cual consta en el registro civil de defunción en folio 4 del expediente ordinario), contaba con 23 años de edad. De acuerdo con los testimo-

nios recaudados en el proceso, rendidos por los señores [H.S.C.], [T.C.] y [R.R.A.], quedó demostrado que el joven [J.E.P.V.] era un campesino, estaba dedicado a labores de agricultura y el día de los hechos, luego de una fiesta en la casa de uno de sus vecinos, se dirigió muy temprano a la finca de sus padres donde residía, a sacar unos bueyes para arar la tierra que sembraría de papa. (...) A estas condiciones civiles, sociales y económicas no les dio mayor peso la autoridad judicial accionada frente a los testimonios de los militares que participaron en el enfrentamiento, pues a partir de estos últimos fue que concluyó que se configuró la culpa exclusiva de la víctima, obviando que el Ejército se encontraba en una posición dominante frente a la víctimas y la flexibilización probatoria que se deriva de ello, conforme ha sido reconocido por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y quedó debidamente explicado en el numeral 4.3.1. de esta providencia. De acuerdo con el protocolo de necropsia realizado el 10 de diciembre de 2000 por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Forenses - Seccional Pamplona, visible en los folios 73 a 78 del expediente, el cadáver del joven [J.E.P.V.] fue trasladado por el Ejército a la ciudad de Pamplona donde se realizó su levantamiento por la Fiscalía 1 de Vida de Pamplona. Del examen quedó eviden-

ciado que murió en enfrentamiento armado por múltiples heridas por PAF (Proyectiles de Armas de Fuego) lo que causó un shock hipovolémico (...) En el proceso de reparación directa, la entidad demandada no justificó por qué trasladó el cadáver del joven [J.E.P.V.] al Batallón, de tal manera que no se pudo realizar una inspección de la escena conforme lo previsto en el artículo 290 de la Ley 600 de 2000, vigente para el momento en que ocurrieron los hechos. Esta circunstancia tampoco fue valorada por la autoridad judicial accionada. Por su parte, la autoridad judicial accionada aseguró que “Las pruebas dan cuenta que [J.E.P.V.] se encontraba en el lugar del enfrentamiento armado y que el Ejército encontró en su poder material de guerra, de comunicaciones y de intendencia”, sin embargo, no existe prueba de absorción atómica que demostrara que el joven disparó un arma y si bien se encontró material de guerra, no existe ninguna prueba que brinde certeza sobre la vinculación de ese material al joven [J.E.P.V.], sobre todo cuando los testimonios recaudados, previamente citados, fueron consistentes en que era un campesino y ese día estaba en la finca donde residía para sacar unos bueyes con los que araría la tierra. Aunque se demostró la existencia de una operación legítima, la “Operación Berlín”, en el marco de la cual sucedieron los hechos, razón por la cual el juzgado de instrucción militar y la procuraduría delegada disciplinaria archivaron la investigación, lo cierto es que el Ejército en ningún caso está habilitado para actuar en contra de civiles, matar civiles o disparar indiscriminadamente, pues su obligación es la de observar y respetar el Derecho Internacional Humanitario. En tal sentido, estima la Sala que en el expediente no reposó prueba concluyente que acreditara que el joven [J.E.P.V.] era un guerrillero, disparó un arma, atacó o se opuso al Ejército, y, en ese sentido, era imposible justificar su muerte en el marco de dicha operación.

La configuración de la culpa exclusiva de la víctima exige que se demuestre la negligencia, imprevisión o impericia. Ninguno de estos elementos fue acreditado en el proceso contencioso administrativo, pues si el señor [J.E.P.V.] se encontraba en el lugar en que ocurrió el enfrentamiento no fue por su negligencia, imprudencia o impericia, sino porque era su residencia y su lugar de trabajo y ese día se dirigía a realizar sus actividades de agricultor: arar la tierra para sembrarla, estas circunstancias no fueron debidamente valoradas por la autoridad judicial accionada cuando aseguró que se configuró esta causal eximente de responsabilidad. Por estos motivos, la Sala de Decisión considera que la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado al proferir la decisión del 21 de octubre de 2021 en el proceso de reparación directa, radicado 68001-23-31-000-2001-01137-01(31674), incurrió en un defecto fáctico y en un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, toda vez que al concluir sobre la culpa exclusiva de la víctima, la valoración probatoria que realizó no se acompasó al precedente de la Corte Constitucional y del mismo Consejo de Estado sobre flexibilización probatoria en casos de graves violaciones de derechos humanos, pues aplicó dicha causal liberadora de responsabilidad aun cuando se trató de la muerte de un civil a causa de un enfrentamiento armado respecto del cual no se acreditó una vinculación al conflicto como parte de algún grupo armado al margen de la ley y tampoco existió prueba de su imprudencia, impericia o negligencia. En ese sentido, no se advierte en la sentencia deprecada que la autoridad judicial le otorgara la relevancia debida a los testimonios recaudados de acuerdo con los cuales el joven [J.E.P.V.] era un campesino, que el día de los hechos se encontraba en su lugar de residencia dispuesto a realizar las actividades de agricultura que normalmente hacía (exactamente, sacar unos bueyes para arar la tierra) y que no existió

en el proceso prueba que lo vinculara al uso de material bélico encontrado. Tampoco se observa una valoración debida sobre el traslado del cadáver al Batallón, de tal manera que no se permitió su inspección en el lugar en el que ocurrió el deceso, circunstancia que debió considerarse a efectos de adoptar la posición”.

Desconocimiento del precedente judicial sobre la caducidad de la acción de controversias contractuales en los casos en los que se alega la adjudicación ilegal del contrato.

235

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01081-01 [AC]

FECHA: 24/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Visionary Tecnología Group S. A. S.

Demandado: Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se vulneraron los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia por la sentencia del 15 de octubre de 2020, por cuyo conducto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección C de la sección tercera) confirmó la del 21 de septiembre de 2018, con la cual el Juzgado 62 Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de controversias contractuales instaurada por la Unión Temporal GIP contra Ecopetrol S. A. y la Unión Temporal TIC Ecopetrol?

Tesis: “[E]l criterio del Consejo de Estado, que coincide con el de la Corte Constitucional, consiste en que cuando dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual no se demanda este a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero en ese interregno se suscribe el contrato estatal, es dable instaurar demanda de controversias contractuales, con el fin de obtener la nulidad absoluta del negocio jurídico con fundamento en presuntas irregularidades de aquella decisión administrativa; sin embargo, solo hay lugar a acceder a un resarcimiento

económico si la referida demanda se formula en dicho lapso. (...) [R]esulta indispensable establecer en cuál de los supuestos fácticos que esta Corporación ha fijado, conforme al artículo 87 del CCA, se encuentra el litigio ventilado en el proceso de controversias contractuales 11001-33-31-035-2011-00139-00, para cuyo efecto se anota que la adjudicación del contrato a la Unión Temporal TIC Ecopetrol se publicó el 16 de octubre de 2009, este se suscribió el día 20 de los mismos mes y año y la demanda ordinaria se instauró el 1º de diciembre de 2010. (...) [C]omo el contrato se celebró dentro de los treinta (30) días siguientes a la publicación del acto administrativo de adjudicación, la referida situación fáctica corresponde al tercer escenario analizado en líneas anteriores, por ende, la Unión Temporal GIP contaba con la posibilidad de presentar demanda de controversias contractuales, con el propósito de formular reproches contra aquella decisión administrativa y con fundamento en ellos pedir la nulidad absoluta del negocio jurídico. (...) [P]ara la Sala no colma las exigencias fijadas por la jurisprudencia para que un juez pueda inobservar el precedente, en razón a que no hicieron referencia a la regla que no iban a

acoger (por cuanto no analizaron los escenarios que involucra la aplicación del artículo 87 del CCA, los cuales fueron estudiados en líneas anteriores, y tampoco la postura según la cual una vez suscrito el contrato, no es dable cuestionar el acto administrativo de adjudicación a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) ni expusieron una carga argumentativa suficiente de la que se colija su razonamiento protege en mayor medida derechos”.

Desconocimiento del precedente judicial sobre la caducidad de la acción de controversias contractuales en los casos en los que se alega la adjudicación ilegal del contrato.

237

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01081-01 [AC]

FECHA: 24/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Visionary Tecnología Group S. A. S.

Demandado: Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se vulneraron los derechos al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia por la sentencia del 15 de octubre de 2020, por cuyo conducto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección C de la sección tercera) confirmó la del 21 de septiembre de 2018, con la cual el Juzgado 62 Administrativo de Bogotá negó las pretensiones de la demanda de controversias contractuales instaurada por la Unión Temporal GIP contra Ecopetrol S. A. y la Unión Temporal TIC Ecopetrol?

Tesis: “[E]l criterio del Consejo de Estado, que coincide con el de la Corte Constitucional, consiste en que cuando dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo precontractual no se demanda este a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero en ese interregno se suscribe el contrato estatal, es dable instaurar demanda de controversias contractuales, con el fin de obtener la nulidad absoluta del negocio jurídico con fundamento en presuntas irregularidades de aquella decisión administrativa; sin embargo, solo hay lugar a acceder a un resarcimiento económico si

la referida demanda se formula en dicho lapso. (...) [R]esulta indispensable establecer en cuál de los supuestos fácticos que esta Corporación ha fijado, conforme al artículo 87 del CCA, se encuentra el litigio ventilado en el proceso de controversias contractuales 11001-33-31-035-2011-00139-00, para cuyo efecto se anota que la adjudicación del contrato a la Unión Temporal TIC Ecopetrol se publicó el 16 de octubre de 2009, este se suscribió el día 20 de los mismos mes y año y la demanda ordinaria se instauró el 1º de diciembre de 2010. (...) [C]omo el contrato se celebró dentro de los treinta (30) días siguientes a la publicación del acto administrativo de adjudicación, la referida situación fáctica corresponde al tercer escenario analizado en líneas anteriores, por ende, la Unión Temporal GIP contaba con la posibilidad de presentar demanda de controversias contractuales, con el propósito de formular reproches contra aquella decisión administrativa y con fundamento en ellos pedir la nulidad absoluta del negocio jurídico. (...) [P]ara la Sala no colma las exigencias fijadas por la jurisprudencia para que un juez pueda inobservar el precedente, en razón a que no hicieron referencia a la regla que no iban a acoger (por cuanto no analizaron los escenarios

que involucra la aplicación del artículo 87 del CCA, los cuales fueron estudiados en líneas anteriores, y tampoco la postura según la cual una vez suscrito el contrato, no es dable cuestionar el acto administrativo de adjudicación a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) ni expusieron una carga argumentativa suficiente de la que se colija su razonamiento protege en mayor medida derechos”.

Desconocimiento del precedente judicial al aplicar una sentencia de unificación sobre el término de caducidad del medio de control de reparación directa, en casos de delitos de lesa humanidad y desplazamiento forzado, sin tener en cuenta las particularidades de la controversia.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-01694-01 (AC)

FECHA: 07/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTES: José Barón Uribe y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Casanare

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Casanare vulneró los derechos fundamentales invocados, por presuntamente incurrir en los defectos procedimental absoluto, fáctico, sustantivo, desconocimiento del precedente y error inducido, al proferir la providencia del 16 de septiembre de 2021, a través de la cual confirmó la decisión del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal que declaró probada la excepción de caducidad del medio de control reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la muerte o ejecución extrajudicial del señor [A.B.R.]?

Tesis: “Se controvierte en el sub lite la vulneración de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, a la integridad personal, a la igualdad, al debido proceso y a la reparación integral, con la expedición de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare (...) en la que se declaró la caducidad del medio de control de reparación directa adelantado como consecuencia de la muerte violenta del señor [A.B.R.], por parte de miembros del Ejército Nacional. (...) [A] diferencia de lo

planteado por la parte acora, en el caso bajo análisis no se configura la existencia de los defectos fáctico, sustantivo o material y violación directa de la Constitución, pues el Tribunal Administrativo de Casanare, advirtió que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso podía determinar que la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020 era la aplicable para establecer la interposición oportuna del medio de control reparación directa de acuerdo con las particularidades del caso. Sin embargo, (...) sí se advierte la configuración del desconocimiento del precedente jurisprudencial (...) [S]e evidencia que el Tribunal Administrativo de Casanare aunque se refirió a los argumentos de la demanda y del recurso de apelación, aplicó con radicalidad la sentencia de unificación [del 29 de enero de 2020] y obvió analizar las circunstancias particulares del caso, esto es, que para el momento en que se surtieron estas actuaciones no existía un criterio unificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado que apuntara a aplicar la figura jurídica de la caducidad en estos eventos, pues consideró que con posterioridad a la providencia SUJ-61.033 de

2020, perdió continuidad la tesis jurisprudencial mayoritaria que le precedía. Al respecto, se advierte que la sentencia unificadora no moduló sus efectos, por lo que se entiende que opera a futuro o ‘ex nunc’”.

Desconocimiento del precedente judicial y defecto fáctico en casos de ejecución extrajudicial “falso positivo”

241

RADICADO: 11001-03-15-000-2023-01037-00 [AC]

FECHA: 20/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTES: Yolanda Arias de Valencia y otros

DEMANDADO: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Vulneró el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los señores [Y.A.V.], [J.N.G.O.], [D.C.V.A.], [L.A.G.A.] y [R.V.A.], al proferir la sentencia del 30 de marzo de 2022, dentro del medio de control de reparación directa por ejecución extrajudicial con radicación 63001-23-31-000-2009-00285-03, en el cual se negaron las pretensiones, al incurrir en defecto fáctico por indebida valoración del material probatorio obrante en el plenario, dado que concluyó que la parte demandante no acreditó: la falla en el servicio, que la muerte de [H.A.A.C.] ocurrió en estado indefensión o por fuera de un enfrentamiento armado con el Ejército Nacional, la manipulación de la escena o del cuerpo?

Tesis 1: “[S]e advierte que, en efecto, existe una contradicción frente a la posición en la que fue encontrado el cadáver, pues, según el Acta de Inspección Técnica a Cadáver núm. 039, su posición era de cúbito dorsal, mientras que en la declaración rendida por el subteniente [K.R.U.C.] era abdominal. Sin embargo, al analizar la providencia objeto de reproche no se observa que la autoridad haya analizado esta situación, la cual podría incidir en la decisión

adoptada, comoquiera que uno de los presupuestos para no encontrar acreditada la falla del servicio es que no se demostró una manipulación de la escena o del cuerpo. (...) [L]a Subsección considera que se encuentra estructurado el defecto fáctico alegado, por la valoración indebida de los elementos probatorios mencionados. (...) [C]omo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, no valoró en su conjunto el Acta de Inspección Técnica a Cadáver núm. 039 y la declaración rendida por el subteniente [K.R.U.C.], las cuales podrían tener incidencia en la decisión proferida el 30 de marzo de 2022, comoquiera que se evidencia una contradicción sobre la posición en la que se encontraba el cuerpo del señor [H.A.A.C.], es necesario que vuelva a valorar estos elementos, por lo que debe dejarse sin efectos la decisión aquí cuestionada”.

Problema jurídico 2: ¿Vulneró el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los señores [Y.A.V.], [J.N.G.O.], [D.C.V.A.], [L.A.G.A.] y [R.V.A.], al proferir la sentencia del 30 de marzo de 2022, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, al incurrir en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, específicamente, las

reglas fijadas en casos de graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con las sentencias 1993-01886-01 (18850), 1999-00217-01 y 1999-01063-01 (32988) del Consejo de Estado y SU-035 de 2018 y SU-061 de 2021 de la Corte Constitucional?

Tesis 2: “[L]a Sección Tercera de esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la importancia de flexibilizar el valor del acervo probatorio en casos en que se alegue la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos. En cuanto a ello, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la mencionada Sección sostuvo que cuando ocurren situaciones como las descritas, se rompe el principio de igualdad entre las partes, pues las víctimas quedan en una posición de desventaja frente al Estado en relación con la carga de la prueba, de ahí que el juez “debe acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos funda-

mentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas”. Igualmente, en el referido pronunciamiento, dicha Sección recordó que en los casos de graves violaciones de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana ha indicado que el Estado tiene una mayor carga probatoria por haber permitido u ocasionado esos hechos. Así las cosas, (...) al exigir un estricto cumplimiento de la carga de la prueba para demostrar la falla en el servicio y no aplicar la flexibilización de los estándares probatorios, la cual implicaba que valorara todo el acervo probatorio, de forma individual y en conjunto, esta Sala considera que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, obvió la jurisprudencia antes evocada. Por tanto, en el caso en concreto no solo se encuentra estructurada la causal de defecto fáctico, sino también la de desconocimiento del precedente judicial. (...) [L]a Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los accionantes”.

Vulneración del derecho fundamental a la igualdad de las accionantes al abstenerse de decretar de oficio sus registros civiles de nacimiento para comprobar la relación entre aquellas y la víctima directa, como sí lo hizo en el caso de otra integrante de la parte demandante en el medio de control de reparación directa.

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-00616-01[AC]

FECHA: 16/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Aura María Pineda Moscoso y Otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Meta

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Meta debió decretar como prueba de oficio los registros civiles de las [tutelantes], con el objetivo de lograr una justicia material, a pesar de la falta de diligencia del apoderado judicial que no solicitó los medios probatorios en la oportunidad procesal correspondiente?

Tesis: “[E]fectivamente, como lo coligió el Tribunal, los registros civiles de las demandantes fueron radicados con posterioridad a la admisión de la demanda. Así mismo, se denota que el apoderado judicial no indicó al presentarlos que se tratara de una reforma de la demanda y no recurrió la providencia judicial del 25 de marzo de 2011, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Villavicencio decidió no pronunciarse sobre los documentos allegados. Sin embargo, lo anterior no impedía que

el Tribunal Administrativo del Meta decretara como pruebas de oficio los registros civiles de las demandantes, pues abstenerse de utilizar dicha prerrogativa trae consigo un sacrificio especialmente gravoso de la justicia material y una prevalencia del derecho formal sobre el sustancial (...) [L]a denegación de una reparación integral a las víctimas indirectas, bajo el planteamiento de que no demostraron su parentesco con el joven [D.A.A.P.] cuando la prueba que acreditaba ese supuesto podía ser solicitada de oficio por el Tribunal constituye un exceso ritual manifiesto y un defecto fáctico al abstenerse de decidir con las pruebas necesarias para adoptar una decisión justa materialmente. (...) En cuanto a ello, debe precisarse que las situaciones referidas no son imputables a las [accionantes] sino a su apoderado judicial, quien tenía el deber de allegar los registros civiles”.

Vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia por error en el cómputo del término de prescripción de los derechos laborales derivados del contrato realidad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-02356-01[AC]

FECHA: 12/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Yirley Bueno Peñaloza

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Chocó

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El fallo del 3 de mayo de 2019, dictado por el Tribunal Administrativo del Chocó, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de la accionante [en relación con el cómputo del término de prescripción de los derechos derivados del contrato realidad y con el pago de la liquidación de la sanción moratoria]?

Tesis: “[E]n el presente asunto la señora [accionante] radicó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia nro. 096 del 11 de abril de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Quibdó. La referida sentencia, declaró la existencia de una relación laboral entre la accionante y DASALUD y ordenó el pago de las prestaciones devengadas por un empleado que cumpliera similares funciones, al igual que la cancelación de las cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y licencia de maternidad. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Quibdó en providencia del 8 de marzo de 2017, negó las súplicas de la demanda bajo el

fundamento de que en la sentencia nro. 096 no reconoció la sanción moratoria y en ese sentido la administración no tenía la obligación de cancelarla. En Alzada, el Tribunal Administrativo del Chocó confirmó lo resuelto por el a quo al considerar que operó la prescripción de los derechos laborales reclamados. [...]. [Para la Sala,] el Tribunal no incurrió en desconocimiento del precedente jurisprudencial señalado por la accionante, toda vez que, si tomó como base para calcular la prescripción la sentencia del 11 de abril de 2011, proferida por el Juzgado Administrativo del Circuito judicial de Quibdó, que constituyó el derecho al pago de las prestaciones sociales de la señora [accionante]. No obstante, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que el Tribunal si incurrió en error al realizar el cómputo para contabilizar el término de prescripción (...). [P]ara la Sala es claro que no transcurrieron más de tres años entre la fecha en que se constituyó el derecho de la accionante, esto es con la providencia del 11 de abril de 2011, ejecutoriada el 3 de junio de 2011, la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 23 de agosto de 2013 y la presentación de la demanda el 14 de enero de 2014 por lo que no hay lugar a declarar la prescripción trienal como lo hizo el Tribunal.

[E]n el presente caso se encuentra acreditada la confluencia entre el defecto fáctico y el sustantivo en la providencia objeto de reproche por la indebida valoración probatoria que condujo a una aplicación errónea de la norma. Por todo lo expuesto, en aras de salvaguardar el acceso efectivo a la administración de justicia, se revocará la sentencia de primera instancia que rechazó por improcedente la presente acción de tutela”.

En el proceso de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no existe tarifa legal para efectos de demostrar la dependencia económica.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-04224-01[AC]

FECHA: 23/01/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Alicia Mercedes Borja Briñez

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Boyacá y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Boyacá, al expedir la sentencia del 29 de agosto de 2019 que revocó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja y reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora [A. M. B. B.], incurrió en un defecto fáctico y en un error procedimental por exceso ritual manifiesto?

Tesis: “[E]l Tribunal Administrativo de Boyacá, no expuso de manera justificada las razones por las cuales decidió restarle el alcance probatorio a la declaración extrajuicio presentada por la accionante y al interrogatorio de parte decretado de oficio por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, incurriendo en un defecto fáctico. (...). [N]o puede perderse de vista que el interrogatorio de parte decretado por el Juez, se realizó en la audiencia de pruebas, razón por la cual, la entidad demanda tuvo la oportunidad para controvertir dicha prueba garantizándose su derecho de contradicción [...], es necesario aclarar, que, para efectos de demostrar la dependencia económica para lograr el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, no existe tarifa legal y en ese sentido, resultan válidos las declara-

ciones extrajuicio, el interrogatorio de parte y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez. (...) [E]l Tribunal, a pesar de que no contaba con el total convencimiento de la dependencia económica de la accionante respecto de su causante, se abstuvo de ejercer la facultad oficiosa de decretar pruebas adicionales (...) a fin de esclarecer si la demandante dependía o no de su hija. (...) [D]icha demostración consistía en un requisito sine qua non para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, y por tanto, se trataba de un elemento fundamental y determinante para adoptar una decisión de fondo sobre el asunto. (...) [D]ebió el ad quem, antes de dictar sentencia de segunda instancia, para alcanzar su convencimiento pleno, decretar las pruebas que considerara necesarias, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional (...), el decreto de las pruebas de oficio se considera un verdadero deber legal, cuando, por ejemplo, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de clarificar espacios oscuros de la controversia. [...]. [E]sta Sala (...) revocará la sentencia (...) proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado que rechazó por

improcedente la presente acción de tutela. En su lugar, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y mínimo vital de la señora [A.M.B.B.], se dejará sin efectos la providencia de 28 de agosto de 2019 y se ordenará al Tribunal Administrativo de Boyacá para que se pronuncie nuevamente sobre las pruebas aportadas por la demandante, el interrogatorio de parte decretado de oficio por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja y en caso de que lo considere necesario, decrete pruebas de oficio para su total convencimiento, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia”.

Defecto fáctico por falta de valoración de prueba para acreditar la condición de víctima del desplazamiento forzado.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-03865-01 (AC)

FECHA: 19/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Néstor Ramón Sierra Hamburguer y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Bolívar y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La autoridad judicial accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia al señor [N.R.S.H. y otros] al haber proferido la providencia de 14 de junio de 2019, en donde incurrió, presuntamente, en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria al concluir que no se acreditó la calidad de desplazados por la violencia de los demandantes en los procesos ordinarios de reparación directa acumulados?

Tesis: “[L]a Sala encuentra que la corporación judicial accionada empleó los criterios de valoración atendiendo la sana crítica, por cuanto luego de efectuar un análisis racional de los diferentes medios de pruebas, concluyó que los elementos probatorios aportados no daban la suficiente certeza para determinar la calidad de desplazados de los miembros que integraban los grupos demandantes en el proceso de reparación directa de la referencia, por lo tanto no se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y, por ende, no se configuró la vulneración de los derechos fundamentales que alega la

parte accionante. En vista de lo anterior, lo que existe es una inconformidad con el resultado de la valoración efectuada por el juez natural que no es atacable vía tutela, en la medida en que aquella visión de los hechos presentada por el Tribunal Administrativo de Bolívar cuenta con soporte y está debidamente razonada y justificada, por lo que, se reitera, este mecanismo no puede convertirse en una tercera instancia, lo que conduce a la denegatoria del recurso de amparo. (...) Por su parte, en atención a que la sección quinta del Consejo de Estado, como juez de primera instancia, accedió al amparo deprecado respecto a la falta de valoración de un Cd aportado por uno de los grupos accionantes dentro del proceso ordinario para acreditar la condición de desplazados y el tribunal judicial accionado subsanó tal situación a través de la providencia correspondiente, se confirmará el pronunciamiento del a quo, pero se negará en cuanto a las demás pretensiones expuestas por el grupo accionante dentro del radicado 2019-04191 acumulado”.

Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando no se practica en debida forma la notificación personal del auto admisorio de una demanda de reparación directa a unos terceros intervinientes.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-01859-01(AC)

FECHA: 18/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Marlon Castillo Correa

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Santander

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo de Santander vulneró los derechos fundamentales del señor [M.C.C.] con ocasión del auto del 7 de noviembre de 2019, mediante el cual negó la solicitud de nulidad propuesta por indebida notificación del auto admisorio, incurriendo en defecto fáctico, sustantivo y procedimental, al desconocer que la notificación personal ordenada en el auto admisorio de la demanda, presuntamente, no se materializó?

Tesis: “[Considera la Sala necesario precisar que, previo a abordar el problema jurídico, se debe hacer referencia al requisito de subsidiariedad, frente a lo cual,] contrario a lo considerado por el a quo, la Sala encuentra que en el presente caso si se satisface. Pues, pese a que es cierto que el juez contencioso en el marco del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, tiene la potestad de sanear el proceso en cualquier momento, y que llegado el caso el actor puede interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de resultar lesiva a sus intereses, se estaría convalidando el hecho de desconocerle al señor [M.C.C.], de comprobarse los defectos alegados, la oportunidad de ejercer su derecho al debido proceso y con-

tradición mediante la contestación de la demanda y la petición de pruebas en su defensa; actuaciones que de ninguna forma pueden ser agotadas en otra etapa procesal y menos, consecuencia de una irregularidad procesal que, pese a ser alegada en tiempo, no fue corregida. (...) [Ahora bien, frente a la problemática planteada, para la Sala] es claro que el auto admisorio de la demanda debe notificarse de manera personal a los demandados, inclusive, a los terceros con interés en el asunto, tal como lo ordenó el Tribunal Administrativo de Santander en el auto admisorio de la demanda del 6 de noviembre de 2018, respecto de la Nación- Ministerio de defensa – Policía Nacional, así como de los señores [M.C.C. y L.E.L.S.]; razón por la cual no puede predicarse en el presente caso, la configuración del defecto sustantivo por indebida interpretación de [la] normativa relacionada con el acto procesal en cuestión. Situación distinta es, la forma en que se materializó la orden de notificación personal del auto admisorio de la demanda respecto del señor [M.C.C.], frente a lo cual, asegura que ello no aconteció y, por tal razón, así se lo informó al Tribunal de conocimiento a través de la solicitud de nulidad de lo actuado por indebida notificación de

dicha providencia; sin embargo, tal pedimento fue negado a través de auto del 7 de noviembre de 2019. (...) [No obstante,] observa la Sala que (...) brilla por su ausencia manifestación o prueba que acredite que el señor [M.C.C.] tuvo conocimiento de la citación a la notificación personal o del aviso, pues, pese a que no se cuestiona el hecho que dichos documentos fueron recepcionados por la Policía Nacional, ello de ninguna forma permite concluir con [certeza] que tales actos procesales hayan cumplido su finalidad. (...) Razón por la cual, la Sala encuentra configurado el defecto fáctico endilgado por la parte actora, en tanto el Tribunal accionado resolvió dar por probado “el acto de notificación personal del auto admisorio de la demanda al señor [M.C.C.]” a través de auto

del 7 de noviembre de 2019, sin fundamento probatorio alguno. En concordancia con lo expuesto, también se encuentra configurado el defecto procedimental endilgado, en tanto el efecto directo de dar por acreditado el acto de notificación hoy cuestionado, ocasionó que se cercenará el derecho a la defensa y contradicción del accionante, al no poder ejercer la oportunidad procesal para contestar la demanda, presentar excepciones, solicitar pruebas, entre otros, no por falta de diligencia, sino consecuencia de una irregularidad procesal que, pese a ser alegada, no fue subsanada. (...) De conformidad con todo lo expuesto, la Sala [ampará] los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia del [accionante]”.

Vulneración de los derechos fundamentales por la falta de valoración de un acto administrativo relevante para demostrar la convivencia dentro del trámite de la pensión de sobrevivientes.

251

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-00901-01[AC]

FECHA: 15/12/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Augusto Cotes Ariza

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de La Guajira

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se vulneraron los derechos fundamentales de la parte actora con ocasión de la omisión del Tribunal Administrativo de La Guajira en la valoración de una prueba relevante para demostrar el requisito de convivencia con el fin de obtener la pensión de sobrevivientes?

Tesis: “Se advierte que, pese a que las consideraciones que soportaron la decisión del a quo no fueron objeto de impugnación, por lo cual no se realizará un estudio de fondo en tal sentido, no sobra manifestar que la Sala comparte lo allí resuelto, pues, en efecto, el Tribunal Administrativo de La Guajira no valoró el referido acto administrativo, pese a que su contenido podría resultar relevante al momento de decidir las pretensiones contenciosas del [accionante] de cara a definir acerca del requisito de la “convivencia” con la señora (...) (q.e.p.d.). (...) Obsérvese

como en el acto administrativo se concluyó que el actor sí tiene derecho al reconocimiento de la pensión que reclama; sin embargo, se advirtió que debía aportar el registro civil de nacimiento y efectuar un nuevo estudio, hecho éste que el ente previsional no debatió ante el Juez natural de asunto, y que hoy sustenta el escrito de impugnación impetrado contra la decisión de amparo del a quo. Razón por la cual, no hay lugar para pronunciarse al respecto, pues ello no fue objeto alegado ante juez natural del asunto, ni tiene relación alguna con el hecho de probarse o no que “existió convivencia entre el [accionante] y la señora [EJBC] (q.e.p.d.)”, punto de la litis que dio origen a la presente solicitud de amparo. En consecuencia, se confirmará el fallo de primera instancia que amparó los derechos fundamentales invocados por el [accionante]”.

La acción de tutela es procedente para controvertir la sentencia dictada dentro del control inmediato de legalidad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2020-04127-01 (AC)

FECHA: 21/01/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Municipio de Castilla La Nueva

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Meta

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La corporación judicial accionada vulneró el derecho invocado por la entidad territorial accionante al omitir la valoración de las pruebas que aportó el municipio de Castilla La Nueva en el medio de control inmediato de legalidad, específicamente los antecedentes administrativos del acto administrativo analizado, y confrontar esa decisión con el artículo 2.º del Decreto 580 de 2020?

Tesis 1: “[S]e encuentra que la autoridad judicial accionada determinó que la Resolución 220 del 13 de mayo de 2020 desbordó el contenido del Decreto Legislativo 580 de la misma anualidad porque fijó unos máximos superiores a los definidos en el artículo 1.º del Decreto para los subsidios de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo de los usuarios que pertenecen a los estratos 2 y 3 en el ente territorial, encontrándose insatisfechos los requisitos de conexidad y proporcionalidad entre la norma y la medida general adoptada por el ente territorial en desarrollo de aquella. Sin embargo, contrario a lo definido por el Tribunal Administrativo del Meta, la revisión de los antecedentes administrativos y de la motivación de la Resolución 220 de 2020, permiten evidenciar que el municipio de Castilla La Nueva no otorgó subsidios en materia de los

servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en los términos de la habilitación prevista en el artículo 1.º del Decreto Legislativo, sino que asumió el pago parcial de las obligaciones correspondientes a los usuarios de la Empresa Aguas de Castilla S.A. E.S.P. de los estratos 1, 2 y 3 de su jurisdicción territorial, opción prevista en el artículo 2.º de la disposición citada. En efecto, obra en el expediente el Acta del Consejo Municipal de Política Fiscal del 24 de abril de 2020, en la cual se dejó constancia de la reunión, en la que discutió y deliberó sobre la adopción de medidas, en desarrollo del Decreto 580 de 2020, en materia de acueducto, alcantarillado y aseo en el municipio de Castilla La Nueva, en la que se plantearon las dos posibilidades otorgadas por el Gobierno Nacional a las entidades territoriales, para mitigar y conjurar el impacto generado por la pandemia de la COVID-19 referentes a los servicios públicos referidos. Así, fueron planteadas por parte del Consejo cinco distintas opciones que comprendieron, de un lado, al otorgamiento de subsidios, en los términos contenidos en el artículo 1.º del Decreto citado y, por otro, al cubrimiento del valor parcial de las facturaciones de los usuarios del municipio, eligiéndose la opción núm. 5, con la cual la en-

tividad territorial asumiría el costo parcial de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, con una proyección de tres meses, para los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, en porcentajes correspondientes al 80 %, 70 % y 60 %, en cada caso. Asimismo, se tiene que en el Acuerdo núm. 008 del 12 de mayo de 2020, por medio del cual el Concejo Municipal otorgó facultades al alcalde del municipio de Castilla La Nueva, Meta (...) fue para asumir el pago parcial del valor no subsidiado de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, de conformidad con la opción prevista en el artículo 2. ° del Decreto 580 de 2020. Asimismo, se avizora que en los considerandos de la Resolución 220 de 2020 se indica claramente que el municipio de Castilla La Nueva, luego del análisis y decisión del Consejo de Política Fiscal Municipal y, previa habilitación y autorización por parte del Concejo Municipal, asumiría el pago parcial del valor no subsidiado de la prestación de los servicios referidos, en los términos definidos en el decreto legislativo mencionado, sin que existiera duda en el hecho de que la decisión adoptada en la medida general por parte de la entidad territorial no se trata de la concesión o ampliación de los topes máximos de los subsidios fijados para los usuarios que pertenecen a los estratos 1, 2 y 3, sino que se refiere al pago parcial del valor de la facturación de los habitantes del municipio que se ubican en esa estratificación socioeconómica. En ese entendido, la Subsección encuentra que, a pesar de que el Tribunal Administrativo del Meta, en el auto del 2 de junio de 2020, por medio del cual avocó conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución 220 del 13 de mayo de 2020, requirió al municipio de Castilla La Nueva, para que allegara los antecedentes administrativos y que el alcalde del ente territorial los presentó en el término concedido, no los apreció y esa omisión conllevó a la aplicación equivocada de la norma general en que

se fundamentó el acto administrativo objeto de control de legalidad, en el entendido que, como se explicó en precedencia, la confrontación de aquel debió hacerse con el artículo 2.° del Decreto 580 de 2020, al tratarse del beneficio previsto en esa disposición referente a que las entidades territoriales podían asumir el pago parcial o total de los servicios públicos de públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, como medida para conjurar el impacto y las consecuencias adversas generadas por la COVID-19. Ahora bien, el Tribunal, en la contestación al requerimiento efectuado en esta sede, sostuvo que no era de recibo el planteamiento expuesto por el municipio sobre la indebida aplicación del artículo 1° del Decreto 580 de 2020, dado que esta regulación debía aplicarse integralmente, en atención el principio de inescindibilidad normativa. No obstante, el anterior aserto no es de recibo, pues precisamente es el estudio global de dicha normativa la que permite, junto con las pruebas documentales antes referidas, evidenciar que el Gobierno creó dos medidas distintas, para beneficiar a los usuarios de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo más vulnerables, que se vieron afectados económica y socialmente con la emergencia causada por la pandemia, una fijada en el artículo 1.° consistente en subsidios y otra señalada en el artículo 2.° para que las entidades territoriales asumieran total o parcialmente el pago de dichos servicios, opción esta última por la que optó el ahora accionante, como quedó explicado. Así las cosas, se repara en que la corporación accionada, al abordar el estudio de la motivación del acto sometido a control, su congruencia con las normas generales y la concordancia con el principio de legalidad, debió valorar los antecedentes administrativos aportados por el ahora accionante frente al Decreto 580 de 2020, pero no lo hizo así. En esa medida, la Subsección considera que el Tribunal Administrativo del Meta incurrió en los defectos

fáctico y sustantivo, el primero, por la omisión en la valoración probatoria y, el segundo, por la indebida aplicación de la norma que sirvió de fundamento al acto administrativo frente al cual se adelantó el medio de control inmediato de legalidad, por lo que se configura la transgresión del derecho fundamental al debido proceso del municipio de Castilla La Nueva”.

Problema jurídico 2: ¿La solicitud constitucional resulta procedente para controvertir la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Tribunal Administrativo del Meta, en el medio de control inmediato de legalidad de la Resolución 220 de 2020?

Tesis 2: “[L]a Subsección considera que la acción de tutela procede contra las sentencias proferidas en el control inmediato de legalidad, puesto que el criterio jurisprudencial vigente refiere que aquella puede interponerse para controvertir providencias judiciales, siempre que se cumplan con los requisitos generales y se invoque y sustente en debida forma la configuración de cualesquiera de las causales específicas, en cuyo caso el amparo constitucional procederá cuando se compruebe la vulneración del derecho fundamental invocado, sin que puedan exigirse requerimientos adicionales. Así pues, en el asunto bajo estudio, al centrarse la discusión en la sentencia del 13 de agosto de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en el control inmediato de legalidad de la Resolución 220 de 2020, con fundamento en la configuración de los defectos fáctico y sustantivo, el estudio resulta procedente porque, en primer lugar, no se controvierte el acto administrativo general, impersonal y abstracto, sino la providencia judicial referenciada. Asimismo, en segundo lugar, se advierte que si bien la Corte Constitucional ha determinado la improcedencia de la acción de tutela en contra de proveídos que deciden sobre los controles de constitucionalidad, como lo evidenció la

Subsección que conoció la primera instancia de esta acción, lo cierto es que las sentencias proferidas en ejercicio del control inmediato de legalidad no pueden asemejarse con aquellas emitidas dentro de dichos controles que ejercen la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, frente a los decretos legislativos y a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, respectivamente, puesto que su naturaleza es distinta y sus características también lo son, como se verá a continuación, y, por ende, no puede trasladarse la causal de improcedencia definida en la jurisprudencia constitucional a esos casos. Ciertamente, se tiene que mientras que la Corte Constitucional analiza los decretos legislativos que dicta el Gobierno, con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política, el control inmediato de legalidad a cargo del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos versa sobre las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, en el tiempo en que mantuvieron sus efectos. Igualmente, se repara en que el parámetro normativo que debe tenerse en cuenta para controlar esos actos también es diferente, la Corte Constitucional, en los controles automáticos, tiene como referente la Constitución Política y en los controles inmediatos de legalidad si bien el análisis es integral y debe considerarse todo el ordenamiento jurídico, el estudio concreto de la medida de carácter general se hace frente a la norma emitida por el Gobierno Nacional y, finalmente, los efectos de las sentencias en ambos casos son disímiles, ya que la providencia que decide los controles automáticos de la Corte Constitucional pasa a ser cosa juzgada constitucional absoluta, lo que implica que posteriormente no pueden presentarse demandas de inconstitucionalidad en contra de los decretos legislativos ya revisados, en contra-

posición los fallos del control inmediato de legalidad tienen efecto de cosa juzgada relativa, es decir, que, posteriormente, cualquier ciudadano puede demandar las medidas administrativas en los medios de control ordinarios, pero alegando causales de nulidad que no hayan sido abordadas en aquel. (...) De igual forma, se itera que tampoco era viable sustentar dicha postura con base en el ordinal 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, puesto que, como quedó explicado previamente, lo discutido en esta sede es la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta y no directamente la Resolución 220 de 2020”.

Defecto fáctico por no valorar en debida forma las pruebas que acreditaban que los accionantes solo tuvieron conocimiento del hecho dañoso con posterioridad a su acaecimiento.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-04256-01 [AC]

FECHA: 12/12/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTES: Cesar Ibarguen Martínez y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Chocó

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se configura el defecto fáctico en la sentencia de 11 de febrero de 2022, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción de grupo, por la presunta ausencia de la valoración en debida forma de las pruebas allegadas para determinar la fecha a partir de cuándo se debe contar el término de caducidad de la acción de grupo y por la presunta falta de sustento probatorio para declarar la caducidad?

Tesis: “[E]l Tribunal Administrativo del Chocó, en la acción de grupo que dio origen a esta acción constitucional, [concluyó que] se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad, porque la demanda se presentó el 18 de julio de 2017, pero el hecho dañoso del cual se derivaba la reclamación pecuniaria, se causó entre los años 2007 y 2009, cuando la Secretaría de Educación del Chocó descontó los dineros de los docentes, sin haber efectuado el pago a favor de la Cooperativa – Coopetraban; de manera que era evidente que la interposición de la acción de grupo se hizo por fuera del término previsto en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en el literal h) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Para el Tribunal, el hecho dañoso se cometió entre los años 2007 y 2009, pues según indicó “consta en el dossier di-

cha entidad [Secretaría de Educación del Departamento del Chocó] dejó de transferir las respectivas cuotas correspondientes a las obligaciones pactadas entre los decentes (sic) y la Cooperativa Coopetraban”, y afirmó que “los demandantes eran conscientes y tenían pleno conocimiento de la posible omisión por parte de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó”, por consiguiente, para el momento en que los actores presentaron la demanda de acción de grupo, ésta ya había caducado, dado que habían transcurrido más de 10 años. No obstante, esta Sala advierte que en el análisis desarrollado por la autoridad judicial en la providencia acusada, no obra consideración, ni valoración entorno a los elementos probatorios que permitan acreditar lo afirmado y concluido por el Tribunal en relación con el momento en que se consumó el daño que da origen al inicio del conteo del término de caducidad de la acción de grupo; por lo que no es posible inferir, ni determinar, a partir de su análisis, que los demandantes para los años 2007 y 2009, hubieran tenido conocimiento claro y cierto de lo sucedido frente a los descuentos de libranza adquiridos con la Cooperativa Coopetraban, de manera que lo determinable es presumir que de buena fe, confiaban en que el Departamento del Chocó, quien les realizaba oportunamente los descuentos por

nómina, estuviera haciendo los respectivos giros a su acreedor. Ahora bien, pese a que el Tribunal accionado refirió en la providencia de 11 de febrero de 2022, que no existían pruebas en el plenario para advertir que los accionantes solo tuvieron conocimiento del hecho dañoso con ocasión de la emisión de las circulares 01 del 5 de septiembre de 2017 y 02 de enero del 2018, expedidas por Cooperaban, que les informaba sobre los procesos ejecutivos tendientes a recaudar los dineros no transferidos; también es cierto que en el contenido de la sentencia acusada no se menciona prueba alguna que permita inferir, sin duda alguna, que los demandantes conocieron de la omisión en que incurrió la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó entre los años 2007 y 2009. Por tanto, el Tribunal Administrativo del Chocó, debió recabar y analizar los elementos probatorios que le hubieran permitido tener certeza del momento consumativo del daño, revisando, para el efecto, la comunicación y las providencias que daban cuenta de los procesos ejecutivos adelantados en contra de los tutelantes con miras a cobrar las expensas derivadas de las acreencias que tenían con la citada Cooperativa, toda vez que a partir de la ocurrencia de estos hechos es que los deudores, acá accionantes, tuvieron la posibilidad de darse cuenta de la omisión en que incurrió el Departamento del Chocó al descontar los recursos de nómina y no transferirlos a la entidad de economía solidaria “Cooperaban”. (...) [C]on relación al cómputo del término de caducidad en el medio de control de la pretensión de reparación de perjuicios causados a un grupo, esta Corporación ha precisado que tal figura procesal debe contabilizarse a partir del momento en que los afectados tuvieron conocimiento del daño y no del hecho, omisión u operación administrativa. (...) Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte que en el presente asunto, el estudio de lo relevante, para efectuar un adecuado análisis probatorio, no debió restringirse en verificar el momento en que se produjo el daño, sino en establecer el instante en

los que accionantes tuvieron conocimiento exacto de la ocurrencia del mismo; pues no se puede desconocer como hecho cierto, que el descuento de libranza lo efectuaba automáticamente la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó en la nómina de los docentes, por lo que estos últimos tenían la confianza legítima de que ese pago se estaba realizando oportunamente; por ende, no es de recibo, que sin una mayor valoración probatoria, se genere una carga indebida a la parte demandante con la sanción de la caducidad, solo por el hecho de tener por cierto el momento de la ocurrencia del daño; pasando por alto que el elemento de conocimiento del hecho lesivo resulta ser necesario e indispensable para garantizar el ejercicio del derecho de acción y de los derechos al debido proceso y de defensa. (...) De suerte que la solución al problema jurídico adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó, en el marco del proceso de acción de grupo, resulta ser contraria al principio de justicia, por cuanto que compele a los deudores a pagar de nuevo una acreencia que en su oportunidad fue bien pagada, en detrimento de su salario y, por ende, de su medio de subsistencia; favoreciendo, de contera, la incurria del Departamento en el ejercicio de su deber como recaudador de libranzas. (...) [C]ontrario a lo manifestado por A-quo en la presente acción constitucional, se observa que la autoridad judicial accionada, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, al llegar a una conclusión carente de sustento probatorio, omitiendo, por tanto, valorar de manera adecuada el material obrante en el expediente de la acción de grupo, para determinar con certeza el momento en que los demandantes tuvieron conocimiento de la omisión en que incurrió la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó, respecto del no traslado de los recursos por concepto de libranza que le correspondía hacer a favor de la Cooperativa - Cooperaba, lo que le hubiera permitido determinar el momento exacto en el que se debía contabilizar el término de caducidad de la acción de grupo”.

Defecto fáctico por indebida valoración de las pruebas y sustantivo por desconocimiento del precedente al aplicar el régimen objetivo de responsabilidad del estado en un caso de privación injusta de la libertad.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-06040-01 [AC]

FECHA: 13/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Luis Fernando Machado Quiroz

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Cesar

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Cesar, al proferir la providencia del 19 de mayo dentro del medio de control de reparación directa radicado 20001-33-33-001-2017-00367-01, incurrió en los defectos fáctico, por indebida valoración de las pruebas, y sustantivo, por desconocimiento del precedente judicial, al aplicar el régimen objetivo de responsabilidad del Estado en un caso de privación injusta de la libertad en el que no se tuvieron en cuenta las pruebas surgidas de la acción de revisión, a través de las cuales se evidenció la atipicidad de la conducta, y en consecuencia de ello, se dio lugar a la preclusión de la investigación penal?

Tesis: “[N]o es de recibo la afirmación de la parte impugnante, consistente en que por el hecho de haber encontrado ajustada la medida de aseguramiento, no procedía el análisis de las nuevas pruebas aportadas en sede de revisión, dado que el juez administrativo debe realizar en torno a la responsabilidad del Estado, con ocasión de la privación de la libertad, un análisis íntegro de las particularidades del caso, para determinar la injusticia de la medida restrictiva. (...) En casos como el presente, en el que se invoca la existencia de un defecto fáctico en su dimen-

sión positiva, el juez de tutela está autorizado a analizar, solamente, si la valoración que realizó el operador jurídico desconoció las reglas de la sana crítica y/o la persuasión racional, eventos que aunados con la falta de valoración de las pruebas que dieron sustento a las decisiones que establecieron la atipicidad de la conducta y la consecuente preclusión de la investigación, permiten advertir que se encuentra configurado el defecto fáctico. (...) Ha señalado la Corte Constitucional que las reglas de la sana crítica son, ante todo, las del correcto entendimiento humano, en las cuales interfieren tanto la lógica como la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. (...) En materia de apreciación de pruebas, el sistema de la sana crítica o persuasión racional es aquel en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor probatorio con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; es decir, que requiere de una motivación consistente en la expresión de las razones que se han tenido [con fundamento en las referidas reglas], para

determinar el valor y/o mérito de las pruebas. (...) [E]sta Sala de decisión ha sido constante en sostener que la tarea de decidir ante distintos medios probatorios cuál o cuáles de ellos y con qué concreto alcance deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso, es una materia de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica de la prueba, las que en virtud del artículo 176 del CGP constituyen una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios. (...) Lo anterior aunado a la valoración integral de las pruebas allegadas, permite al juzgador, en el caso como el que ocupa la atención de la Sala, contar con los suficientes elementos de juicio para determinar el régimen de responsabilidad aplicable, que como quedó explicado líneas atrás, de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 y el de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proveído del 6 de agosto de 2020 proferido dentro del expediente: 66001-23-31-000-2011-00235- 01 (46.947), en materia de privación de la libertad no se privilegia ninguno en especial pues independientemente del que se adopte, se debe analizar la antijuridicidad del daño. (...) [E]l Tribunal analizó la presunta antijuridicidad del daño, referido únicamente a la medida de aseguramiento impuesta al señor Alfaro Quiroz; sin embargo, omitió para efectos de establecer los criterios de adecuación, razonabilidad y necesidad de la privación de la libertad, la valoración de los elementos de juicio que tuvo, tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, como la Fiscalía General de la Nación, para infirmar la condena y precluir la investigación, respectivamente, lo que hace que se torne en irrazonable e ilógico lo concluido por el Tribunal accionado y, por ende, se configura el defecto fáctico. (...) La sentencia

impugnada encontró igualmente la presencia de un desconocimiento del precedente jurisprudencial, al no tenerse en cuenta la Sentencia SU-072 de 2018, la cual si bien fue mencionada por el Tribunal Administrativo del Cesar al referir el marco de la privación injusta de la libertad, no fue tomada en cuenta para analizar la imputación jurídica de la responsabilidad endilgada al Estado, dado que descartó la posibilidad de analizar si la atipicidad de la conducta penal determinada en sede de revisión y que dio lugar a la preclusión de la investigación, debía ser valorada bajo el régimen objetivo. (...) Con ello no se quiere significar, como lo dijo el a quo que «la autoridad judicial accionada esté obligada a emitir una condena bajo el régimen de responsabilidad objetivo. (...) Su deber consiste en aplicar la jurisprudencia vigente, pero bajo el entendido de que en esos mismos pronunciamientos se establece que es factible analizar la responsabilidad estatal desde la perspectiva de un título de imputación objetivo, por ejemplo, en aquellos eventos en los que la atipicidad objetiva de la conducta constituye el fundamento de la decisión absolutoria o de la preclusión de la investigación». (...) [E]l Tribunal Administrativo del Cesar, incurrió en los defectos fáctico y desconocimiento del precedente, al haber dejado de valorar las pruebas que conllevaron a que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 5 de septiembre de 2012 declarara próspera la acción de revisión, dejara sin efectos las sentencias condenatorias, otorgara la libertad al señor [L.F.M.Q.] y dispusiera la reanudación del proceso penal para nueva calificación, por lo que la Fiscalía General de la Nación el 22 de junio de 2015, a través de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, por atipicidad de la conducta, precluyó la investigación respectiva”.

Desconocimiento del precedente judicial y defecto fáctico en casos de ejecución extrajudicial “falso positivo”.

RADICADO: 11001-03-15-000-2023-01037-00 [AC]

FECHA: 20/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTES: Yolanda Arias de Valencia y otros

DEMANDADO: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Vulneró el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los señores [Y.A.V.], [J.N.G.O.], [D.C.V.A.], [L.A.G.A.] y [R.V.A.], al proferir la sentencia del 30 de marzo de 2022, dentro del medio de control de reparación directa por ejecución extrajudicial con radicación 63001-23-31-000-2009-00285-03, en el cual se negaron las pretensiones, al incurrir en defecto fáctico por indebida valoración del material probatorio obrante en el plenario, dado que concluyó que la parte demandante no acreditó: la falla en el servicio, que la muerte de [H.A.A.C.] ocurrió en estado indefensión o por fuera de un enfrentamiento armado con el Ejército Nacional, la manipulación de la escena o del cuerpo?

Tesis 1: “[S]e advierte que, en efecto, existe una contradicción frente a la posición en la que fue encontrado el cadáver, pues, según el Acta de Inspección Técnica a Cadáver núm. 039, su posición era de cúbito dorsal, mientras que en la declaración rendida por el subteniente [K.R.U.C.] era abdominal. Sin embargo, al analizar la providencia objeto de reproche no se observa que la autoridad haya analizado esta situación, la cual podría incidir en la decisión

adoptada, comoquiera que uno de los presupuestos para no encontrar acreditada la falla del servicio es que no se demostró una manipulación de la escena o del cuerpo. (...) [L]a Subsección considera que se encuentra estructurado el defecto fáctico alegado, por la valoración indebida de los elementos probatorios mencionados. (...) [C]omo el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, no valoró en su conjunto el Acta de Inspección Técnica a Cadáver núm. 039 y la declaración rendida por el subteniente [K.R.U.C.], las cuales podrían tener incidencia en la decisión proferida el 30 de marzo de 2022, comoquiera que se evidencia una contradicción sobre la posición en la que se encontraba el cuerpo del señor [H.A.A.C.], es necesario que vuelva a valorar estos elementos, por lo que debe dejarse sin efectos la decisión aquí cuestionada.”

Problema jurídico 2: ¿Vulneró el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los señores [Y. A.V.], [J.N.G.O.], [D.C.V.A.], [L.A.G.A.] y [R.V.A.], al proferir la sentencia del 30 de marzo de 2022, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, al incurrir en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, específicamente, las

reglas fijadas en casos de graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con las sentencias 1993-01886-01 (18850), 1999-00217-01 y 1999-01063-01 (32988) del Consejo de Estado y SU-035 de 2018 y SU-061 de 2021 de la Corte Constitucional?

Tesis 2: “[L]a Sección Tercera de esta corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la importancia de flexibilizar el valor del acervo probatorio en casos en que se alegue la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos. En cuanto a ello, en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, la mencionada Sección sostuvo que cuando ocurren situaciones como las descritas, se rompe el principio de igualdad entre las partes, pues las víctimas quedan en una posición de desventaja frente al Estado en relación con la carga de la prueba, de ahí que el juez “debe acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos funda-

mentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas”. Igualmente, en el referido pronunciamiento, dicha Sección recordó que en los casos de graves violaciones de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana ha indicado que el Estado tiene una mayor carga probatoria por haber permitido u ocasionado esos hechos. Así las cosas, (...) al exigir un estricto cumplimiento de la carga de la prueba para demostrar la falla en el servicio y no aplicar la flexibilización de los estándares probatorios, la cual implicaba que valorara todo el acervo probatorio, de forma individual y en conjunto, esta Sala considera que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, obvió la jurisprudencia antes evocada. Por tanto, en el caso en concreto no solo se encuentra estructurada la causal de defecto fáctico, sino también la de desconocimiento del precedente judicial. (...) [L]a Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia de los accionantes”.

Defecto fáctico por indebida valoración de un acuerdo de reestructuración para reducir la condena judicial impuesta en primera instancia.

RADICADO: 11001-03-15-000-2022-06356-01 [AC]

FECHA: 24/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTES: Constanza Jiménez Trujillo

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Hay lugar a amparar los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, ya que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al proferir la sentencia del 3 de agosto de 2022, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el radicado 76001-33-33-019-2018-00171-01, mediante el cual se redujo el valor reconocido por concepto de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, incurrió en defecto fáctico por indebida valoración del artículo 15 del acuerdo de reestructuración, en tanto su aplicación se dirige a sentencias judiciales cuyos hechos u omisiones sucedieron antes del inicio de su promoción, el 20 de mayo de 2013, mientras que la sanción moratoria reconocida se generó del 30 de enero al 11 de julio de 2016?

Tesis: “[S]e recuerda que no existe controversia en cuanto al reconocimiento del derecho al pago de la sanción moratoria en favor de la demandante «equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, desde el 30 de enero de 2016 hasta el 11 de julio de 2016, [esto es,] ciento sesenta y siete (167) días»; sino, a que el pago corresponda solamente al 70% de lo reconocido, «conforme el parágrafo de la

cláusula 15 del Acuerdo de Restructuración de Pasivos celebrado por el Departamento del Valle del Cauca y sus acreedores». (...) Como se observa, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca determinó el porcentaje del monto a pagar a título de sanción moratoria en favor de [C.J.T.], tal como lo ordena el parágrafo de la cláusula 15 del referido acuerdo; no obstante, nada dijo acerca de si le resultaba «temporalmente» aplicable en tanto la disposición ibidem (...) [L]lama la atención de la Sala que el referido argumento coincide con el fundamento del escrito de apelación impedido contra la sentencia de primera instancia, razón por la cual, era obligación del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolverlo, esto es, que el periodo por el cual fue sancionada la entidad territorial es posterior a la fecha de promoción del acuerdo de reestructuración de pasivos. (...) Por otra parte, en cuanto al segundo argumento de inconformidad de la demandante consistente en el que acuerdo de reestructuración no fue aportado al proceso, se advierte que no se emitirá pronunciamiento al respecto toda vez que no fue alegado en su debida oportunidad ante el juez natural del asunto a través del escrito de apelación. (...) A juicio de la Sala, la autoridad judicial deman-

dada incurrió en defecto fáctico en tanto valoró parcialmente el contenido de la cláusula 15 del «Acuerdo de Reestructuración de Pasivos celebrado por el departamento del Valle del Cauca y sus acreedores», pues solo se refirió al párrafo, es decir, nada dijo respecto a la aplicación o no del acuerdo a la situación particular de [C.J.T.] de cara a la fecha en que se le generó el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, razón por la cual se accederá al amparo solicitado. (...) En consecuencia, i) se dejará sin efectos la sentencia proferida

el 3 de agosto de 2022 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 76001-33-33-019-2018-00171-01, y ii) se le ordenará a dicha corporación judicial que, en el término de 20 días siguientes, contados a partir de la notificación de la presente providencia, emita un pronunciamiento de reemplazo, de conformidad con los argumentos expuestos en precedencia”.

Defectos fáctico y procedimental por exceso ritual manifiesto, al declarar la caducidad de la acción de reparación directa, en un caso de desaparición forzada de una menor de edad en una institución médica, a pesar de existir debate sobre la fecha del fallecimiento.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01835-00 (AC)

FECHA: 13/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Ana Yunez Ayala

DEMANDADO: Tribunal Administrativo del Tolima y otro

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Tolima, al expedir la providencia de 16 de octubre de 2020, mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa ejercida por la accionante, incurrió en los defectos fáctico, procedimental por exceso ritual manifiesto y desconocimiento del precedente?

Tesis: “En criterio de esta corporación, resulta violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia de la demandante, por cuanto, so pretexto de una formalidad como lo es la caducidad, se sustrae de analizar, de manera reflexiva, las circunstancias especiales en las que se produjo la muerte de la bebé. (...) Lo anterior, habida cuenta que dio por demostrada la muerte de la menor a partir de las anotaciones que reposan en la historia clínica y el informe de patología que se aportó, pero no le otorgó valor probatorio alguno al hecho de que los padres de la bebé se negaron a suscribir el consentimiento informado que el hospital les exigió para remitir el cuerpo a patología, aun cuando se trata de un hecho relevante que permite advertir la existencia de ciertas irregularidades en el manejo que el hospital le dio al parto de la

señora [A.Y.A] y a la disposición de los restos de la niña y en el cual, precisamente, la demandante sustenta la teoría según la cual su hija fue desaparecida. (...) Sobre la caducidad, la sentencia de primera instancia precisó que «... el 23 de agosto de 2008 el Hospital le solicitó a la madre, Sra. [A.Y.A], que otorgara consentimiento informado para realizarle patología al mortinato, a lo cual ella se negó; sin embargo, se le indicó que no se le devolvería el cuerpo. Por lo tanto, la madre nunca pudo tener certeza si su hija estaba viva o muerta y en consecuencia al no aparecer la misma ni tampoco estar probado dentro del expediente el resultado de la investigación penal, el término de caducidad no operó, de acuerdo con lo sostenido en la sección denominada: “la caducidad en los casos de desaparición forzada” y en consecuencia se declarará no probada esta excepción». (...) Considera la Sala que el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico y en exceso ritual manifiesto, por cuanto, aunque valoró las pruebas documentales aportadas – historia clínica e informe de patología – ignoró las circunstancias en las que se desarrollaron los días anteriores y posteriores al parto gemelar de la señora [A.Y.A], y que le impidieron tener

certeza absoluta del fallecimiento de su hija, por cuanto nunca se le permitió siquiera ver el cuerpo de la menor y, en ese sentido, es dable pedirle el cumplimiento estricto del término de caducidad de 2 años, pues, se insiste, la jurisprudencia vigente y unificada sobre el tema es clara en señalar que, tratándose de un delito de desaparición forzada, este empezará a correr a partir de la aparición del cadáver o de la ejecutoria de la sentencia penal. (...) Por lo expuesto,

se concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la demandante y, como consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 16 de octubre de 2020 para que el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, emita una sentencia de fondo sobre la controversia planteada por la señora [A.Y.A.]”.

“[E]l Tribunal Administrativo del Tolima, en el proveído discutido, contrario a lo señalado en el fallo objeto de este salvamento, estudió la negativa de los progenitores de remitir el cuerpo; sin embargo, determinó que ese hecho obedeció al tratamiento que por ley debe realizarse en esos eventos al óbito fetal. Así, explicó que no era posible entregarlo a los padres, puesto que el procedimiento exige que sea sometido a estudios patológicos y, posteriormente, cremado. En ese sentido, coligió que esa situación no demostraba la desaparición forzada alegada y, en esa medida, no era posible aplicar el término de caducidad previsto para esos casos, por lo que la demanda debió instaurarse bajo el título de imputación de falla en el servicio médico asistencial y, por lo tanto, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho dañoso, lo cual no aconteció. En ese orden de ideas, advierto que el Tribunal referido no incurrió en los defectos invocados, sino que, por el contrario,

valoró minuciosamente todo el acervo probatorio y, con base en él, evidenció que no se demostró la existencia de una desaparición forzada como lo plantearon los demandantes, a pesar de que la carga de acreditar que ello sucedió recaía en el extremo activo del medio de control. Aunado a ello, debe recordarse que cuando la discusión versa sobre la valoración probatoria, la intervención del juez de tutela, en relación con el manejo dado por el juez natural es, y debe ser, de carácter extremadamente reducido, puesto que el respeto por el principio de autonomía judicial y el principio del juez natural impiden que aquel realice un examen exhaustivo del material probatorio, máxime cuando el estudio realizado se encuentra razonablemente justificado. En ese sentido, el juez constitucional únicamente puede intervenir cuando el yerro sea ostensible, flagrante y manifiesto, lo cual no ocurrió en el sub lite”.

Defecto fáctico por resolver la controversia sin practicar pruebas determinantes para establecer la responsabilidad patrimonial del Ejército Nacional, con ocasión de la indebida incorporación de un conscripto al servicio militar obligatorio.

267

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-00649-01 [AC]

FECHA: 24/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jossi Sebastián Medina y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con la expedición de la sentencia de 27 de agosto de 2020, que confirmó la sentencia de primera instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, incurrió en un defecto fáctico y en desconocimiento del precedente jurisprudencial y, por consiguiente, en la vulneración de los derechos fundamentales invocados?

Tesis: “Se encuentra que pese a que el Juzgado decretó las pruebas antes reseñadas y en tres oportunidades requirió al Batallón de Alta Montaña N° 9 en Algeciras – Huila, a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y al Director de Personal del Ejército Nacional, las entidades no aportaron los documentos solicitados. En ese orden de ideas, esta Sala de Subsección encuentra con extrañeza que el Juzgado, al resolver tener por desistidos los medios de pruebas documentales, afirmó que dicha decisión se dio como consecuencia del incumplimiento de la carga procesal de la parte demandante. Se observa que el Juzgado desconoció que en la audiencia de pruebas celebra-

da el 22 de mayo de 2017, estipuló que pese a que el apoderado del demandante dio trámite al oficio que ordenó solicitar documentos, las entidades requeridas no dieron respuestas y en las demás oportunidades procesales tampoco las aportaron. Por todo lo expuesto, encuentra esta Sala de Subsección que el Juzgado no utilizó sus poderes oficiosos para llevar a feliz término la audiencia de pruebas, pues si bien, decretó de oficio las pruebas que consideró pertinentes útiles y conducentes, al final culpó a la parte demandante de no allegar los documentos requeridos sin hacer referencia a la entidad demandada que, pese a los reiterados requerimientos, no los aportó sin siquiera argumentar los motivos que le impidieron hacerlo. Como consecuencia de lo anterior, se observa que tanto el Juzgado 31 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirieron sentencia sin tener los elementos probatorios que les dieran claridad del estado de salud de [J.S.M] antes de ingresar al Ejército como soldado conscripto y si su estadía y las funciones que cumplió como soldado, empeoraron sus condiciones médicas”.

Defecto fáctico por no valorar la historia médica de la accionante ni decretar prueba de oficio para esclarecer los hechos objeto de controversia, en relación con una falla médica obstétrica.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-05003-01 [AC]

FECHA: 27/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Tania Llinedy Tabares González y otros

DEMANDADO: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en los defectos fáctico y sustantivo con la sentencia que negó las pretensiones de la demanda del medio de control de reparación directa por falla del servicio médico a causa de la muerte de un recién nacido en el E.S.E. Hospital Santa Mónica de Dosquebradas?

Tesis: “Conforme al historial médico citado en precedencia, se observa que tal y como lo señala la parte accionante, el trabajo de parto se prolongó en el tiempo y se encuentran anotaciones en la historia clínica referentes a riesgo de sufrimiento fetal, no obstante la señora Tania Tabares no fue remitida a un hospital de nivel superior que pudiera atender el parto a través de cesárea por las complicaciones presentadas en el parto, más si tiene en cuenta que los mismos médicos que atendieron a la accionante, señalaron en los reportes médicos que el periodo de expulsión tuvo una duración de 16 horas. Sumado a lo anterior, no puede pasarse por alto que de los elementos probatorios también se puede observar que la señora Tabares tuvo problemas para dilatar y el personal médico no buscó alternativas para lograr el nacimiento. Ahora

bien, teniendo en cuenta que la autopsia realizada arrojó como resultado que el fallecimiento del menor se generó como consecuencia de la asfixia neonatal severa que padeció; en ese sentido, para determinar si la responsabilidad era o no atribuible a la entidad demandada era indispensable establecer el origen de la asfixia. Conforme a lo anterior, se observa que en los testimonios brindados por los médicos especialistas, manifestaron que no podían hacer una presunción o emitir un concepto respecto a la causa del diagnóstico del menor para asfixia neonatal severa, por cuanto la conclusión del origen debía otorgarla un médico gineco-obstetra o perinatólogo ya que pueden evaluar el partograma, todas las condiciones y las fases del trabajo de parto. Así las cosas, y en aras de garantizar los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial sobre el material, el juez conductor del proceso debe hacer uso de los instrumentos que la ley ha puesto a su disposición a fin de que pueda esclarecer los hechos puestos a su consideración y emitir un pronunciamiento acorde no sólo con la realidad probatoria allegada, sino con la que ofrece la realidad”.

“Al respecto, observo que la decisión objeto de tutela, explicó razonablemente los motivos por los que debía revocarse la decisión de primera instancia, conforme al acervo probatorio obrante en el plenario. Así, expuso que en el proceso no logró acreditarse, ni siquiera de forma indiciaria, que durante el parto se presentaron complicaciones o que existiera una necesidad de remitir a la paciente a una entidad de alta complejidad y que, por esas razones, hubiera fallecido el neonato.

Asimismo, manifestó que si bien es cierto las autoridades judiciales cuentan con la facultad de decretar pruebas de oficio, para esclarecer los hechos objeto de la controversia, también lo es que esa prerrogativa no puede suplir la carga probatoria que le asiste a la parte demandante del proceso de reparación directa de demostrar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, entre ellos, el nexo causal”.

Defecto orgánico

Defecto orgánico en la providencia judicial por la limitación de los derechos a la reunión y manifestación pública, sin tener el juez constitucional competencia para tal efecto.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01984-01 [AC]

FECHA: 29/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Felipe Parra Rojas y otros

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B

ACCIÓN CONSTITUCIONAL: Tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿En el presente asunto se encuentra configurada la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, en atención a que las manifestaciones que fueron aplazadas mediante el auto del 27 de abril de 2021, proferido en la acción de tutela 2020-02700-00, a la fecha ya fueron realizadas?

Tesis 1: “[L]a carencia de objeto por sustracción de materia implica, en términos del órgano de cierre constitucional, la existencia de una situación sobreviniente que se origina, entre otros casos, cuando: (i) el accionante es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora, (ii) un tercero ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental, (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada o (iv) el peticionario del amparo pierde interés en el objeto de la litis, circunstancias que modifican los hechos y generan que la posible orden a impartirse, relativa a lo solicitado en la acción de amparo, no surta ningún efecto. (...) La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sen-

tencia de primera instancia de la acción de la referencia, declaró la carencia actual de objeto por situación sobreviniente porque consideró que las manifestaciones del 28 de abril y del 1.º de mayo del presente año, a pesar de la expedición del auto del 27 de abril de 2021, se llevaron a cabo, motivo por el cual una eventual orden carece de objeto. (...) Sin embargo, es importante precisar que si bien los efectos de la providencia controvertida, esto es, la postergación de las jornadas de la reunión pública ahora no tiene consecuencias prácticas, no sucede lo mismo con la existencia jurídica de aquella, como lo afirmó el recurrente, pues, una vez adquirió ejecutoria, quedó en firme y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, ineludiblemente, y en atención a las particularidades del caso, resulta indispensable analizar el fondo del asunto. Lo anterior guarda concordancia, como lo determinó la Subsección B de la Sección Tercera de esta corporación, con la jurisprudencia constitucional, la cual ha sido consistente en sostener que si bien, en principio, la carencia actual sustrae del conocimiento del juez constitucional un asunto, ante la ausencia

de razones para pronunciarse de fondo, lo cierto es que ello no impide que aquel se manifieste sobre la vulneración invocada en la dimensión objetiva, con el fin de evitar, por ejemplo, que se vuelvan a presentar transgresiones en el futuro, para cuyo fin, incluso, puede adoptar medidas adicionales. En ese sentido, el juez constitucional puede: 1. Llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, 2. Advertir la inconveniencia de su repetición, 3. Corregir las decisiones judiciales de instancia y 4. Avanzar en la comprensión de un derecho fundamental. Así las cosas, en caso de determinar en el presente asunto que en el auto del 27 de abril de esta anualidad se incurrió en el defecto orgánico alegado, se dejará sin efectos esa decisión, a pesar de que la orden allí contenida a la fecha no tenga consecuencia desde la perspectiva material y, por ende, haya perdido su razón de ser. Lo anterior, con el objetivo de ajustar la decisión judicial de instancia al orden constitucional. En consecuencia, se confirmará la carencia actual de objeto, por situación sobreviniente, declarada en primera instancia, y se estudiará el fondo del asunto”.

Problema jurídico 2: ¿La autoridad judicial accionada tenía competencia para decretar la medida provisional de urgencia adoptada en el auto del 27 de abril de 2021 en el trámite constitucional?

Tesis 2: “[L]a Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado no desconoció, como tampoco lo hace la presente, que el derecho es cambiante y, en esa medida, no puede ser ajeno a las transformaciones sociales, políticas y económicas del país. Sin embargo, ese aserto no puede justificar la adopción de decisiones que escapan de la órbita competencial de las autoridades judiciales, quienes no cuentan con las prerrogativas de arrogarse una facultad que no está prevista en la Constitución Política ni en la ley, como ocurrió en el asunto bajo estudio. (...) [L]a Subsección B de la Sección Cuarta del

Tribunal Administrativo dictó una serie de órdenes dirigidas, entre otros aspectos, a exhortar a los asistentes a las protestas sociales a respetar el derecho a la vida, como lo afirmó la magistrada ponente de la decisión; empero, ese mandato no podía entenderse de forma aislada y abstracta para cobijar todas aquellas situaciones que se pudieran presentarse en el marco de las protestas, sino que estaban conexas con el amparo inicial y las consideraciones que allí se efectuaron acerca del uso de la fuerza por parte de los agentes estatales y del deber de los manifestantes de marchar de forma pacífica, esto es, sin violencia, lo cual no era extensible a los eventuales contagios del COVID-19 durante las marchas. En esa medida, resulta de especial trascendencia resaltar que el objetivo del trámite de cumplimiento y del incidente de desacato es lograr el acatamiento de lo preceptuado por el juez de tutela, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991; sin embargo, esa facultad está limitada por lo fijado en el fallo. Por último, sobre el cuarto reparo consistente en la no extralimitación de funciones en su condición de juez, se denota que, contrario a lo considerado por ella, en el auto del 27 de abril de 2021 y en el escrito de alzada, en la Sentencia C-009 de 2018 no se sostuvo que las autoridades judiciales, concretamente los jueces constitucionales, tienen facultades para restringir los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica, sino que a aquellos corresponde la determinación de la validez de las limitaciones a esos derechos, restricciones que, valga precisar, corresponden al legislador, interpretación que no puede efectuarse de forma distinta, pues de ser así se desconocería el mandato constitucional contenido en el artículo 37 de la Constitución Política, el cual regula que sólo la ley puede expresamente señalar los casos en los que se pueden limitar aquellos. (...) Ahora bien, en esta instancia, la magistrada recurrente alegó que no impuso ninguna restricción, sino que acató la prohibi-

ción impuesta por el presidente de la República de prohibir las reuniones, para evitar los fallecimientos, por el coronavirus. Sobre el particular, se debe dilucidar que, primero, esa función no le correspondía como juez constitucional, dado que, como se explicó precedentemente, la medida decretada no guardaba relación con el amparo otorgado, segundo, aquella no justificó su decisión en los decretos expedidos por el presidente de la República y, tercero, impuso una

limitación concreta y específica para las manifestaciones que se iban a realizar el 28 de abril y el 1.º de mayo de 2021, por lo cual desconoció la reserva legal que existía sobre ese aspecto y desbordó las funciones que tenía asignadas. De este modo, fuerza concluir que la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto orgánico funcional, al extralimitarse manifiestamente de las competencias que le fueron conferidas en el ordenamiento jurídico”.

**ASUNTOS DE SALA PLENA
PROFERIDOS POR LA SECCIÓN
SEGUNDA**

Pérdida de investidura de congresistas

Pérdida de investidura de congresista por violación del régimen de inhabilidades. Violación del régimen de inhabilidades por parentesco con funcionario que ejerce autoridad civil o política en la misma circunscripción electoral.

RADICADO: 11001-03-15-000-2016-02058-00 (PI)

FECHA: 03/05/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Yorguin Duarte Mancilla

DEMANDADO: Marcos Yohan Díaz Barrera

MEDIO DE CONTROL: Pérdida de investidura

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se encuentra el demandado incurso en causal de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, para ser congresista por tener vínculo de parezco con funcionario que ejercía autoridad civil o política al momento de su elección?

Tesis: “[...] Conforme a lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Política, los congresistas pierden su investidura por incurrir en alguna de las siguientes situaciones: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. 2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. 4. Por indebida destinación de dineros públicos. 5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado. Pará-

grafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor. En lo atinente a la naturaleza de la acción de pérdida de investidura, es menester indicar que tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, han coincidido en señalar que se trata de una acción pública de orden constitucional y de carácter legal, mediante la cual se busca asegurar el cumplimiento estricto del estatuto del congresista e implementar, como manifestación de la democracia participativa, una especie de control ciudadano frente a la conducta de los legisladores que se explica por la necesidad de garantizar la integridad y la probidad que debe presidir el cumplimiento de la función de representación política y la labor parlamentaria. [...] A partir del marco constitucional y jurisprudencial anteriormente descrito debe desenvolverse el juicio de pérdida de investidura, sin soslayar el hecho de que ella comporta una severa sanción para el congresista pues afecta de manera grave sus derechos políticos. En este sentido cuando el elegido incurre en una casual de indignidad de aquellas que contempla el ordenamiento jurí-

dico, surge la consecuencia jurídica en forma de sanción, que consiste en la separación del cargo de elección popular y la imposibilidad hacia futuro de que vuelva a ser elegido. Estas particularidades de la pérdida de investidura han llevado a que la Sala Plena del Consejo de Estado acepte que el juicio que se adelanta en estos casos tiene una naturaleza sancionatoria [...] Siendo la pérdida de investidura una sanción, el juicio que la precede está llamado a someterse a las exigencias propias del debido proceso sancionatorio y a los principios que lo gobiernan [...] Por las razones que anteceden, esta Corporación está llamada a resolver la solicitud de pérdida de investidura, sin perder de vista la naturaleza de la institución y su carácter sancionatorio, lo cual implica tener en cuenta la causal invocada y los requisitos para su configuración; el elemento temporal de la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la C.P. y la resolución de caso concreto. [...] De conformidad con los hechos y fundamentos jurídicos expuestos en la demanda, la causal invocada, como aparece mencionado *ut supra*, corresponde a la prevista en los artículos 179-5º y 183-1º de la Constitución Política de Colombia, preceptos que *ad pedem literae* disponen: Art. 183. Los congresistas perderán su investidura: “1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. (...)”. Art. 179. No podrán ser congresistas: (...) “5. Quienes tengan vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.” En tratándose de establecer si un Congresista se encuentra incurso o no en la causal de pérdida de investidura a que se refiere el numeral 5 artículo 179 C.P., la Sala Plena del Consejo de Estado ha puesto de presente que deben reunirse los siguientes su-

puestos: Que el candidato al Congreso tenga vínculo de matrimonio, unión permanente, o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil con un funcionario que ejerza autoridad civil o política en la correspondiente circunscripción territorial, “el día en que se llevan a cabo las elecciones.” Según lo estima el solicitante, el tiempo durante el cual opera la inhabilidad por él invocada es de un año previo a la fecha de la elección y a ese respecto se refiere al “año inhabilitante”. No obstante lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mantiene la tesis de que “para incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución”, el pariente del congresista elegido debería estar ejerciendo autoridad el día en el que se celebraron las elecciones [...] En lo que atañe al quinto de los requisitos para que se configure la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 179 C.P., la Sala, en aplicación de la regla reiterada en esta providencia, encuentra que este elemento no se configura en el presente caso, por estar plenamente demostrado que mediante Resolución 17580 de 9 de septiembre de 2013, la Gobernación de Santander, le aceptó la renuncia al señor (...) del cargo de alcalde de Floridablanca, a partir del 10 de septiembre de 2013, hecho éste que acaeció tres (3) meses antes de la fecha en que su hermano, el señor (...) inscribió su nombre como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Santander para el periodo constitucional 2014-2018. Las razones expuestas hasta aquí permiten concluir que en el sub lite no se reúne la totalidad de los presupuestos de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 C.P., por cuanto el señor (...) no ejerció autoridad civil o política para el día de las elecciones, esto es, para el 9 de marzo de 2014. Recuérdese que su renuncia se aceptó con efectos a partir del

10 de septiembre de 2013. No sobra añadir a lo anterior que al no estar tipificada la causal, la Sala queda relevada de analizar los aspectos subjetivos de la conducta. Teniendo en cuenta las razones que anteceden y las piezas que conforman el acervo probatorio, resulta forzoso concluir que el señor (...) no incurrió en la causal de pérdida de investidura invocada por el solicitante, razón por la cual se desestimarán las pretensiones de la demanda. [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

“[...] aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, por cuanto no se demostró el supuesto probatorio necesario para acreditar la causal invocada de pérdida de investidura deprecada (...) considero importante reiterar, por vía de esta aclaración, mi posición sobre la consideración que la sentencia hiciera respecto al factor temporal como referente para el conteo del período inhabilitante propio del supuesto fáctico de la inhabilidad contenida en el artículo 179 del numeral 5º de la Constitución Política. Se afirma en la sentencia, como una de sus ratios, en el numeral “6.4.5.- Quinto elemento: el tiempo durante el cual opera la inhabilidad” que no se reunió este supuesto de la causal “por cuanto el señor (...) [hermano del Representante a la Cámara] no ejerció autoridad civil o política durante el período comprendido entre el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y la fecha en que efectivamente se llevó a cargo la elección de su hermano como Representante a la Cámara para el período constitucional 2014-2018 por la Circunscripción Electoral de Santander”. Centro mi divergencia respetuosa en el alcance de la forma como está redactada la norma que contiene la casual de inhabilidad cuyo contexto es indicativo de que no es otro que la fecha de la elección, sin que sea viable al intérprete jurisdiccional, esbozar, en ámbitos casi contra legem, un tiempo o plazo con un inicio y un final, es decir, desde la

inscripción hasta la elección, cuando claramente se evidencia que sólo se hace referencia a ésta última. [...] recabo en que la fecha constitutiva de término que prevé la inhabilidad del artículo 179-5 Superior es: la fecha de la elección y ninguna otra, es decir, ni la de la inscripción y menos, la que abarque desde la inscripción hasta la elección, como lo indicó el fallo frente al cual disiento en esa consideración, aunque reitero mi acuerdo con la decisión de negar la pérdida de investidura, por cuanto en el caso concreto, al momento de la elección, el pariente (hermano) del Representante a la Cámara demandado ya no ejercía cargo con funciones de autoridad (Alcalde Municipal de Floridablanca - Santander), debido a que había presentado renuncia al cargo con muchos meses de antelación a la elección del Parlamentario quien se candidatizó por la circunscripción departamental de Santander. Pero, en todo caso, creo que en el evento en que la Sala Plena por mayoría o por unanimidad decidiera cambiar esta posición que es la que ha venido planteando de manera pacífica y reiterativa, tal parecer debería estar ajustado a todo el rigor argumentativo que ello implica y modulando hacia el futuro las consecuencias de la variación jurisprudencial (jurisprudencia anunciada) para no defraudar la confianza legítima que en los actores políticos hubiera generado la postura que se abandona con la nueva hermenéutica. [...]”.

“[...] debo manifestar mi desacuerdo con algunos apartes de los considerandos en el sentido en que califican la acción pública de pérdida de investidura como un juicio que “comporta una severa sanción para el congresista pues afecta de manera grave sus derechos políticos”. [...] El proceso de desinvestidura, supone un juicio objetivo y abstracto de conducta en el sentido de que, una vez probado que la realizada por el parlamentario imputado encaja en los supuestos previstos expresa y taxativamente por el ordenamiento constitucional, ello autoriza al juez para decretar la desinvestidura, sin más. Vale decir, sin tener que acudir a un análisis sobre antecedentes, intenciones, o motivaciones en orden a la vulneración, propia de la culpabilidad penal o disciplinaria. Las razones expuestas son suficientes para establecer que el mecanismo no puede

analizarse desde la perspectiva del parlamentario y su derecho a ser elegido. Quiere decir, no es dable examinar la acción de desinvestidura bajo la óptica del político despojado de algo que le pertenece –se destaca–. Ello no responde al mecanismo constitucional, precisamente, porque la investidura congresual no le pertenece a quien la recibe, sino al Pueblo soberano que, al tiempo que la entrega, exige merecimientos, medidos en función de la gracia otorgada para conservar la dignidad congresual –artículos 3º y 133 C.P.; se destaca–. Brevemente, la desinvestidura se impone sin distingo de la persona para preservar de modo efectivo y ágil la dignidad del Congreso de la República. De ahí que en el juicio la perspectiva del debido proceso del elegido se analice siempre acorde con la especificidad y efectividad del mecanismo. [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

“[...] con el respeto acostumbrado por la decisión adoptada por la Sala, procedo a

manifestar las razones que motivan la aclaración de voto frente al fallo adoptado en el proceso de la referencia [...] el fallo aprobado analiza el contenido del artículo 179-5 de la Constitución, que establece la inhabilidad en la que se sustenta el cargo de la demanda, y parte del supuesto según el cual “para incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, el pariente del congresista elegido debería estar ejerciendo autoridad el día en el que se celebraron las elecciones”. Frente a este aspecto, estimo pertinente aclarar los siguientes puntos: Ese entendimiento que la sentencia aprobada por la mayoría de los integrantes de la sala plena contenciosa acogió para el caso, guarda conso-

nancia con la posición que tradicionalmente esa sala plena de lo contencioso administrativo ha sostenido en el sentido de señalar que la inhabilidad prevista en el artículo 179-5 constitucional se configura cuando el pariente cercano al candidato al congreso ejerce autoridad civil o política “el día en que se lleven cabo las elecciones”. Esta tesis produce como consecuencia que se vacía de contenido la aludida inhabilidad, dejando una significativa zona desprotegida dentro de la función pública en materia del principio de transparencia, consecuencia que, a mi juicio, transgrede el ordenamiento constitucional por razón, en particular, de la condición de la Constitución como norma de normas y de la consagración allí del principio de prevalencia del derecho sustancial. Lo anterior porque en la práctica resultará que basta con que el pariente

se abstenga de alguna actuación que constituya ejercicio de autoridad civil o política “el día de las elecciones”, para soslayar la inhabilidad y burlar el principio de transparencia. La norma constitucional, sujeta así a la mera voluntad de un interesado, queda desprovista de su efecto útil porque no cumple su finalidad que es pre-

caver que parientes cercanos, a través del ejercicio de la autoridad civil o política que ostentan, rompan la igualdad en la contienda política, porque se puede razonablemente entender que las maniobras idóneas de favorecimiento se lleven a cabo durante la campaña electoral y no solo el día de las elecciones. [...]”.

Aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez

“[...] en la citada providencia, si bien es cierto se acogió la posición mayoritaria de la Sala Plena, consistente en que «para incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, el pariente del congresista elegido debería estar ejerciendo autoridad el día en el que se celebraron las elecciones»³⁷, también lo es, que en el texto inicial de la providencia, al desarrollar el caso concreto, de manera discordante con la -ratio decidendi-

hacía referencia al momento de la inscripción, imprecisión por la cual consideré oportuno aclarar mi voto. No obstante lo anterior, al leer el texto final advierto que dicha imprecisión fue corregida en la sentencia, de manera que en los presupuestos del caso concreto se aplicó la regla del tiempo de la elección, guardando coherencia con lo dispuesto por la Sala Plena. Corregido ese punto, como se hizo, se superó la razón que dio origen a mi intención de aclarar el voto [...]”.

“[...] Si bien coincido con la posición mayoritaria de la Sala en concluir que no se demostró en el presente caso la configuración de la inhabilidad contemplada en la causal 5ª del artículo 179 de la Constitución Política, difiero respecto del criterio adoptado para estudiar su elemento temporal, según el cual su constatación debe realizarse para el día de las elecciones. [...] Como se evidencia, en la sentencia de unificación en comento la Sección Quinta del Consejo de Estado abandonó el criterio que acogió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la providencia objeto de la presente aclaración de voto, en lo relativo al elemento temporal de la inhabilidad consagrada en la causal 5ª del artículo 179 de la C.P., por considerar que dicha interpretación no le otorgaba un efecto útil a la norma y desconocía su finalidad. Por tal razón, no comparto la parte motiva de la providencia de 3 de mayo de 2017, dado que el elemento temporal de la inhabilidad debe veri-

ficarse a partir del momento de la inscripción de la candidatura y no para el día de la elección, según lo expuesto por la Sección Quinta en la sentencia de unificación de 26 de marzo de 2015. En todo caso, aún si se hubiera acogido esta última interpretación, lo cierto es que en el caso concreto no se demostró la materialización del elemento temporal de la inhabilidad, toda vez que el hermano del demandado, desde antes de la inscripción de la candidatura del señor (...) para las elecciones de la Cámara de Representantes para el período 2014-2018, había renunciado al cargo de alcalde de Floridablanca. En consecuencia, independientemente del criterio de interpretación que se hubiera adoptado respecto del estudio del elemento temporal de la inhabilidad contemplada en la causal 5ª del artículo 179 de la C.P., lo cierto es que éste no se configuró, motivo por el cual comparto la decisión de haber negado la pérdida de investidura del demandado. [...]”.

Pérdida de investidura de congresista por inasistencia a reuniones plenarias del Congreso. Inasistencia a sesiones del Congreso – Excusas aceptables.

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-00318-00(PI)

FECHA: 05/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Johann Wolfgang Patiño Cárdenas

DEMANDADO: Luz Adriana Moreno Marmolejo

MEDIO DE CONTROL: Pérdida de investidura

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La accionada incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183, numeral 2, de la Constitu-

ción Política? Esto es, ¿dejó de asistir de manera dolosa o culposa y sin justificación alguna, en un mismo periodo de sesiones, a seis (6) o más

sesiones plenarias en las cuales se hayan votado proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura?

Tesis 1: “[...] Para poder delimitar conceptualmente el sentido y alcance de la expresión «inasistir» al cual alude el numeral 2 del artículo 183 de la Constitución, ha de afirmarse de una manera muy simple que esa palabra significa «dejar de asistir o no asistir», tal como lo sugiere el sentido natural y obvio de las palabras. En todo caso, para una adecuada comprensión de su significado, nada más apropiado que remitirnos al alcance de «asistir», su vocablo antónimo. De las distintas acepciones que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española respecto de la palabra «Asistir», la que más se acomoda al caso bajo examen, es la de «Estar o hallarse presente». En efecto, la idea de «asistir» a una «sesión» del Senado de la República, de la Cámara de Representantes o de alguna de sus comisiones, consiste en estar o hallarse presente en la sesión respectiva, esto es, en formar parte del grupo de congresistas que están presentes, participan o intervienen en la sesión en la cual se van a discutir o votar los proyectos anunciados en la convocatoria. Dicho en otras palabras, el cumplimiento de ese deber no se agota simple y llanamente con el hecho de responder el llamado a lista, sino que al ser la «sesión», «un espacio de tiempo ocupado por una actividad», tal como lo define el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, debe entenderse que la asistencia implica de suyo la presencia del parlamentario en la sesión. (...) Dada la dinámica que es propia de la actividad parlamentaria, debe entenderse que ese deber de asistir a las sesiones plenarias del Congreso en las cuales se van a votar proyectos de ley, acto legislativo o mociones de censura, no es sinónimo de permanencia sino de presencia. En este sentido, ese deber ha de ser interpretado con cierta flexibilidad, pues obviamente no implica que un congresista no pueda retirarse

por momentos del recinto en donde tiene lugar la sesión plenaria, siempre y cuando ello no lo lleve a desatender los propósitos de la convocatoria, que se encuentran precisados al aprobarse el orden del día y que, en el caso de los proyectos de acto legislativo o de ley, han sido anunciados en sesión anterior. En este mismo sentido es necesario hacer notar que el constituyente, al señalar que la causal de pérdida de investidura se configura cuando el congresista deja de asistir, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura, tácitamente está dando a entender que su inasistencia a un número menor de sesiones, o a sesiones plenarias en las cuales no se vote ese tipo de iniciativas o a las sesiones que se realicen en las comisiones, no tiene ninguna relevancia en materia de la pérdida de investidura, sin perjuicio de la incidencia que ello pueda tener en el ámbito disciplinario y fiscal. (...) Que quede pues en claro que el verbo rector que define la conducta sancionable, consiste en «inasistir» es decir, no estar presente en la sesión plenaria y que, en todo caso, la conducta esperada del congresista no se reduce a responder el llamado a lista. En conclusión, como queda dicho, el verbo rector de la causal de pérdida de investidura analizada no es “votar”, ni “registrar la asistencia”, sino “asistir”, en el sentido de estar presente en la sesión plenaria. Por ello cuando el hecho mismo de asistir esté en discusión, el juez constitucional de pérdida investidura puede y debe apoyarse en todos los elementos de juicio que obren en el expediente, para afirmar con certeza que el congresista asistió realmente o no a la sesión. Si no se tiene plena prueba de ese hecho, el juez debe resolver cualquier duda en favor del congresista, cuya investidura se cuestiona. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Qué significa que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura sea un juicio de responsabilidad subjetiva?

Tesis 2: “[...] El artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, “Por la cual se establece el procedimiento de Pérdida de la Investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”, dispone lo siguiente: “Artículo 1°. El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.” Cuando el anterior precepto señala que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es «un juicio de responsabilidad subjetiva» está significando que no basta simplemente con establecer si la conducta reprochada al congresista se encuadra o no en alguna de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución, sino que, además de ello, es necesario que las acciones u omisiones constitutivas de la falta puedan atribuirse a título de dolo o culpa. (...) En cuanto se refiere al aspecto subjetivo de la responsabilidad, todos los elementos de juicio incorporados al plenario, analizados en la forma en que queda expuesta, permiten concluir que la accionada, defraudando la confianza del pueblo que representa, de sus electores y de su propia bancada dirigió su voluntad, libre y conscientemente a realizar la conducta consistente en no asistir en un mismo período a seis sesiones plenarias en las que se votaron proyectos de acto legislativo o proyectos de ley, apartándose deliberadamente de sus deberes constitucionales. El hecho de haberse disfrazado en este caso el ausentismo parlamentario, acudiendo al recurso de contes-

tar el llamado a lista y de abandonar las sesiones plenarias a las cuales se debe asistir por obligación, cambiando los rastros empíricos de una conducta que es jurídicamente sancionable con la pérdida de investidura, para hacerla aparecer como legítima o al menos inmune a la prescripción constitucional que se quiere eludir es, sin duda, intencional y por ende dolosa. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Las ausencias de los congresistas a las sesiones pueden justificarse?

Tesis 3: “[...] El artículo 90 de la Ley 5ª de 1992 establece que las ausencias de los Congresistas a las sesiones pueden justificarse por razones de caso fortuito o fuerza mayor y, además, cuando se demuestre una situación de incapacidad física debidamente comprobada; cuando el congresista se encuentre cumpliendo una comisión oficial fuera de la sede del Congreso o haya obtenido autorización expresa de la mesa directiva o del presidente de la respectiva corporación, en los casos indicados en el Reglamento. En estas circunstancias, el hecho de haber presentado una excusa para no asistir debe ser tenido en cuenta al momento de la valoración probatoria, pues en la medida en que ella haya sido aceptada, su ausencia no puede ser contabilizada para la configuración de la causal. Siguiendo esta línea de argumentación, en aquellos casos en los cuales la inasistencia, el retiro del recinto o la abstención de voto no tengan excusa o justificación en los términos ya mencionados constituye un indicio de que el congresista no cumplió con el deber de asistir a la sesión plenaria o se retiró ella, apartándose del cumplimiento de sus deberes de raigambre constitucional. [...]”.

Pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo. Hecho constitutivo de fuerza mayor.

283

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-03883-01[PI]

FECHA: 28/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Mesa Directiva de la Cámara de Representantes

DEMANDADO: Seuxis Paucias Hernández Solarte

MEDIO DE CONTROL: Pérdida de investidura

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La privación de la libertad con fines de extradición de un congresista constituye fuerza mayor que excluye la configuración de la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo en los términos del numeral 3 y parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?

Tesis: “[...] La Sala recuerda que desde la expedición de la Constitución de 1991 el régimen aplicable a los congresistas es especialmente estricto con el propósito de rescatar el «prestigio y la respetabilidad del Congreso». Por esta razón, la Carta Política ha tipificado conductas que por su alto nivel de reprochabilidad deben ser sancionadas con la pérdida de investidura, lo cual implica la inhabilidad no redimible para ejercer el derecho político a ser elegidos popularmente. [...] a. Garantizar a los ciudadanos que aquellos a quienes se ha distinguido con esta investidura, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar sus fines personales, b. Procurar por la transparencia absoluta de los miembros de las corporaciones públicas en relación con sus actuaciones, c. Proteger la confianza que el electorado ha depositado en sus elegidos o, como en este caso, la confianza derivada de los acuerdos de paz, porque además sanciona. i. La falta de posesión en el cargo y ii. La inasis-

tencia a sesiones plenarias en las que se voten proyectos de ley, actos legislativos o mociones de censura en número definido por la Constitución. Esto último como un castigo al llamado «ausentismo parlamentario». Esta acción constituye una ampliación de los mecanismos de participación democrática, que busca la sujeción del congresista a los límites fijados en el ordenamiento constitucional, y desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el prestigio del órgano legislativo. El artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018 precisó que este es un juicio de responsabilidad subjetiva, en el cual solo se sanciona al denunciado cuando se compruebe que las conductas reprochadas fueron cometidas en forma dolosa o culposa (elemento de la culpabilidad), disposición que zanjó legislativamente la discusión jurisprudencial que existió en algún momento sobre la naturaleza de estos asuntos. [...] La causal imputada al señor (...) es la prevista en el ordinal 3.º del artículo 183 de la Constitución. El texto pertinente es el siguiente: «Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura: [...] 3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cá-

maras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. [...] Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor». Para abordar su estudio es necesario precisar que el ejercicio de toda función pública es un derecho que finalmente se revierte en un deber; por lo tanto, el inciso 2.º del artículo 122 de la Constitución Política regula que «[...] ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben [...]». En consecuencia, para ejercer el cargo de congresista y cumplir el mandato recibido, debe tomarse posesión de este y prestarse juramento de rigor. En principio podría indicarse que los servidores públicos solo pueden ser objeto de reproche sancionatorio en virtud de su cargo y a partir del momento en que se posesionen. Sin embargo, el constituyente estableció para los congresistas una causal específica por la defraudación del mandato popular, con la que sanciona la conducta de aquel representante o senador que no tome posesión en el momento de la instalación de la respectiva cámara o dentro de los ocho (8) días siguientes a este hecho, o a su llamamiento a ocupar la curul, según el caso. Esta causal busca garantizar el principio democrático de representación política, porque obliga al congresista a asumir el ejercicio del mandato que le confirió el pueblo a través de su voto, so pena de la sanción allí prevista. En efecto, es claro que el congresista contrae un compromiso con sus electores o representados y con la institución, por lo tanto, debe posesionarse en su cargo porque este acto lo vincula jurídicamente con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales (art. 133 de la Constitución Política). Esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera, además, que no hacerlo implica una ruptura del pacto político existente entre el elector o la

institucionalidad y el elegido, llamado o designado, elemento fundamental de la democracia representativa; es decir, esta causal exige que la confianza depositada por el elector, o como en este caso por la institucionalidad en el marco de un acuerdo de paz, no resulte frustrada por la decisión unilateral e injustificada del representante o senador de no presentarse a la posesión del cargo, sin que medie fuerza mayor que así lo avale. En armonía con lo anterior, el Consejo de Estado ha puntualizado que deben cumplirse tres requisitos para que se configure esta causal, a saber: (i) Que la persona acusada haya sido elegida, llamada a ocupar curul de congresista o le fue asignada esta (en el marco del acuerdo final de paz en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017) (ii) Que no haya tomado posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras y (iii) Que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor. Este último requisito, se deriva del parágrafo del artículo 183 de la Constitución Política. [...] el objeto de la discusión en segunda instancia, en el caso sub examine, es la fuerza mayor declarada por el a-quo, porque la parte apelante indica que el hecho sobre el cual se sustentó es imputable al congresista acusado y, por lo tanto, no puede exonerársele de responsabilidad. Para resolver esta controversia la Sala parte de la legislación civil que considera este fenómeno jurídico como aquella situación imprevisible o imprevista que es imposible de resistir. Sus elementos han sido desarrollados, principalmente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil y allí se ha indicado que el hecho que se invoca como constitutivo de fuerza mayor debe reunir las siguientes tres características: Imprevisible (imprevisibilidad). Significa que quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque

no podía prever con anterioridad su ocurrencia; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia». Irresistible (irresistibilidad). Implica que el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable. Extraño o exterior (no imputabilidad o ajenidad). Significa que no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado; es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta. Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona. [...] el análisis de responsabilidad en el procedimiento de pérdida de investidura debe ser subjetivo, dado su carácter sancionador como expresión del ius puniendi estatal. Por esta razón, la Sala considera que como la finalidad de la causal invocada es sancionar la ruptura voluntaria del compromiso del congresista frente al pueblo que representa, no es viable con-

cluir que por el solo hecho de que la persona sea privada de su libertad por una medida de aseguramiento o detención preventiva, en el trámite un proceso penal o solicitud de extradición, dicha situación es indefectiblemente imputable para efectos de la causal de pérdida de investidura. Una conclusión de tal magnitud solo puede sustentarse con la sentencia penal condenatoria proferida por el juez competente. [...] sostener en forma generalizada que, por el solo hecho de la captura y vinculación penal, existe dolo o culpa del agente, o que se desvirtúa el elemento de la exterioridad en la causal de fuerza mayor, sería desconocer el principio de presunción de su inocencia. Este principio es medular en todo proceso penal y en general del sancionatorio, que tiene un profundo arraigo en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 93 de la Constitución [...] Por lo tanto, la privación de la libertad en el marco de un proceso penal o de un trámite administrativo de extradición para afrontar un proceso penal en el exterior, no permiten concluir a priori -en este juicio sancionatorio de pérdida de investidura-, que el hecho que la originó es imputable o atribuible al congresista que está pendiente de posesión. En estos casos el juez de la pérdida de investidura no puede invadir la órbita del juez penal para determinar la exterioridad o no de la conducta y evaluar paralelamente las pruebas que implican la supuesta responsabilidad penal, frente a la causal invocada en este asunto. [...]”.

Pérdida de la investidura de excongresista por encontrarse acreditado el tráfico de influencias en que incurrió para obtener beneficio dentro del proceso judicial que cursaba en la Corte Suprema de Justicia. No operancia de causal de exculpación de coacción ajena.

RADICADO: 11001-03-15-000-2018-00317-01[PI]

FECHA: 10/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Pablo Bustos Sánchez

DEMANDADO: Musa Abraham Besaile Fayad

MEDIO DE CONTROL: Pérdida de investidura de congresista

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Se configuraron los presupuestos para que se estructurara la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias, en virtud de los numerales 5 de los artículos 183 de la Constitución Política y 296 de la Ley 5.^a de 1992?

Tesis 1: “[...] la naturaleza jurídica de la pérdida de investidura es sancionatoria, pero de carácter jurisdiccional, por cuanto hace parte de los medios de control consagrados en el título III del capítulo VII de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011, alusiva a la funciones judiciales de la jurisdicción de lo contencioso- administrativo. En tal sentido, cuando el congresista incurre en alguna casual de las previstas en el ordenamiento jurídico de pérdida de investidura, la consecuencia jurídica se traduce en sanción, representada en la separación del cargo de elección popular y la imposibilidad a perpetuidad de que vuelva a ser elegido. (...) Sea lo primero precisar que los numerales 5 de los artículos 183 de la Constitución Política y 296 de la Ley 5.^a de 1992, consagran como causal de pérdida de investidura de los congresistas, la de tráfico de influencias debidamente comprobado, entre

otras, que es por la que se despojó al apelante de la condición de senador, en primera instancia. (...) [P]ara que se estructure la causal objeto de estudio resulta necesario demostrar que (i) la persona haya sido o sea congresista, (ii) invoque esa condición ante el servidor público, (iii) reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero, dádiva, con las salvedades o excepciones establecidas en la Ley 5.^a de 1992, en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones, y (iv) con el propósito de obtener un beneficio de un servidor público en algún asunto que este conozca o haya de conocer. (...) En el presente caso el demandado no discute la condición de senador de la República que ostentaba en la época de los hechos que dieron lugar al proceso que nos ocupa (2014 - 2015). Está probado, además, que fue elegido en forma consecutiva para dos períodos constitucionales que abarcaron 2010 a 2018, por el Partido Social de la Unidad Nacional – Partido de la U. Para el primer período tomó posesión el 20 de julio de 2010 y para el segundo, el 20 de julio de 2014 (...) Está demostrado en el expediente que fue la condición de senador investigado por la Corte Suprema de Justicia dentro

del proceso penal 27.700 la razón determinante para que el señor (...) acometiera, en forma denodada, la misión de buscar y lograr influir en el magistrado sustanciador del caso, (...), con el propósito de obstruir la justicia para lograr dilatar el proceso, evitar la orden de captura y procurar la prescripción de la acción penal. (...) El señor (...) era conocedor y albergaba la idea de la potencialidad y la probabilidad de influir en el proceso penal por «parapolítica», en su condición de senador investigado, a través de ese censurable «equipo» del que, dice, hacía parte el mismo señor (...) y el entonces magistrado de la Corte Suprema de Justicia (...), entre otros, lo que le ofrecía mayores probabilidades de «éxito» por la importancia de los actores. (...). Está comprobado en el proceso, y así lo reconoció el señor (...), que, en efecto, entregó dos mil millones de pesos para evitar que se emitiera una orden de captura en su contra por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso penal 27.700, al punto que en esta instancia lo pretende justificar bajo el pretexto que lo realizó por insuperable coacción ajena y la invoca como eximente de responsabilidad, para cuyo efecto sostiene el apoderado que el exsenador (...) fue una de las víctimas de los sucesos del denominado «cartel de la toga» (...) el exsenador (...), con la participación del abogado (...), el compromiso del exmagistrado (...) y la actuación del magistrado (...), movidos por la entrega del dinero, influyó psicológicamente en la suerte del proceso penal 27.700; así, mientras todos ellos permanecieron en sus posiciones, contra el mencionado legislador no se emitió orden de captura, y, en su lugar, «Se decretaron unas pruebas y empezó el proceso a dormir el sueño de los justos, como no se podía y no se acordó el inhibitorio pues según Pacho habían grabaciones y habían pruebas y según lo que manifestaba Reyes, que mientras ellos estuvieran ahí, eso no iba a pasar, decretar pruebas sí, practicar diligencias y dila-

tar...» (...) se torna indiscutible que fue la condición de senador de la República investigado por «parapolítica» la razón cardinal que motivó al señor (...) a buscar el modo de influir en el respectivo proceso penal, de la forma y con los resultados ya descritos, para obstruir la justicia, comportamiento preordenado que deviene en inadmisibles, por lo que su conducta se adecúa a la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, consagrada en el artículo 183 (numeral 5) de la Constitución Política [...].”

Problema jurídico 2 : ¿Se presentó la causal de exculpación de coacción ajena en el caso del exsenador, quien perdió la investidura por tráfico de influencias?

Tesis 2: “[...] [L]a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, de tiempo atrás, nuestro ordenamiento penal acogió como causa de exculpación, disculpa o ausencia de responsabilidad, la coacción ajena, siempre que ella sea insuperable (artículo 32.8 del Código Penal), circunstancia que excluye la culpabilidad y, por tanto, la reprochabilidad subjetiva de la conducta prohibida. Así, se ha establecido que hay inexigibilidad penal subjetiva respecto del comportamiento impulsado por el apremio insuperable de un tercero –o vis compulsiva exculpante-, cuando el sujeto pasivo de la coerción conoce y entiende que el acto impelido por la fuerza –física o psíquica (moral)- es ilícito, pero lo ejecuta movido por el constreñimiento grave, intencional, ilícito, inminente o actual e irresistible de otro sujeto. (...) Conforme a la jurisprudencia en cita, la aludida coacción ajena, como causal excluyente de responsabilidad del exsenador (...), opuesta por su apoderado, no se tipifica dentro de ninguno de los elementos que la componen, cuanto menos respecto del requisito de haber sido «insuperable», lo que, de hecho, torna inadmisibles para la Sala tal disculpa, amén de que, como se explicó en

acápites anteriores, el excongresista se ubicó, en forma voluntaria y consiente, en la posición de forjador y promotor del tráfico de influencias que ahora pretende desconocer. No se demostró la «Configuración de actos constrictivos graves ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona» contra el exsenador (...) [L]a aludida coacción ajena, como causal excluyente de responsabilidad del exsenador (...), opuesta por su apoderado, no se tipifica dentro de ninguno de los elementos que la componen, cuanto menos respecto del requisito de haber sido «insuperable», lo que, de hecho, torna inadmisibile para la Sala tal disculpa, amén de que, como se explicó en acápites anteriores, el excongresista se ubicó, en forma voluntaria y consiente, en la posición de forjador y promotor del tráfico de influencias que ahora pretende desconocer. No se demostró la «Configuración de actos constrictivos graves ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona» contra el exsenador (...). Por el contrario, las pruebas testimoniales analizadas dan cuenta de que fue él quien buscó la manera de influir en el proceso penal que lo incomodaba. (...) [S]e concluye que al no estar acreditada coacción alguna al señor (...), menos aún es posible predicar los presupuestos de actualidad, ni insuperabilidad de la misma, en los términos referidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. (...)

Nada más alejado de la realidad y del deber de comportamiento probo, imparcial y transparente que tienen que asumir quienes son elegidos para altísimas dignidades del Estado, como la de congresista de la República, el argumento invocado por el apelante en el sentido de que la única manera de sobreponerse a una eventual orden de captura era influir en los magistrados del caso a través de la entrega de dinero, y que no podía liberarse por otros medios de la amenaza «insuperable» de encarcelamiento. Tal razonamiento deriva en artificioso e inaceptable, menos de un congresista hacedor de las normas jurídicas que regulan la conducta de la sociedad colombiana. Lo correcto y probo es que si se hallaba frente a una investigación penal que podía afectar su libertad personal, tenía el deber legal y constitucional de presentarse ante la justicia, como todo ciudadano dentro del Estado social de derecho y emplear los medios jurídicos de defensa legítimamente establecidos en el orden jurídico, cuánto más si se consideraba limpio de toda culpa. No puede considerarse que el proceso penal por «parapolítica» que involucraba al exsenador constituyera en sí mismo un mal injusto, grave e insuperable en su contra, puesto que precisamente está instituido para lograr el esclarecimiento de la verdad de los hechos en el marco de la institucionalidad [...]”.

La Sala Plena del Consejo de Estado carece de competencia para conocer el recurso de súplica contra la decisión que negó remitir el proceso de pérdida de investidura contra el exsenador a la Jurisdicción Especial Para la Paz.

Problema jurídico: ¿La Sala Plana del Consejo de Estado carece de competencia para conocer del recurso de súplica, adecuado al de reposición, interpuesto contra la decisión que negó remitir el proceso de pérdida de investidura a la Jurisdicción Especial para la Paz?

Tesis: “[...] [L]a providencia en comento, si bien adecuó el recurso de súplica presentado a uno de reposición, con lo cual devolvió el expediente al despacho del magistrado ponente del presente caso, efectuó previamente a esa decisión un análisis sobre la competencia de la Sala Plena Contenciosa para conocer del recurso de súplica, en los artículos 243 y 246 de la Ley 1437 de 2011. (...) [E]l artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala las providencias que son susceptibles del recurso de apelación en materia contencioso administrativa teniendo en cuenta la autoridad judicial que las profiere, es decir, según sean proferidas por jueces o Tribunales Administrativos, únicamente. Es decir, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no establece las providencias que por su naturaleza serían

apelables en el evento en que sean dictadas por el Consejo de Estado, por cuanto dicho recurso no resulta aplicable en ningún caso para providencias dictadas por esta Corporación. Por lo tanto, se tiene que el tema no se encuentra regulado en dicha codificación, por lo que se hace necesario acudir por remisión al Código General del Proceso que en su artículo 321 enumera las providencias que por su naturaleza son susceptibles del recurso de apelación. De la lectura de la norma es claro que establece un listado de providencias susceptibles de ese medio de impugnación dada la naturaleza de las mismas sin atender a la autoridad judicial que las profiere, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece como parámetro para la procedibilidad del recurso la autoridad que profiere la decisión. Así las cosas, aun cuando en este caso no procedía la súplica por cuanto se interpuso contra la decisión que negó remitir el proceso de la referencia a la Jurisdicción Especial para la Paz, lo cual comparto, lo cierto es que el análisis para llegar a esa conclusión no atiende a las consideraciones antes anotadas [...]”.

Operancia de la causal de exculpación

Problema jurídico : ¿Se presentó la causal de exculpación de coacción ajena en el caso del exsenador, quien perdió la investidura por tráfico de influencias?

Tesis : “[...] En cuanto al cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada en la sentencia objeto de esta aclaración de voto, para que se configure la insuperable coacción ajena, considero que ninguno de los tres elementos que la configuran se encuentra probado en el expediente, así: 1 No hubo actos constrictivos graves, ejercidos intencional e ilícitamente por otra persona, hacia (...). Las pruebas testimoniales dan cuenta de que es coherente, consistente y verosímil lo declarado por los abogados (...), en tanto coinciden en afirmar que (...) fue quien buscó la manera de influir en la investigación, y no que éste hubiera sido abordado o constreñido para tal efecto. En este mismo sentido se observan los testimonios de los señores (...), exalcalde de Villavicencio, condenado por sentencia penal, también dijo que aunque (...) lo buscó para ofrecerle sus servicios, no medió coacción alguna para su aceptación, y el del ex congresista (...) y su hijo, quienes afirman que en forma alguna

recibieron coacción del abogado Moreno cuando les informó de la posibilidad de pagar para influir en sus investigaciones penales. No es posible tener por acreditada la actualidad de la coacción, pues no se probó por el desinvertido, a quien corresponde la carga probatoria de los descargos, que el constreñimiento hubiera sido un elemento presente en la relación de tráfico de influencias que logró establecer con el ex magistrado (...) y por intermedio de este con el magistrado instructor de la causa. De esta manera, es posible determinar con certeza que no hubo ningún constreñimiento hacia (...). Cosa distinta es que el Senador considerara como amenaza inminente de la posible expedición de orden de captura en su contra por delitos de parapolítica y actuara ilegalmente para evitarla. Finalmente, como no se reúnen los dos anteriores, no es posible hablar de insuperabilidad de la coacción, pues dicha coacción, en realidad, no existió. Por contrario, se probó que el ex congresista tuvo una actuación activa y dinámica para conseguir los medios con los que influyó psicológicamente al magistrado instructor de su investigación, con el propósito de evitar decisiones en su contra, lo que en efecto logró. [...]”.

No se configuró la causal de pérdida de investidura consistente en el tráfico de influencias frente al senador, dado que no se acreditó que antepusiera su condición de congresista para obtener el entorpecimiento del proceso penal que se adelantaba en su contra.

Problema jurídico: ¿Se acreditó que el senador antepuso su condición de congresista para obtener el entorpecimiento de la investigación penal que se adelantaba en su contra, como requisito para que se configure la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias?

Tesis: “[...] La razón de nuestro disenso parte de considerar que el señor (...) no antepuso su condición de congresista para obtener el entorpecimiento de la investigación penal que se adelantaba en su contra, pues lo cierto es que habría pagado una fuerte suma de dinero por ello, de manera que el resultado deseado no fue consecuencia de haber ejercido un influjo síquico sobre el magistrado (...) hoy apoyado en su investidura como senador de la república. En otros términos, los elementos que configuran el cohecho ejecutado no varían por la condición de congresista del hoy demandado y, al haber pagado la suma de dinero requerida se desvirtúa por completo que el entorpecimiento del proceso penal ocurriera por el solo hecho de su investidura.

Así las cosas, el requisito bajo análisis no se encuentra configurado en el caso concreto, por lo que, a pesar de la conducta reprochable del señor (...), hoy la causal de pérdida de investidura no se puede considerar demostrada y lo pertinente era revocar el fallo apelado para, en su lugar, denegar la solicitud formulada por el accionante. Vale la pena agregar que, si bien es cierto que el numeral 1 del artículo 183 constitucional y el numeral 1 del artículo 179 ibídem se consagra como causal de pérdida de investidura la “violación del régimen de inhabilidades” derivada de la inhabilidad consistente en haber sido condenada a pena privativa de la libertad en cualquier época, por sentencia judicial, excepto por delitos políticos, también lo es que en la demanda no se invocó dicha causal, por lo que, en atención al principio de congruencia y las garantías del debido proceso, no era dable que la sala abordara el análisis y decretará pérdida de investidura con fundamento en una causal frente a la cual el acusado no ejerció su derecho de defensa.[...]”.

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

“[...] La situación de las curules asignadas en virtud del Acto Legislativo 03 de 2017, en el que se previó que el Consejo Nacional Electoral asignara al partido o movimiento político que surgió del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal cinco representantes a la

cámara y cinco senadores, no puede asimilarse a la de quienes fueron elegidos como congresistas, pues sus asientos en el parlamento no dependieron de la contienda electoral. Si los llamados no tienen la investidura de congresista hasta que no tomen posesión del cargo, con

mayor razón las personas que tienen la sola vocación de acceder a la cámara de representantes

o al senado en virtud de circunstancias diferentes al proceso electoral. [...]”.

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

“[...] El auto de autoridad no libera al deudor del cumplimiento de una obligación ni lo exime de responsabilidad, si obró de manera imprudente o negligente y, con ello, contribuyó o provocó el actuar de la autoridad que alega como justificación de su incumplimiento, pues ese auto no resulta imprevisible o irresistible, presupuestos del caso fortuito o fuerza mayor (art. 64 CC, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890), sino que surge como algo esperado o que debió preverse. Desde el viejo y perenne derecho romano está claro que nadie puede en juicio alegar su propia culpa. Conforme a las pruebas del proceso, a mi juicio, como alias “Jesús Santrich” propició el requerimiento de la justicia norteamericana y la captura con fines de extradición, estos au-

tos de autoridad no lo eximieron de la causal de desinvestidura, pues él provocó el actuar de las autoridades que, ni por asomo, puede calificarse como un hecho desconocido o inopinado, en la medida en que fue la respuesta legítima frente a la presunta comisión de un ilícito (...) La mayoría de la Sala entendió que el legítimo obrar de las autoridades determinó que alias “Jesús Santrich” no pudiera posesionarse. En mi criterio, él no logró la condición de congresista, precisamente porque incumplió sus obligaciones del Acuerdo de Paz. Si el Acuerdo de Paz no es otra cosa que un pacto y todo contrato es ley para los contratantes ¿Persisten las obligaciones del Estado frente a una persona que luego de firmado, continúa presuntamente infringiendo la legislación penal? [...]”.

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés

“[...] La razón por la cual presento aclaración de voto es porque considero que no es posible sostener válidamente, como lo hace la Sala Plena, que basta la mera confrontación de la circunstancia según la cual el demandado se encuentra privado de la libertad, para concluir, automáticamente, que se está en presencia del fenómeno jurídico de la fuerza mayor, por la sola particularidad que la orden de autoridad que ordena la detención es, evidentemente, una situación irresistible. En este punto vale la pena señalar que la comisión, o presunta comisión, de un delito no puede beneficiar a la persona sindicada bajo el argumento que, ante su privación de la libertad, ello podría constituir fuerza mayor, por eso en el análisis de la fuerza mayor se deben estudiar los demás

elementos que la conforman. En ese sentido, a mi juicio, ciertamente, para efectos de acreditar el supuesto de hecho constitutivo de la fuerza mayor, se hace necesario, por una parte, examinar las condiciones que permitan inferir el advenimiento de todos los elementos o componentes que integran este fenómeno; y, por la otra, analizar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que estos acaecieron dentro del marco de los elementos de antijuridicidad y culpabilidad. Es decir, que es fundamental que el operador jurídico realice un juicio de tipo subjetivo, valorando la conducta, la voluntad misma del actor, así como los elementos de prueba oportunamente arrojados al expediente. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado la fuer-

za mayor del caso fortuito, en tanto la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto y, en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño. Para el caso subexámine se tiene que en la providencia de la referencia el análisis de los elementos que integran la fuerza mayor, tales como el de la impre-

visibilidad, irresistibilidad y el tratarse de un hecho conocido, no fueron analizados en su real dimensión conforme con la circunstancia notoria de encontrarse el demandado privado de la libertad al momento de ser requerido para tomar posesión del cargo de Representante a la Cámara, no porque se tratase de la imposibilidad física de asistir por encontrarse en una celda, producto de su falta de voluntad, pues es evidente que nadie quiere estar encarcelado, sino porque en este caso particular y concreto se trataba de una orden de captura con fines de extradición emitida por una autoridad que carecía de competencia. [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

“[...] No concuerdo con la motivación señalada por las siguientes razones: Desconoce la obligación que tiene el juez de la pérdida de investidura de efectuar una valoración propia de la prueba, con lo cual se da paso a la aplicación mecánica del derecho a través de fórmulas absolutas. En mi criterio, en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura se requiere la evaluación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se acreditan en la causa, a efecto de determinar si la privación de la libertad por orden de autoridad competente reúne, en el caso concreto, los elementos configurativos de la fuerza mayor se configuran en relación con el sujeto enjuiciado. [...] La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha abordado el estudio de la privación de la libertad en el ámbito de la causal contemplada en el artículo 183 numeral d3 de la Constitución bajo dos tesis contrapuestas. En una primera etapa concluyó que la detención preventiva no constituye fuerza mayor respecto de la causal invocada porque el proceso penal y su detención no le son ajenos o extraños al congresista. (...) Posteriormente, la Corporación llegó a la conclusión de que la detención preventiva sí constituye fuerza

mayor, porque ni el proceso penal ni la privación de la libertad le son imputables al congresista en virtud de la presunción de inocencia, por tanto, tiene efecto exonerativo. (...) Tanto la primera de las tesis desarrolladas por la Sala Plena del Consejo de Estado como la segunda, que es la reiterada en el presente fallo, conllevan a resolver los casos en términos absolutos sin que haya lugar a que el juzgador sopesa y valore las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la privación de la libertad, a efectos de determinar, a partir de las probanzas recaudadas en el proceso de pérdida de investidura, si la privación de la libertad constituyó o no fuerza mayor que exculpe la ausencia de posesión del congresista. En efecto, la primera entiende que la privación de la libertad provisional o preventiva, materializada por orden de autoridad competente, desvirtúa por sí misma la imprevisibilidad o exterioridad como requisito configurativo de la fuerza mayor, de manera que la detención preventiva no sirve de excusa para justificar la ausencia de posesión en el cargo, en tanto en cuanto, conforme a esta tesis, el privado de la libertad ha dado origen a su detención, bien por culpa o por dolo. En contraposición, la

segunda tesis indica que sólo hasta que se cuente con una sentencia penal es posible para el juez de la pérdida de investidura determinar si la privación de la libertad es imputable o no al congresista, motivo por el cual constituye fuerza mayor y por tanto no hay lugar a que se configure la pérdida de investidura por razón de la ausencia de posesión en el cargo. En mi sentir las dos tesis eliminan la posibilidad de que el fallador valore las pruebas y estudie los elementos de juicio a su alcance, con el propósito de establecer si la específica situación de privación de la libertad constituye o no un evento de fuerza mayor. (...) De suyo, considero que la aplicación de la tesis reiterada en la sentencia que resolvió el presente caso, sin la valoración de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean el evento cuya fuerza mayor se invoca, abre paso a la distorsión de la decantada jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, referida a la autonomía e independencia que existe entre los juicios penales y los de pérdida de investidura, y por esta vía a la posibilidad de que se reviva la discusión superada, relativa a la vulneración del non bis in idem por el juzgamiento sancionatorio que se realiza en los ámbitos disciplinario, penal y de pérdida de investidura originados en los mismos hechos. [...] En este sentido, es menester que el juzgador realice un análisis frente al nexo psicológico entre el sujeto y el hecho y también, determine en qué circunstancias obró la persona, si lo hizo de manera libre, constreñido o si obró una causa extraña, una fuerza mayor o si la supuesta actuación que produjo la infracción se produjo por error invencible. El elemento irresistibilidad de la fuerza mayor debe conducir a que el responsable dispuso de todos los medios que estaban a su alcan-

ce para cumplir con su obligación, sin que haya podido lograr su objetivo por razones externas a su esfera jurídica, de tal manera que el juez pueda distinguir entre imposibilidad o dificultad para cumplir la obligación, sin exceder las circunstancias de tiempo y lugar a lo que corresponde realizar a un hombre prudente y normal, evaluando el juez la fuerza del evento exterior, que está en relación con la capacidad de resistencia del obligado. Igualmente, la fuerza mayor debe además no serle imputable en su causa a la persona, es decir que el agente no haya creado por su culpa el fenómeno irresistible. [...] [M]e resulta claro que la captura con fines de extradición de “alias Santrich” constituyó para él una fuerza mayor que lo excusa del cumplimiento de su posesión como Representante a la Cámara, porque la prueba que obra en el proceso de pérdida de investidura no permite establecer las circunstancias en que obró el capturado respecto a los presuntos hechos delictivos que se le endilgan, mismo motivo que impide establecer su nexo psicológico con los hechos imputados y por lo cual debe concluirse que la captura es un hecho que le resultó ajeno. Sumado a lo anterior, considero que las probanzas permiten concluir la ausencia de responsabilidad subjetiva del señor Hernández Solarte en cuanto a la materialización de la causal de pérdida de investidura que se le imputa, porque quedó acreditado que dispuso de todos los medios que estaban a su alcance para cumplir con su obligación de posesionarse, sin que haya podido lograr el objetivo por razones externas a su esfera jurídica, con lo cual queda claro que el congresista estaba en una situación de irresistibilidad y actuó conforme a los estándares que corresponde a un hombre prudente y normal. [...]”.

Salvamento de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

“[...] [E]ste consejero no encuentra honrada la carga que pesaba sobre el acusado, de

demostrar que en su caso se configuraba una circunstancia de fuerza mayor que justifique el

hecho probado que tipifica la causal que se le enrostró. Por supuesto, no puedo compartir la interpretación “pro hómine” a la que recurrió la mayoría, entre otras razones, porque esta no puede emplearse para obviar el estudio de las exigencias propias de la causa eximente; pero,

además, porque la consecuencia de su aplicación en tales condiciones no es otra que la de concluir que, sin necesidad de estudio de cada caso, siempre que medie detención preventiva, ésta exime el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales [...]”.

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

“[...] La Sala Plena explicó que la jurisprudencia actual de la Corporación ha sostenido que la medida de detención preventiva en establecimiento de reclusión constituye fuerza mayor para efectos de la configuración de la causal de desinvestidura establecida en el numeral 3.º del artículo 183 de la Constitución Política porque es la postura “[...] que más se ajusta a los postulados constitucionales y legales [en especial, el de presunción de inocencia] y a la

garantía de una interpretación pro homine o pro persona [...]”. Considero que las providencias judiciales no constituyen per se situaciones de fuerza mayor sino que esa situación debe ser analizada en cada caso concreto y con fundamento en los hechos, pruebas y normativa aplicable. En suma, el estudio de los elementos para la configuración de la fuerza mayor –imprevisibilidad, irresistibilidad y externalidad– debe ser realizado en cada caso concreto. [...]”.

Sentencia por importancia jurídica. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Alcance de la confesión mediante apoderado judicial en el proceso de pérdida de investidura. Análisis de la culpabilidad de la conducta en el proceso de pérdida de investidura.

RADICADO: 11001-03-15-000-2016-03385-01[IJ]

FECHA: 18/01/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación por interés jurisprudencial

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: William Villamizar Laguado

DEMANDADO: Consejo de Estado – Sección Primera

MEDIO DE CONTROL: Acción de tutela

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La presente acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia para controvertir la sentencia del 28 de

julio de 2016, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado?

Tesis 1: “[...] Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) cuando se alegue una irregularidad procesal, la misma debe ser decisiva en la sentencia que se impugna y afectar derechos fundamentales; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela. (...) Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión judicial cuestionada, los cuales se resumen así: a) Defecto orgánico, cuando hay carencia absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, cuando el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio que obra en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, a contrapelo de ellas o que exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño que incide en decisión judicial que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación alguna; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política. [...] [L]a Corte Consti-

tucional ha iterado que para que se considere la configuración del perjuicio irremediable debe cumplirse con las siguientes características: (i) Debe ser inminente, (ii) debe requerir medidas urgentes para ser conjurado, (iii) tiene que ser grave y (iv) sólo puede evitarse con la implementación de medidas impostergables. [...] [L]a Sección Primera del Consejo de Estado, al interpretar la Ley 136 de 1994, ha tenido disímiles posiciones sobre la procedencia del recurso especial de revisión, cuando se trata del juicio de pérdida de investidura de concejales, diputados y ediles. En efecto, la referida Sección sostenía que el citado recurso solo procedía en contra de las sentencias proferidas en única instancia por los Tribunales Administrativos y por tanto, en el asunto de la referencia no era aplicable el artículo 17 de la Ley 144, que regula el recurso extraordinario especial de revisión. (...) En resumen, la acción de tutela instaurada por el señor (...) cumple con los requisitos generales fijados para la procedencia de aquella en contra de la sentencia del 28 de julio de 2016 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, por cuanto al no existir un recurso idóneo y al tratarse de proteger el principio democrático expresado en una elección por voto popular, es necesario activar el amparo constitucional inmediato, con lo cual se evita un perjuicio irremediable. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La Sección Primera del Consejo de Estado aplicó incorrectamente el artículo 193 del Código General del Proceso al decretar la pérdida de investidura del concejal (...) y, por lo tanto, desconoció los principios que rigen el juicio sancionatorio?

Tesis 2: “[...] La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado advierte (...) que la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera de esta corporación judicial que decretó la pérdida de investidura del concejal (...) quebrantó el derecho fundamental al debido proceso por violación directa

de la Constitución Política. Ello se explica por dos razones: 1) Aplicó en forma inadecuada el artículo 193 del Código General del Proceso en un juicio sancionatorio, lo cual resultó determinante en el decreto de la pérdida de investidura y, 2) violó el principio de culpabilidad al abstenerse de analizar debidamente el elemento cognitivo de la conducta que se considera reprochable, porque para la época de la aprobación del Acuerdo 0073 de 2002 no existía una posición pacífica sobre la competencia de los concejos municipales para crear o extender factores salariales que beneficiaran a los empleados del orden territorial. [...] [E]s un juicio de carácter sancionatorio que debe regirse por los principios orientadores, entre otros, por la presunción de inocencia, la buena fe, la favorabilidad, el non bis in ídem, la culpabilidad, legalidad o tipicidad, pro homine. (...) El juicio de pérdida de investidura puede culminar con la más grave sanción al derecho de ser elegido, esto es, la imposibilidad de continuar desempeñando el cargo y la inhabilidad absoluta e intemporal para ocupar otro cargo de elección popular. Por ello, con mayor razón, el citado juicio debe guiarse por los principios del debido proceso de la naturaleza sancionatoria. En el caso bajo estudio se advierte que la Sección Primera del Consejo de Estado aplicó rigurosamente el artículo 193 del Código General del Proceso, el cual admite la confesión mediante apoderado judicial, a pesar de que dicha norma no se ajusta, ni es

compatible con un proceso sancionatorio. De allí que se concluya en esta tutela que no es plausible admitir en el juicio sancionatorio la confesión por medio de apoderado, debido que esta debe ser personal, asertiva, libre, espontánea, que produzca consecuencias jurídicas adversas concretas. (...) [L]a Sección Primera del Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución porque la decisión de aplicar el artículo 193 del Código General de Proceso, implicó la falta de garantías para salvaguardar el derecho al debido proceso [...]”.

Problema jurídico 3: ¿La precitada autoridad judicial omitió analizar debidamente la culpabilidad del concejal referido al decretar la pérdida de investidura?

Tesis 3: “[...] [E]n los procesos de pérdida de investidura, en los que se alega la configuración de la causal de indebida destinación de dineros, debe demostrarse clara y fehacientemente que el acusado actuó con un interés dañino con el que pretendía obtener un beneficio para sí o para terceras personas al destinar los dineros públicos a objetos distintos a los autorizados o a materias innecesarias o propósitos no permitidos legalmente, o actuó sin la debida diligencia exigida para el cargo que desempeñaba y por ello se presentó una indebida destinación de dineros públicos [...]”.

SALVAMENTOS Y ACLARACIONES DE VOTO

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

“[...] el fundamento de esta aclaración reside, principalmente, en que en un primer momento la Sentencia proferida no distinguía con detalle la forma en que los principios y garantías del derecho sancionador se diferenciaban de otras manifestaciones del ius puniendi. Por tal motivo, resulta útil poner de presente que los principios que rigen el ius puniendi del Estado deben ser interpretados conforme al ámbito de aplicación para el cual están destinados, porque el intérprete no puede hacer una lectura analógica de las garantías del proceso penal, disciplinario y sancionatorio, toda vez que, en cada uno de ellos existe una dosis intensa o menos intensa del poder del Estado. [...] En ese sentido, los principios, garantías y régimen proba-

torio que emergen del proceso sancionatorio de pérdida de investidura no pueden tener una equiparación interpretativa exacta con el derecho penal y el derecho disciplinario, pues el derecho sancionatorio goza de una autonomía y una lectura hermenéutica diferente, que lo hacen merecedor de una interpretación propia del derecho sustancial y procesal. Es así, como esta aclaración reafirmar que los principios, garantías y figuras procesales que orientan el proceso sancionatorio de pérdida de investidura deben ser interpretados a la luz de la naturaleza misma de este proceso y no a través de la normativa disciplinaria o penal, que tiene una lectura particularizada del ius puniendi. [...]”.

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

“[...] Aunque acompañé la decisión adoptada en la providencia del 12 de abril de 2019, que negó las pretensiones, me permito aclarar el voto, pues aunque no comparto la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, sigo el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional. 1. La Corte Constitucional, en sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos del Decreto 2591 de 1991 que establecían que la acción de tutela procedía contra providencia judicial. Sin embargo, en fallos posteriores de tutela y luego en la sentencia de constitucionalidad C-590 de 2005 esa Corporación cambió su criterio y, en su lugar, admitió el amparo contra las decisiones de los jueces y estableció unos requisitos generales y especiales de procedibilidad. A mi juicio, como la senten-

cia C-543 de 1992 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, el criterio contenido en esa decisión era inmodificable, incluso para la misma Corte Constitucional de conformidad con el artículo 243 CN. 2. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales afecta el principio de especialidad, que caracteriza la distribución de tareas entre los distintos despachos judiciales, y genera instancias adicionales, no previstas en la ley, para la definición de las controversias, con grave amenaza a la seguridad jurídica. 3. Finalmente, la pretendida unificación de jurisprudencia que se anuncia en el fallo resulta innecesaria, pues, por tratarse de una acción de tutela, la decisión definitiva sobre los aspectos allí tratados corresponderá a la Corte Constitucional. [...]”.

“[...] [E]n mi criterio, aun cuando comparto la decisión del amparo de los derechos fundamentales invocados, considero que el análisis debió enfocarse única y exclusivamente en los defectos alegados por el actor, pues no era posible exigir el estudio del elemento subjetivo de la culpabi-

lidad, cuando lo cierto es que para el momento en que se profirió la providencia acusada en este caso, aún no se encontraba vigente la postura de unificación que obligaba al juez de la pérdida de investidura a analizar el mismo. [...]”.

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

“[...] DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN – Alcance en proceso de pérdida de investidura. El traslado de la garantía de la no autoincriminación al proceso de pérdida de investidura implica considerar que, tal y como está dispuesto en la ley, el demandado no está obligado a contestar la demanda o a referirse a lo expuesto en la solicitud, no está obligado a absolver interrogatorio de parte y menos a responder preguntas dirigidas a establecer la comisión de la conducta que se le imputa. Tiene derecho de abstenerse de todo lo anterior y el ejercicio de ese derecho no acarrea ninguna consecuencia en su contra. Pero también puede renunciar a ese derecho, contestar la demanda e incluso puede intervenir personalmente en la audiencia y dar su propia versión de los hechos, la que, a la luz del CGP, puede ser valorada como medio de prueba a su favor (...) [N]o comparto la conclusión expuesta en la sentencia según la cual en los procesos de pérdida de investidura es inaplicable o improcedente la confesión por apoderado judicial, en los términos del artículo 193 del CGP, dado que: (...) En el presente caso, no puede señalarse que existió una autoincriminación, toda vez que la confesión del apoderado del señor Villamizar Laguardo no recayó en la aceptación de un hecho punible ni en la aceptación de que su representado incurrió en la causal de pérdida de investidura

que se le imputó en la demanda INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTITURA DE CONCEJAL – No se acreditó / SENTENCIA CUESTIONADA – Viola principio de legalidad / ANÁLISIS DE CULPABILIDAD – Innecesario Estimo que no era necesario estudiar la culpabilidad del demandado porque considero que la conducta del actor no se adecuaba a la causal de indebida destinación de dineros públicos (Nl. 4 de artículo 183 de la C.P.) por la cual fue sancionado. Tal y como se advierte en las consideraciones del fallo, esta circunstancia desconoce el principio de legalidad, pero no solo porque no está probado que el Concejal hubiese votado el acuerdo <<por medio del cual se crearon unos factores salariales en beneficio de los empleados públicos de la administración central y descentralizada del municipio>>, con el exclusivo propósito de favorecer intereses económicos propios o de terceros, estando demostrado que en ese momento no había claridad sobre la legalidad aprobar tales beneficios. Se violó el principio de legalidad porque – aunque se hubiese demostrado lo anterior – tal circunstancia no configura la causal de indebida destinación de dineros públicos. (...) Si se demuestra que un concejal o cualquier servidor público adopta una decisión a sabiendas de que con ella está violando

la ley, éste no incurre en causal de pérdida de investidura, sino que comete el delito de prevaricato en el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 414 del Código Penal, incurre <<el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley>>. Y esto no significa confundir la responsabilidad penal con la disciplinaria o considerar que el juicio de pérdida de investidura esté siempre sujeto a las resultas del proceso penal. Es posible que una misma conducta tenga los dos tipos de sanciones sin que ello viole el non

bis in idem porque con los dos tipos de responsabilidad se persiguen finalidades distintas. Lo que ocurre con el prevaricato es que tal conducta está prevista como delito y no como causal de pérdida de investidura, razón por la cual sólo si el demandado es condenado por ella, o por cualquier otro delito, puede incurrir en violación del régimen de inhabilidades y perder la investidura con fundamento en la causal prevista en el numeral primero del artículo 183 de la Constitución Política. [...]”.

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

“[...] [E]l fallador de instancia analizó las razones jurídicas que en su criterio posibilitaban tener por acreditada la confesión y ello responde a la interpretación autónoma del juez especializado en la materia, sin que se observara que haya incurrido en el aludido defecto fáctico; pues es evidente que, dentro de su especialidad, expresamente manifestó los fundamentos por los cuales profirió la respectiva decisión, por lo que era improcedente que el juez de tutela declarara que el juez natural incurrió en éste, simplemente porque tiene una visión distinta del mismo punto. A ello precisamente se refiere el ordenamiento cuando deja en manos del juez natural el análisis de la prueba bajo los principios de la “sana crítica”, de tal manera que el juez cons-

titucional tiene la carga de establecer porque ella fue desatendida, y no revocar la decisión con base en su disenso. Como en este evento, en ejercicio de la autonomía judicial y en desarrollo del principio de la sana crítica, el razonamiento que hizo el juez natural del proceso para llegar a la conclusión de que la prueba de confesión daba lugar a declarar la pérdida de investidura por la indebida destinación de dineros públicos fue congruente y se ajustó a las reglas procesales, este defecto no podía prosperar. En conclusión, los pretendidos defectos sustantivo, fáctico y desconocimiento del precedente no se configuraban en el caso bajo análisis, y por ello, no había lugar a que fuera revocado el fallo de tutela de primera instancia. [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

“[...] En el estudio de la configuración de la causal, la Sección accionada, en la sentencia cuestionada, al analizar la participación del demandado en la aprobación del acuerdo, concluyó que de la contestación de la demanda se advierte que su apoderado judicial afirmó que es

lo cierto que su defendido participó y votó en la aprobación del Acuerdo No. 0073 de 29 de octubre de 2002. Entonces, concluyó que esa manifestación, de conformidad con el “...artículo 191 del Código General del Proceso, se hizo libre y conscientemente sobre hechos persona-

les del demandado, respecto de los que la ley no exige otro medio de prueba y que claramente le producen consecuencias jurídicas adversas al concejal, además de que el apoderado judicial del demandado se encuentra autorizado para hacerla conforme el artículo 193 del Código General del Proceso...” Al respecto, debe recordarse que el Constituyente primario estableció la pérdida de investidura con la intención de imponer una sanción disciplinaria; por tanto,

para su trámite en casos como la confesión debe darse aplicación a las normas del proceso disciplinario que remiten al procedimiento penal. En efecto, de la revisión de la normativa disciplinaria, Ley 734 de 2002, art. 130, se advierte que la confesión es un medio de prueba aceptado pero se practicará “...conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”. [...].”

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

“[...] considero que las normas aplicables a la solicitud de desinvestidura sub examine son las leyes 617 de 6 de octubre de 2000, 1437241 de 18 de enero de 2011 y 1564 de 12 de julio de 2012, sin perjuicio de la aplicación de los principios que rigen los trámites y procesos sancionatorios. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-551 de 12 de octubre de 2016 declaró exequible la expresión que se resalta a continuación y que se encuentra contenida en el artículo 193 de la Ley 1564: “[...] La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. [...] Considero que las razones que expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-551 de 12 de octubre de 2016 son suficientes para concluir que el mandato contenido en el artículo 193 de la Ley 1564 establece las garantías suficientes para concluir que se trata de una norma aplicable a los procesos de desinvestidura y que no contraría el mandato constitucional establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Además, porque la confesión se debe valorar, en primer orden, en forma estricta, restrictiva y,

sobre todo, armónica con las demás pruebas decretadas y practicadas en el proceso; en segundo orden, con fundamento en las reglas y principios de la sana crítica y, finalmente, teniendo en cuenta que la solicitud de desinvestidura es un proceso sancionatorio al que se deben aplicar los principios que rigen esta materia. Bajo esa misma línea argumentativa, si bien me aparto de la consideración relacionada con que el artículo 193 ejusdem no es aplicable a los procesos de desinvestidura, considero acertada la afirmación que realiza el proyecto en los párrafos 40 y 41 en cuanto señala, por un lado, que: “[...] la confesión [por apoderado] no es suficiente cuando obra como prueba insular en litigios de la justicia ordinaria, y por supuesto, menos en un juicio sancionatorio, porque solo tendrá valor si el conjunto probatorio apunta en el mismo sentido de la confesión [...]” y, por el otro, en cuanto concluye que de lo afirmado en los hechos de la demanda “[...] no podía concluirse que el apoderado confesó haber votado afirmativamente el proyecto de Acuerdo, ni de lejos, que su defendido había incurrido en la causal de pérdida de investidura descrita como “indebida destinación de dineros públicos”. Lo único que admitió es que participó y votó. No es más, ni menos [...] es a partir de la notificación de la sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016

que resulta obligatorio el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad establecido en las solicitudes de pérdida de investidura. Con anterioridad a esta fecha, no existía un criterio uniforme en el Consejo de Estado sobre la obligación de realizar el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad en los procesos de desinvestidura. La Corte Constitucional, mediante Auto 269 de 14 de junio de 2017, precisó que la sentencia SU-424 de 2016 fue notificada al Presidente del Consejo de Estado el 21 de noviembre de 2016. [...] En se orden de ideas, atendiendo a que la sentencia objeto de la solicitud de amparo se profirió el 28 de julio de 2016 y que la sentencia

SU-424 de 2016 se notificó “[...] al presidente de la Corporación [Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado] el 21 de noviembre de 2016 [...]”, considero que no era exigible el estudio del elemento subjetivo y cognitivo de culpabilidad en la solicitud de desinvestidura supra. Asimismo, es importante resaltar que, para la fecha en que se profirió la sentencia en el proceso de desinvestidura, el 28 de julio de 2016, no se había promulgado la Ley 1881 de 15 de enero de 2018; normativa que, en su artículo primero estableció que “[...] El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva [...]”.

Naturaleza y finalidad del proceso de pérdida de investidura. Causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses. Partidos políticos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos pueden constituirse en coalición política, sin que les sea aplicable el Régimen Jurídico de las Bancadas.

RADICADO: 11001-03-15-000-2019-02135-00(PI)

FECHA: 25/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aída Yolanda Avella Esquivel, María José Pizarro Rodríguez, Gustavo Bolívar Moreno y David Ricardo Racero Mayorca

DEMANDADO: Jonatan Tamayo Pérez

MEDIO DE CONTROL: Pérdida de investidura

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El acusado incurrió o no en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Constitución Política, por actuar en contravía de los compromisos consignados en el Acuerdo de la Coalición, cuando votó los proyectos de Acto Legislativo, de ley y de objeciones presidenciales mencionados en la demanda?

Tesis 1: “[...] Debido a la severidad de la sanción, el proceso judicial debe salvaguardar con enorme celo el debido proceso, sin perderse de vista que a partir de la expedición de la Ley 1881 de 2018, “El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva” y, por lo mismo, no basta simplemente con establecer si la conducta reprochada al congresista se encuadra o no en alguna de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución, sino que es menester demostrar, además, que las acciones u omisiones constitutivas de la falta son atribuibles a título de dolo o

culpa. [...] Como quiera que el proceso de pérdida de investidura comporta el ejercicio del ius puniendi estatal, ha de darse estricta aplicación y plena observancia a las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución. [...] No puede pasarse por alto que las disposiciones de la Ley 1881 de 2018 encuentran igualmente su sustento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyas normas se consagran las garantías judiciales relativas al debido proceso, al derecho de audiencia y de defensa y la aplicación de los principios de legalidad, pro homine, in dubio pro reo, favorabilidad, culpabilidad, presunción de inocencia y non bis in ídem, así como el derecho de ser asistido por un abogado, a no estar obligado a declarar contra sí mismo, a solicitar o allegar las pruebas que se estimen conducentes y a conocer y controvertir las que se aduzcan en su contra, y, desde luego, el derecho a recurrir el fallo adverso ante juez o tribunal superior competente. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Existen requisitos para la configuración de la causal de pérdida de investidura cuando se alega la violación del régimen de conflicto de intereses?

Tesis 2: “[...] [E]n aras de garantizar el equilibrio que debe existir entre los derechos del congresista y la aplicación estricta de la ley en aquellos casos en los que se alega la violación del régimen de conflicto de intereses, la Sala Plena Contenciosa del Consejo Estado ha enfatizado que para la configuración de la causal deben reunirse los siguientes elementos o requisitos: a.- Que el congresista haya participado efectivamente en la deliberación y votación de los actos legislativos, leyes y/o en el trámite y decisión de otros asuntos que fueron sometidos a su conocimiento. b.- Que al hacerlo, el congresista haya tenido un interés económico o moral de naturaleza personal, directo, particular y actual que pugne con el interés general. En ese orden de ideas, debe enfatizarse que no cualquier interés es suficiente para que se configure esta causal de pérdida de investidura, “pues se sabe que sólo lo será aquél del que se pueda predicar que es directo, esto es, que per se el alegado beneficio, provecho o utilidad encuentre su fuente en el asunto que fue conocido por el legislador; particular, que el mismo sea específico o personal, bien para el congresista o quienes se encuentren relacionados con él; y actual o inmediato, que concurra para el momento en que ocurrió la participación o votación del congresista, lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles. También se tiene noticia que el interés puede ser de cualquier naturaleza, esto es, económico o moral, sin distinción alguna”. (...) [A]l ser el conflicto de interés un concepto jurídico indeterminado, cuyos contornos epistemológicos son bastante inasibles, etéreos e imprecisos, se impone la realización de un riguroso “ejercicio hermenéutico de las situaciones de carácter moral o económico que puedan inhibir a un

congresista de participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración”, tomando en cuenta “las coordenadas de la realidad o circunstancias que rigen cada caso concreto”. [...] En ese sentido, es preciso que la ventaja, beneficio o provecho personal del congresista pugne con el interés general que representa por razón de su investidura (...). c.- Que a pesar de tener un interés directo que rivaliza con el interés general, el congresista incumpla con su deber de manifestar el impedimento para participar en los debates y/o votaciones a que haya lugar, o que, existiendo razones fundadas, objetivas y plausibles para ello, haya prosperado contra él alguna recusación. Dicho de otra forma, este requisito de la causal debe considerarse cumplido cuando, a pesar de existir razones objetivas y plausibles que indican que los intereses privados del congresista o de sus personas cercanas se encuentran involucrados, de tal modo que se presente una pugna o contradicción con el interés general, aquel omite el cumplimiento de su deber de declararse impedido para participar en esos debates y decisiones. Como puede advertirse, el conflicto moral de intereses como causal de pérdida de investidura constituye una valiosa herramienta para combatir las faltas contra la ética parlamentaria y para proteger la prevalencia del interés general, el principio de representatividad, la justicia y el bien común, propósitos estos, que, si bien pudieran parecer abstractos e indeterminados, forman parte del ADN de nuestro Estado social y democrático de derecho. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Se incurre en causal de conflicto de intereses y por ende, en pérdida de la investidura, al actuar con desconocimiento de los compromisos consignados en un acuerdo de coalición?

Tesis 3: “[...] Teniendo en cuenta los precisos términos de la ley (...), resulta fácil advertir que en ninguna de sus normas se hace referencia ex-

presa a las coaliciones políticas, motivo por el cual es forzoso concluir que el régimen jurídico de las bancadas no les es aplicable. A propósito del tema, no puede soslayarse que la conformación de coaliciones políticas es, en esencia, particularmente coyuntural, por cuanto su creación responde a determinadas circunstancias o situaciones políticas que son eminentemente episódicas, variables e inestables, debido al carácter cambiante y a la volatilidad que es característica de la actividad política y del juego democrático. En todo caso, el hecho de que las coaliciones no aparezcan mencionadas en la Ley 974 de 2005 no impide que los partidos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos puedan constituirse en coalición para apoyar determinadas iniciativas legislativas o abogar en común por ciertas causas políticas (...) así no les sean aplicables las disposiciones jurídicas que regulan el funcionamiento de las bancadas. En efecto, nada impediría que los integrantes de una coalición puedan actuar en grupo, coordinadamente y emplear mecanismos democráticos para la adopción de decisiones, pero eso sí, sin que ello se entienda cobijado por las disposiciones de la Ley 974 de

2005. [...] la formación de coaliciones y alianzas es una vieja práctica inherente a la actividad política que responde a coincidencias o intereses episódicos, que son tan variables y cambiantes como lo es la política misma, motivo por el cual no resulta factible entender que en el indescribible devenir de la actividad política una organización deba permanecer atada a los acuerdos y compromisos del pasado. (...) En todo caso, como la pérdida de investidura es una acción de naturaleza sancionatoria que de llegar a prosperar afecta de por vida al congresista, al privarlo de la oportunidad de volver ser elegido en un cargo de elección popular, no resulta jurídicamente viable hacer interpretaciones extensivas encaminadas a tipificar como conductas sancionables aquellas acciones y omisiones que el ordenamiento jurídico no ha calificado como tales. Este razonamiento apunta a señalar que el hecho de desconocer los compromisos consignados en un acuerdo de coalición o de desconocer las directrices aprobadas por los movimientos políticos coaligados, no se encuentra catalogado dentro de las conductas sancionables en este tipo de procesos. [...]”.

Falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que impliquen la destitución o inhabilidad general de derechos políticos a servidor público de elección popular

La Procuraduría General de la Nación carece de competencia para imponer las sanciones que impliquen la destitución, inhabilidad general de derechos políticos a servidor público de elección popular, cuando quiera que provengan de acciones u omisiones que no constituyan casos de corrupción, pues dicha atribución es competencia de los jueces de la República, de acuerdo con lo regulado en el sistema interamericano de derechos humanos. Exhorto para la aplicación de normas convencionales.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)

FECHA: 15/11/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Gustavo Francisco Petro Urrego

DEMANDADO: Nación - Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La Procuraduría General de la Nación es competente para imponer la sanción de destitución e inhabilidad a un servidor público que ha sido elegido popularmente, a la luz del ordenamiento jurídico interno y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Tesis 1 : “[...] un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que la Procuraduría

General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal, (...) a la luz de las facultades otorgadas por la Constitución de 1991 al poder judicial, y de la integración de estas con la salvaguarda a los derechos políticos que ostentan los servidores públicos de elección popular, es dable establecer que, a la luz del artículo 23 convencional, solo los jueces de la República resultan competentes

para imponer las sanciones que impliquen la destitución y la inhabilidad general de derechos políticos cuando quiera que estas provengan de acciones u omisiones que, no obstante ser contrarias a derecho, no constituyan casos de corrupción. En este sentido, la interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”, debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro homine en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza. De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: “las respectivas sanciones” que puede imponer el Procurador General de la Nación “conforme a la Ley”, tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2). (...), la competencia de la Procuraduría General de la Nación, al lado

de la propia de los jueces penales, se encuentra legitimada, para casos de origen en actos de corrupción, en el artículo 30 de la mencionada Convención que, en su numeral 1, establece que cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a esta Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos, previendo, además, en su numeral 8, que esa disposición “no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos”. Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor. Esta interpretación corresponde a la naturaleza propia de sistema penal colombiano, adoptado como un modelo procesal acusatorio a partir del Acto Legislativo 3 del 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta Política.(...) Así las cosas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera, bajo la interpretación preferente de los artículos 277.6 de la Constitución Política y 44.1 del CDU, que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para afectar o limitar los derechos políticos de (...) para elegir y ser elegido a la luz del ordenamiento jurídico interno, como tampoco frente al Derecho Convencional. La Sala enfatiza que el demandante tampoco fue objeto de reproche en la esfera de lo penal, pues el exalcalde (...) mantuvo incólume su presunción

de inocencia a pesar de las sindicaciones que se le hicieron por la presunta comisión de delitos relacionados con las mismas circunstancias fácticas que sirvieron de sustento a las faltas que se le endilgaron. Razón demás que justifica el análisis y aplicación del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso sub examine, a la luz de las posibles fracturas que, como se ha dicho, ha sufrido la estructura del Estado Colombiano, que han permitido que su diseño garantista pueda ser distorsionado para que, en nombre de la legalidad, se desconozcan derechos políticos y se trunque el desarrollo de un mandato local legítimamente constituido. De acuerdo con lo anterior, y en virtud del control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que ante la incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional, se declarará la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron al demandante, (...), la sanción de destitución e inhabilidad por 15 años, toda vez que dicho ente de control no tiene competencia para imponer una sanción que restrinja los derechos políticos de un servidor público, elegido popularmente, por faltas disciplinarias originadas en conductas que no constituyen actos de corrupción [...].”

Problema jurídico 2 : ¿Procede exhortar al Gobierno Nacional y al Congreso de la República con el fin de tomar las medidas pertinentes para armonizar el derecho interno con el derecho convencional y así poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos?

Tesis 2: “[...] El papel del juez en este caso no puede ser el de dejar hacer y dejar pasar, por ello, si bien solamente es posible predicar de los efectos de esta providencia aquellos inter partes, las

consideraciones aquí plasmadas aunadas a las recomendaciones que sobre este caso hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano, concretamente, en sus numerales 3 a 7, que se refieren a aspectos de política pública y a ajustes del régimen jurídico nacional, y para dar aplicación a las reglas y procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta: (i) las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, en particular aquellas que configuren cosa juzgada constitucional, específicamente, en esta materia; (ii) la obligación del Estado de asegurar la vigencia de los derechos políticos y restringir su limitación en la faceta pasiva, a decisiones de derecho sancionatorio proferidas por autoridad competente, con el fin de proteger los derechos políticos de los electores en todas las esferas político-administrativas y se preserve la integridad del mandato ciudadano en cabeza de aquellas autoridades que gobiernan o administran en nombre de opciones políticas diversas, minoritarias o, si acaso, contrarias a las del establecimiento; propuesta que se acompaña con el posible surgimiento de gobernantes locales que representen nuevas opciones políticas a partir de los acuerdos de paz que se suscribieron en el país y cuya ejecución se encuentra implementando; y (iii) la necesidad de garantizar herramientas y procedimientos que fortalezcan la lucha contra la corrupción, la correcta prestación de la función pública y la preservación del patrimonio político. Por los efectos inter partes del

presente fallo, las condiciones de aplicabilidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la vigencia del régimen jurídico estatal, y mientras se adoptan

los ajustes internos, la Procuraduría General de la Nación conserva la facultad para destituir e inhabilitar a servidores públicos de elección popular en los términos de esta providencia. [...]"

No procede la aclaración de la sentencia en el proceso 11001-03-25-000-2014-00360-00(ij), ya que, en ejercicio del control de convencionalidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento, los efectos de la sentencia son interpartes y, en consecuencia, el juez no se encuentra facultado para declarar la invalidez de normas internas.

Problema jurídico: ¿Procede aclarar la sentencia en el caso en estudio para establecer la vigencia de normas del derecho interno?

Tesis: “ [...] El Procurador General de la Nación (...) solicita de manera expresa que se aclare la sentencia proferida en el curso del proceso para dilucidar “si dado que la sentencia aplica el criterio de convencionalidad mediante el exhorto ordenado en el numeral 6 de su parte resolutive, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar con destitución e inhabilitación a servidores de elección popular, por actos que no se cataloguen como de corrupción, fenece de forma automática al vencimiento de los dos (2) años que establece el fallo o, por el contrario, es necesario esperar la decisión del Congreso de la República al respecto”. (...) La Sala considera que la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2017, no está llamada a prosperar por las razones que a continuación se explican: 1. La regla fijada en el artículo 189 del CPACA al señalar que “La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”, indica que los efectos de la sentencia en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, son inter partes, es

decir, solo entre quienes tienen interés directo en el proceso. En el presente caso, no hay duda sobre los efectos inter partes de la sentencia del 15 de noviembre de 2017 mediante la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación que impusieron sanción de destitución e inhabilitación general por el término de 15 años al señor (...), y dispuso el consecuente restablecimiento del derecho, de acuerdo con las pretensiones de la demanda. En la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que modulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes; al contrario, de manera expresa se indicó en la parte motiva que los efectos de la providencia, en este caso, eran inter partes. (...) El control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes de este proceso, lo que quiere decir, que el criterio hermenéutico que adoptó la Sala sobre la interpretación del artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 conforme a la norma convencional, no puede significar que esta hubiere hecho un pronunciamiento con vocación erga omnes respecto de la pérdida de vigencia de las normas de derecho interno que fijan la competencia a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones que com-

porten restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Los jueces nacionales están en la obligación de “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”, sin embargo, en ejercicio de ese control, los jueces no están facultados para declarar la invalidez de las normas, expulsándolas del ordenamiento jurídico interno. [...]”.

Sentencia de unificación. Características de la acción popular

Sentencia de unificación. Características de la acción popular. El juez de la acción popular no puede declarar la nulidad de actos administrativos. Amparo judicial de los derechos e intereses colectivos en relación con hechos ocurridos antes de 1991. Amenaza al patrimonio público y al patrimonio cultural de la Nación – naufragio del Galeón San José.

RADICADO: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

FECHA: 13/02/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación por interés jurisprudencial

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Antonio José Rengifo

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima Portuaria de Colombia (DIMAR) y otros

MEDIO DE CONTROL: Revisión eventual de acción popular

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es procedente la acción popular para proteger derechos colectivos vulnerados con anterioridad a la Constitución de 1991?

Tesis 1: “Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (ver art. 2.º de la L. 472) y los principales elementos definitorios de su naturaleza jurídica se resumen así: (a) Es una expresión concreta el derecho de acción. Es decir, le permite a los titulares solicitar ante el juez competente que mediante orden judicial, provea tutela judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos vulnerados o cese la amenaza de ello. (b) Es principal: La acción popular es de carácter principal y en consecuencia autónoma, lo cual im-

plica que no depende de la inexistencia de otras acciones para solicitar la protección del derecho o interés invocado. Muy diferente, por ejemplo, a la acción de tutela, que es eminentemente residual. (c) Es preventiva: Porque procede, incluso, cuando el derecho o interés colectivo no ha sido vulnerado si se concluye que está amenazado y que es necesario evitar un daño contingente o hacer cesar el peligro. Lo anterior, pese a que las acciones u omisiones sean remotas, ya que lo determinante es que sus efectos persistan frente a la amenaza o puesta en peligro. (d) Es eventualmente restitutiva: Porque el juez de la acción popular puede ordenar que las cosas vuelvan al estado anterior cuando fuere posible. (e) Es actual, no pretérita. Ello significa que habrá carencia de objeto si ha cesado la vulneración o amenaza del derecho colectivo. Por el contrario, procederá este mecanismo de pro-

tección - aunque el hecho generador sea anterior y se haya consumado-, si la violación, amenaza o puesta en peligro del derecho o interés colectivo, persiste, sea actual o inminente, o imprescriptible, inalienable, como ocurre con la conservación del patrimonio cultural. (f) La vulneración o amenaza debe ser real, inminente, concreta. Tal como lo ha precisado el Consejo de Estado la amenaza y vulneración denunciadas, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo. (g) Es excepcionalmente indemnizatoria. Es decir, en aquellos casos en los cuales se ha probado el daño a un derecho o interés colectivo, el juez podrá condenar al pago de perjuicios en favor de la entidad pública no culpable, que tenga entre sus funciones la vigilancia o protección del derecho o interés colectivo vulnerado (artículo 34 de la L 472). (h) La prueba de la vulneración o amenaza está a cargo del actor popular. Esto implica, en principio, que la carga de la prueba la tiene el demandante; sin embargo, si por razones de orden económico o técnico este no pudiere asumirla, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, en la que deben quedar plenamente demostradas las acciones u omisiones denunciadas o queden evidenciadas. Así mismo, de acuerdo con estas características, el juez de la acción popular decide el asunto, entre otros, bajo los siguientes parámetros: (a) Tiene en cuenta los principios consagrados en normas constitucionales, convencionales, o legales, que expresan valores superiores, o bien, como norma programática o directriz, que orienta la función pública y la administrativa. (b) Constata la efectiva vulneración o agravio, o el daño contingente, o la amenaza de uno o varios derechos e intereses colectivos invocados o que, de oficio, encuentre

vulnerados o en riesgo. (c) Identifica la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, causante de la violación o amenaza. (d) Definidos los supuestos fácticos y jurídicos, en la sentencia se ordenan las medidas pertinentes, oportunas y procedentes conforme a lo indicado en el artículo 34 de la Ley 472. [...] Los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio cultural, histórico, arqueológico, o patrimonio cultural sumergido, son objeto de amparo judicial reforzado, porque a la luz de los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, son bienes que están bajo protección del Estado, pertenecen a la Nación, y, por tanto, son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los demás derechos e intereses colectivos previstos en el artículo 4º de la Ley 472 y otras normas, son amparables por el juez de la acción popular, aunque los hechos que dieron origen a la vulneración o amenaza fueren pretéritos, si los efectos nocivos son actuales y persistentes. [...] El patrimonio cultural hace parte del concepto patrimonio público y está regulado en la Constitución Política de Colombia en los artículos 63 y 72, según los cuales, los bienes que lo componen son inalienables, inembargables e imprescriptibles, lo que implica que los mismos no se pueden negociar, vender, donar, permutar, no pueden ser objeto de gravámenes y están excluidos de apropiación por el paso del tiempo. Estos bienes pertenecen en forma exclusiva a la Nación y están bajo su protección. Ahora bien, la conceptualización acerca de qué es y qué comprende el patrimonio cultural ha sido objeto de permanente ajuste, tanto en el orden internacional como en el orden interno, siempre con el propósito de ampliar y fortalecer su órbita de protección, tal y como pasará a evidenciarse en el acápite de marco normativo del patrimonio cultural y cultural sumergido. (...) Merece especial atención el contenido del artículo 14, de la ley 163 de 1959, como quiera que consagra una limitación a la aplicación del artí-

culo 700 del Código Civil, el cual regula lo relacionado con el descubrimiento de tesoros. Esta norma señaló de manera expresa lo siguiente: «Artículo 14. No se consideran incluidos en el artículo 700 del Código Civil los hallazgos o invenciones consistentes en monumentos históricos o arqueológicos, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la presente Ley». En virtud de la anterior disposición, los bienes muebles que fueron definidos como patrimonio histórico y cultural en la normativa precitada, y que otrora podían ser considerados como tesoros por cumplir con las calidades exigidas por tal institución jurídica, quedaron excluidos de régimen previsto en el Código Civil y sometidos de manera expresa a las disposiciones de la Ley 163 de 1959, de manera que los mismos quedaron por fuera del comercio. Esta exclusión aplica para la totalidad de los bienes que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1.º, *ibidem*, porque integran el patrimonio histórico y artístico, «que se hayan conservado sobre la superficie o en el subsuelo nacional». En este punto, es necesario aclarar que dicho concepto no solo comprende los muebles e inmuebles ubicados en el suelo y subsuelo del territorio continental. En efecto, deben entenderse comprendidos todos los muebles que se encuentren en las zonas donde Colombia ejerce soberanía, lo que incluye el suelo y el subsuelo marítimo, máxime si se tiene en cuenta que, para tal fecha, Colombia ya había adherido a la Convención de Ginebra suscrita el día 24 de abril de 1958, en la cual se contempló que el Estado ribereño ejerce su soberanía sobre la plataforma continental, la cual comprende «[...] el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera de zona de mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas [...]», así como el lecho del mar y el subsuelo de

las regiones submarinas análogas adyacentes a las costas de las islas. [...] El artículo 3.º de la Ley 1675 señaló como criterios para determinar qué bienes tienen la calidad de patrimonio cultural sumergido, los siguientes: Representatividad: Cualidad de un bien o conjunto de bienes, por la que resultan significativos para el conocimiento y valoración de particulares trayectorias y prácticas socioculturales que hacen parte del proceso de conformación de la nacionalidad colombiana, en su contexto mundial. Singularidad: Cualidad de un bien o conjunto de bienes, que los hace únicos o escasos en relación con los demás bienes conocidos, relacionados con las particulares trayectorias y prácticas socioculturales, de las cuales dichos bienes son representativos. Repetición: Cualidad de un bien o conjunto de bienes muebles por la cual resultan similares, dadas sus características, su condición seriada y por tener valor de cambio o fiscal, tales como monedas, lingotes de oro y plata o piedras preciosas en bruto. Ha de advertirse, una vez más, que el concepto de repetición no significa que estos bienes muebles cambien de marco normativo y regresen a la institución civil del «tesoro», porque aún bajo estas circunstancias, siguen al amparo de las normas que protegen el patrimonio cultural sumergido. Estado de conservación e importancia científica: Potencial que ofrece un bien, o conjunto de bienes muebles o inmuebles, de aportar al mejor conocimiento histórico, científico y cultural de particulares trayectorias y prácticas socioculturales que hacen parte del proceso de conformación de la nacionalidad colombiana, en su contexto mundial. [...] Las normas que incentivaron la recuperación de los bienes de interés histórico o cultural, en términos generales, regularon tres etapas o fases con el fin de ejercer vigilancia y control: La exploración: Podía llevarse a cabo por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera. Se requería para tal efecto solicitar permiso ante la

DIMAR y acreditar el cumplimiento de los requisitos regulados en la Resolución 891 del 15 de diciembre de 1981 y 148 del 10 de marzo de 1982 expedidas por la DIMAR. El denuncia: consistía en el aviso o noticia del hallazgo de una especie náufraga ante la DIMAR, realizado por quien había sido autorizado para la exploración. En esta fase se ubica al denunciante. El rescate: referida a la recuperación y/o extracción de la especie denunciada. En esta etapa se sitúa al contratista quien en virtud de un acto jurídico (contrato para la recuperación y explotación) era el encargado de realizar la recuperación y rescate de la especie denunciada. Frente a estas etapas la Sala resalta que la denuncia y el rescate podían realizarse por dos personas naturales o jurídicas diferentes, sin que se previera por el orden jurídico un derecho de preferencia del denunciante para celebrar el contrato de recuperación de la especie objeto de descubrimiento. [...] La Resolución 354 del 3 de junio de 1982 reconoció la calidad de denunciante de la Glocca Morra Company únicamente sobre el hallazgo ubicado en las coordenadas del anunciado «reporte confidencial», concretamente en lo consignado en la página 13, sin hacer alusión alguna a los demás datos proporcionados en el escrito de denuncia de 18 de marzo de 1982. De acuerdo con su texto, es necesario señalar que la Resolución 354 del 3 de junio de 1982 es un acto de carácter particular que sigue produciendo efectos en el tiempo. (...) Encuentra la Sala que pese a que la Glocca Morra Company a través del Reporte Confidencial, entregó a la DIMAR un punto exacto en donde, según afirmó, se ubica el naufragio principal, a la fecha de esta sentencia no se ha recuperado lo denunciado en dichas coordenadas, por lo que el derecho al reconocimiento económico que deviene de la calidad de denunciante si bien no se ha producido, se puede concretar posteriormente. (...) Ahora bien, teniéndose en cuenta que aún no se ha verificado la extracción o ex-

humación del conjunto de bienes denunciados inmersos en las profundidades del mar, sobre los que versa el presente debate, y que, por consiguiente, a plenitud no se conocen las características, rasgos o particularidades individuales de ellos, así como que el derrumbamiento o quiebre de la sentencia del Tribunal se derivó de la violación, por falta de aplicación, de la Ley 163 de 1959, específicamente de su artículo 14, tórnase indefectible precisar que de los objetos denunciados por la demandante, sólo aquellos que no califiquen o que, in casu, no puedan calificarse como “monumentos muebles” o, en general, que por no ser de especial interés cultural, histórico, artístico o arqueológico, no integren el “patrimonio cultural nacional”, estarán correlativamente comprendidos por la declaración de dominio efectuada en la sentencia de primera instancia, pronunciamiento éste que, por tanto, recae única y exclusivamente sobre los bienes que, conforme a la noción o concepto limitado que en la actualidad le corresponde al tesoro, merced a su evolución y cambios registrados, puedan estimarse como tal. Expresado de otro modo, la referida declaración de dominio, in eventum, tiene cabida sólo y privativamente en torno a los objetos que no revistan especial interés cultural, en cuyo caso, si reúnen las calidades jurídicas del tesoro, podrá hacerse efectivo el señalado derecho de dominio. De allí que, ad cautelam, deberá procederse al aludido escrutinio, siempre velando porque no se conculque, pretermita o vulnere el “...Patrimonio Cultural de la Nación”, en un todo de acuerdo con el ordinal 6° del artículo 1° de la Ley 397 de 1997, el que perentoriamente reza que “Es obligación del Estado y de las personas valorar, proteger y difundir...” el patrimonio en cuestión. Por consiguiente, en orden a evitar equívocos en el presente juzgamiento, nada que revista o pueda revestir interés cultural –en los términos ya señalados- podrá formar parte del dominio de la sociedad demandante,

como quiera que, por las razones expresadas en precedencia, que tienen que ver con la prevalencia o primacía de los derechos del Estado en esta materia de índole histórico-cultural, ninguno de esos bienes puede ser objeto de apropiación privada, lo que explica que no puedan, stricto sensu, catalogarse de tesoro (art. 700, C.C.) y por lo tanto, traducirse en un modo particular de adquisición de la propiedad. [...] En definitiva, en el presente asunto procederá la Corte a brindar plena e inequívoca protección al patrimonio cultural, histórico, artístico y arqueológico, incluido el sumergido, y, con ese confesado propósito, como corresponde en estricto derecho, en concreto por lo reglado por la normatividad pertinente, excluirá todos y cada uno de los bienes que lo conforman –o conformen-, en particular, los “monumentos muebles” consagrados en la Ley 163 de 1959, de la declaración de dominio contenida en el fallo de primer grado y, con arreglo a la mencionada modificación sustancial, lo confirmará sólo en lo pertinente, en el entendido que la propiedad allí reconocida, por partes iguales, para la Nación y la sociedad demandante, está referida única y exclusivamente a los bienes que, por sus características y rasgos propios, según el caso, sean susceptibles de calificarse como tesoro, en el campo jurídico, teniendo en cuenta que su configuración, concepto y alcance, definitivamente, no es el mismo que otrora tenía, en atención a la tutela y salvaguarda conferidos prevalente y preferentemente al mencionado patrimonio, hoy una constante a nivel internacional. De allí que convergen y, de paso, primen intereses superiores de indiscutido carácter social y cultural, lo cuales el juez y demás autoridades deben proteger, según se advirtió. Respecto de esos bienes, en relación con los cuales limitadamente cabe la declaración de dominio efectuada por el a quo, conforme se deja señalado, también es necesario precisar que corresponden solamente a aquellos a que alude la Re-

solución 0354 de 3 de junio de 1982, expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria, es decir, a los que se encuentren en “las coordenadas referidas en el ‘Reporte Confidencial sobre Exploración Submarina efectuada por la Compañía GLOCCA MORRA en el Mar Caribe, Colombia Febrero 26 de 1982’ Página 13 No. 49195 Berlitz Translation Service”, sin incluir, por tanto, zonas, espacios o áreas distintas. [...]» Todo lo anterior significa que desde la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia se concluyó que los bienes que integran el patrimonio histórico, cultural y arqueológico, incluido el submarino, que se hallen en las coordenadas exactas objeto de la Resolución 354 de 1982, serán amparadas por la autoridad nacional legalmente encargada de ello, y por tanto, no pueden ser considerados «tesoros», por cuanto, por voluntad expresa del legislador, contenida en el artículo 14 de la Ley 163 de 1959 y demás normas reseñadas, estos se encuentran por fuera del comercio. En conclusión, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que la Resolución 354 de 1982, que reconoció la calidad de denunciante a la sociedad Glocca Morra Company, sí fue una grave amenaza o riesgo de los derechos e intereses colectivos invocados en esta acción popular, pero con todo, la sentencia de la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia, al excluir de los posibles derechos de propiedad de la sociedad norteamericana, los bienes que sean clasificados como patrimonio cultural, histórico o científico, evitó en forma eficiente y oportuna cualquier daño contingente, peligro, o amenaza sobre los derechos e intereses colectivos cuyo amparo se ha solicitado”.

Problema jurídico 2: ¿Es posible anular un acto administrativo mediante la acción popular cuando es la causa directa de violación o amenaza de un derecho colectivo?

Tesis 2: “El juez de la acción popular no puede declarar la nulidad de los actos administrativos causantes de la amenaza o violación de derechos e intereses colectivos, aún si se trata de hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 1437. (...) A juicio de la Sala Plena del Consejo de Estado, en las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de los actos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación. Por tanto, en estos casos el juez debe emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello. (...) Si el juez de la acción popular encuentra que el acto administrativo vulnera derechos e intereses colectivos, podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos (salvo la anulación del acto o contrato).

A guisa de ejemplo, el juez podría adoptar las siguientes medidas: (i) La inaplicación total o parcial con efectos interpartes -artículo 148 de la Ley 1437; (ii) interpretación condicionada del acto administrativo; (iii) la suspensión de los efectos -eficacia- sin que ello obligue al juez ordinario a declarar la nulidad del mismo, puesto que el ámbito de análisis es diferente. En este caso, pese a que desde la órbita del juez ordinario el acto sea considerado conforme al ordenamiento jurídico, podría suceder que el juez de la acción popular ordene la inaplicación, interpretación condicionada o suspensión de los efectos de aquel, total o parcialmente, mientras se supera la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuyo amparo se invoca. Ambas decisiones lejos de ser contradictorias, son complementarias, porque cada juez actúa bajo una órbita, óptica, reglas y principios diferentes: el uno en sede de legalidad abstracta o subjetiva, mientras que el segundo en sede de protección de intereses y derechos colectivos”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] I. En las acciones populares el juez no tiene la facultad de anular los actos administrativos, pero sí podrá adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto administrativo que sea la causa de la amenaza, vulneración o el agravio de derechos e intereses colectivos; para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto.

II. Los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio cultural, histórico, arqueológico, o patrimonio cultural sumergido, tienen una tutela judicial reforzada, porque a la luz de los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, son bienes que están bajo protección

del Estado, pertenecen a la Nación, y, por tanto, son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los demás derechos e intereses colectivos previstos en el artículo 4.º de la Ley 472 y otras normas, son amparables por el juez de la acción popular, aunque los hechos que dieron origen a la vulneración o amenaza fueren pretéritos, si los efectos nocivos son actuales y persistentes.

Así mismo, se advierte a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente y tendrá aplicación en las decisiones judiciales que se profieran a partir de la fecha”.

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

“[...] considero necesario aclarar mi voto respecto de un punto sobre el que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unificó jurisprudencia en el asunto de la referencia, relativo a que “el juez popular no tiene la facultad de anular actos administrativos pero sí adoptar las medidas que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto administrativo que sea la causa de la amenaza, vulneración o agravio de derechos e intereses colectivos; para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto”. [...] aun cuando respeto la decisión y la encuentro razonable y fundamentada, considero que, bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, el juez popular sí tenía amplias facultades para salvaguardar el orden jurídico en materia de derechos e intereses colectivos, lo que incluía la anulación de actos administrativos, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 472 de 1998 que dispone que “La

jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia”. Es decir, si el legislador reservó a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de las acciones populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas, quiere ello decir que, si el juez de lo contencioso administrativo investido como juez popular, encontraba que el acto administrativo vulneraba derechos e intereses colectivos, podía adoptar todas las medidas que fueran necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de tales derechos, lo que incluía naturalmente la anulación del acto como una medida eficaz, preventiva y restitutoria de este mecanismo de protección. [...]”.

Aclaración de voto de los consejeros Guillermo Sánchez Luque, Rocío Araújo Oñate, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Milton Chaves García, Jaime Enrique Rodríguez Navas, Marta Nubia Velásquez Rico y Alberto Yepes Barreiro

“[...] Compartimos la providencia del 13 de febrero de 2018 que unificó el criterio de la Corporación sobre la improcedencia de anular actos administrativos en acciones populares anteriores a la vigencia CPACA. Sin embargo, aclaramos voto, pues, como se desestimaron las

pretensiones de la demanda, las otras consideraciones expuestas en la sentencia constituyen un obiter dictum, que escapa a las razones estrictamente relacionadas con el caso y a los límites que debe tener todo juez al momento de desatar una controversia”.

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

“[...] me adhiero a la aclaración de voto presentada por los doctores Guillermo Sánchez Luque, Rocío Araujo Oñate, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Milton Chaves García, Jaime Enrique Rodríguez Navas, Martha Nubia Velásquez Rico y Alberto Yepes Barreiro, el 2 de marzo de 2018, precisando los siguientes puntos: 1. A la República de Colombia solamente se le pueden aplicar los tratados internacionales en los que es parte. 2. El Estado Colombiano, por un lado, es parte de la Convención sobre la Plataforma Continental, adoptada en Ginebra, el 29 de abril de 1958, y aprobada por la Ley 9a de 13 de marzo de 1961 y, por el otro,

por intermedio del Congreso Nacional, aprobó la Ley 10a de 4 de agosto de 1978, “por medio de la cual se dictan normas sobre mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, y se dictan otras disposiciones”. 3. Que el Estado Colombiano ejerce soberanía sobre su mar territorial y su plataforma continental, de conformidad con las normas del Derecho Internacional. 4. Que la República de los Estados Unidos de Colombia celebró con el Reino de España el Tratado de paz y amistad, el 30 de enero de 1881; aprobado por la Ley 12 de 18 de abril de 1881; canjeadas las ratificaciones en París, el 12 de agosto de 1881 [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araujo Oñate

“[...] El objeto de la aclaración lo constituyen los aspectos que a continuación relaciono, que se incluyeron en la decisión, algunos de los cuales no resultaban necesarios para adoptarla, otros no fueron materia de debate procesal en las instancias del proceso y los demás constituyen verdaderos obiter dictum: I. El contexto histórico referido en los numerales 1 a 16 de la parte considerativa de la sentencia sobre el Galeón San José se obtiene a partir de libros y documentos históricos que no forman parte del expediente contentivo de la acción popular del vocativo de la referencia y resultan innecesarios para adoptar la decisión en el caso concreto. Lo anterior, por cuanto –tal como lo reconoce el fallo objeto de aclaración– en este proceso no se logró dilucidar si en las coordenadas suministradas en el reporte confidencial que presentó la sociedad Sea Search Armada a la DIMAR, con ocasión de los permisos de exploración concedidos, yace una especie naufraga ni si ella es el galeón San José o cualquier otro naufragio. Tal circunstancia aparece co-

rroborada en varias intervenciones procesales que generaron incertidumbre en torno a la naturaleza del hallazgo referido por la sociedad, entre ellas las realizadas en el proceso por la Glocca Morra Company, la DIMAR y el Ministerio de Cultura, organismo este que aseveró que “en este caso no se ha presentado el descubrimiento de ningún naufragio o tesoro, si es que existiese... Hasta la fecha no se ha confirmado el lugar donde se encuentra el Galeón San José, ni el monto económico de la carga que transportaba al momento del hundimiento”, manifestaciones que gozan de respaldo suficiente en las pruebas documentales que reposan en el expediente. En efecto, el material probatorio allegado a la actuación no arroja certeza sobre lo que se encuentra en las coordenadas suministradas en el reporte confidencial, de tal manera que ni siquiera se conoce si se trata de un naufragio de menos de cien años o de más ni la carga que contiene, que permita determinar el valor histórico del descubrimiento y la legislación aplicable. II. Las infor-

maciones de prensa relacionadas en los numerales 17 a 24 de la motivación del fallo, sobre recientes avistamientos del Galeón San José y las decisiones administrativas adoptadas en torno a este tema, así como las propuestas para desarrollar un proyecto científico para la recuperación del Galeón San José, no constituyen un medio de convicción legalmente aportado a la actuación y carecen por completo de relevancia frente al problema jurídico que se pretendía resolver en el sub examine. Traer a colación tales noticias de prensa y pruebas tomadas de páginas web de entidades públicas que corresponden a un contexto histórico completamente distinto al que se refieren los supuestos fácticos que dieron origen a la acción popular y que ninguna relación guardan con las decisiones que se adoptan por parte de esta Corporación, resulta contrario a la técnica procesal y, adicionalmente, desconoce los claros pronunciamientos de la Sala Plena de esta Corporación, sobre el valor probatorio de las noticias de prensa, en virtud de los cuales se estimarán según su conexidad con otros medios de prueba, pero deben haber sido legalmente allegados a la actuación, en las oportunidades previstas en el ordenamiento adjetivo, de tal manera que no pueden ser aducidos por el juez al momento de proferir el fallo. III. En la sentencia se realiza una unificación jurisprudencial en torno al alcance de una legislación que se encuentra derogada –Decreto 01 de 1984–, de tal manera que actualmente no forma parte del ordenamiento jurídico, en relación con la ausencia de potestad del juez de la acción popular para decretar la nulidad de actos administrativos. En virtud de lo expuesto, la regla decisonal establecida por la Sala en sede de unificación solo sería aplicable a aquellos casos que se iniciaron antes del 2 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, normatividad que zanjó en forma definitiva la discusión sobre el tema objeto

de análisis, en el sentido de negar la posibilidad de decretar la nulidad del acto o contrato. La prohibición legal de anular el acto o contrato en sede de protección de derechos colectivos fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011, bajo la consideración de que se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración, en tanto que para ello están las acciones contenciosas administrativas correspondientes. Sobre el tema de la imposibilidad del juez de la acción popular de decretar la nulidad de un acto administrativo, considero que faltó precisar, con mayor amplitud argumentativa, que tal decisión garantiza el principio de seguridad jurídica e impide que se desconozca el término de caducidad de las acciones ordinarias, particularmente la de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, la posibilidad de ejercer las acciones populares en cualquier tiempo –mientras subsista la vulneración a los derechos colectivos invocados– y, simultáneamente, facultar al juez para que decrete la nulidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto en esa sede judicial, equivaldría a desconocer el término de caducidad del medio de control ordinario. Al respecto, cabe destacar que la figura jurídica de la caducidad en este tipo de acciones cumple una finalidad que consulta valores y principios constitucionales, en la medida en que, como lo señaló la Corte en la sentencia C-477 de 2005, existe un interés general en que las controversias judiciales se clausuren de manera definitiva y la consecuente necesidad de establecer mecanismos que pongan fin a la posibilidad de actuar indefinidamente ante la jurisdicción, para garantizar el principio objeto de análisis en esta oportunidad. IV. En la sentencia se invocan normas de la Constitución Política de 1991, de la Ley 397 de 1997; del Decreto Reglamentario 833

de 2002 y de la Ley 1675 de 2013²⁹⁵, las cuales no se encontraban vigentes para la fecha en que DIMAR profirió la Resolución No. 354 del 3 de junio de 1982 “Por medio de la cual se reconoce como denunciante de tesoros o especies naufragas a la sociedad Glocca Morra Company” y mucho menos para aquella en que se le autorizó a la referida sociedad la exploración, con base en cuyos resultados denunció el “hallazgo” en las coordenadas suministradas en el informe reservado. Con la utilización de la nueva normatividad se pretendió llenar de contenido conceptos o acepciones que habían sido utilizados por el legislador de la época con una connotación y finalidad diferentes, lo que conllevó a que en el desarrollo argumentativo se confundieran los conceptos de “denuncios”, “hallazgos” y “descubrimientos” y se les diera el alcance de la explotación y efectiva tenencia de los bienes. Tal situación implicó que a la expresión “hallazgo” se le equiparara con el descubrimiento real de bienes o mercancías que pudieran ser valoradas, sin que en la normatividad anterior tuviera esa significación y alcance, pues simplemente se denunció la existencia algo que puede llegar a tener algún valor, en unas coordenadas determinadas. Ello condujo igualmente a que se cuestionara el cumplimiento del deber jurídico a cargo de la DIMAR, que al tenor de la nueva normatividad la obliga a que los bienes hallados sean valorados por el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, olvidando que en el caso concreto todavía no se ha extraído nada que pueda ser objeto de reporte, reconocimiento técnico, decisión sobre la importancia o mérito del descubrimiento, selección y/o protección. Lo anterior implica que el concepto de patrimonio cultural sumergido surge de la Ley 397 de 1997 y se consolidó en la Ley 1675 de 2013 que no se encontraba vigente para la época en que se expidió la resolución, pero adicionalmente, en el caso concreto

no se tiene certeza de que se trate de un hundimiento de más de 100 años. Siendo ello así, es necesario concluir que mientras no se llenen de contenido estas expresiones –de acuerdo con el contexto de las normas jurídicas que las contienen²⁹⁷– no es posible darles el alcance que se pretende y mucho menos advertir una omisión de reportar el hallazgo como incumplimiento de un contenido obligacional a cargo de DIMAR consagrado en el artículo 13 de la Ley 163 de 1959, que tenga relevancia frente a la validez y eficacia del acto administrativo. Lo anterior, por cuanto, como lo concluye la sentencia “aún no se ha encontrado pecio o naufragio alguno en el sitio exacto, identificado como letra ‘A’”. En caso de que ello ocurriera, las normas actuales vigentes han precisado que el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural es la única entidad competente para decidir cuáles bienes de un hallazgo han de ser considerados patrimonio cultural sumergido...”, conclusión a que, pese a ser correcta, resulta contradictoria con el marco normativo y conceptual expuesto en el proyecto y que –reitero– le dio un alcance a las normas que las mismas no tenían. Adicional al inadecuado empleo de los conceptos y su interpretación a partir de la evolución normativa posterior a la situación fáctica objeto de análisis, lo cierto es que estas consideraciones no resultaban necesarias para adoptar la decisión de confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, si se tiene en cuenta que la ratio decidendi del fallo es que la amenaza o puesta en riesgo de los derechos colectivos se evitó, en forma eficiente y oportuna, con ocasión de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia dictada el 5 de junio de 2007, que hizo tránsito a cosa juzgada y dirimió la controversia con respeto a los derechos colectivos de la Nación que le correspondía garantizar. V. Finalmente, en la sentencia se consideró pertinente remitir copia de la providencia al

Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, autoridad judicial que decretó medidas cautelares en el proceso ordinario, y así se ordenó en la parte resolutive. Lo anterior se hizo para que “adopte las decisiones a que haya lugar y que en derecho correspondan”, sin que

se haya precisado marco fáctico o jurídico alguno que permita determinar el sentido o finalidad de las decisiones que le corresponde adoptar y la relación que las mismas guardan con el caso concreto que aquí se resolvió”.

Salvamento parcial de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo

“[...] Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, expongo las razones por las que no acompaño la decisión de unificar la jurisprudencia en el sentido que “[e]n las acciones populares el juez no tiene la facultad de anular los actos administrativos”, fundada la posición mayoritaria en razones que niegan el avance progresivo de la protección de los derechos colectivos y limitan injustificadamente el alcance de la acción constitucional. [...] 1.- Con la jurisprudencia unificada se limita injustificadamente la protección que la Constitución Política demanda para los intereses y derechos colectivos. La limitación impuesta con la unificación jurisprudencial, en el sentido de no proteger en el ámbito de la acción popular los valores constitucionales de titularidad difusa, mediante la eficaz interdicción de los actos administrativos que los vulneran, ponen en grave peligro o amenazan, i) restringe injustificadamente la protección que el ordenamiento constitucional demanda para los intereses y derechos colectivos; ii) niega el carácter principal, preferente y público con que se concibió la acción popular y iii) subordina la eficacia de los intereses supremos que tienen que ver con la vida, la salubridad, integridad, tranquilidad, lo público, entre otros, de los que depende el bienestar individual y social, a la protección de la legalidad formal. [...] 2.- La universalidad del

patrimonio cultural histórico y arqueológico es inalienable e imprescriptible, mientras que los bienes que lo conforman adquieren esa calidad a partir del acto de declaración o delimitación. En efecto, el patrimonio cultural histórico y arqueológico es un atributo del Estado y constituye una universalidad en sí misma considerada, al margen de los bienes individuales que lo conforman. En cuanto universalidad y atributo de la persona del Estado, el patrimonio es inalienable, indivisible e imprescriptible. No ocurre lo mismo con los bienes individuales destinados a conformarlo, en tanto ingresan a ese patrimonio a partir del acto de declaración o delimitación previsto en el ordenamiento, tanto es así que, como está dispuesto en la Ley 163 de 1959, antes de la declaración, esos bienes son susceptibles de derechos privados, al punto que está prevista la adquisición y expropiación remuneradas por parte del Estado (arts. 8º, 10 y 18). En la decisión se reitera una y otra vez que el fondo del mar, objeto de las inspecciones submarinas autorizadas por la DIMAR con el acto administrativo enjuiciado, no se encontraba delimitado por el Consejo de Monumentos Nacionales, razón por la que carece de fundamento sostener que esa entidad desconoció los derechos colectivos al patrimonio en cuanto autorizó una expedición, además en el marco de sus competencias”.

Sentencia de unificación. Ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solo comprende los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo de la Ley 33 de 1985.

RADICADO: 52001-23-33-000-2012-00143-01 (IJ)

FECHA: 28/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro

DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En

Liquidación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Para calcular el ingreso base de liquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse el inciso 3.º del artículo 36 idem o el régimen integral de la Ley 33 de 1985?

Tesis 1: “[...] La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial: “El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: Si faltare menos de diez (10) años

para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Problema jurídico 2: ¿Solo procede incluir como factores salariales en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos benefi-

ciarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones?

Tesis 2: “La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. 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. 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. 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. 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”.

Problema jurídico 3: ¿Procede dar aplicación retrospectiva a la presente sentencia de unificación que estableció las reglas del ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

Tesis 3: “[...] La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio

de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la

prosperidad o no de la causal invocada. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo”.

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

En la sentencia de unificación frente a la aplicación del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la liquidación de pensiones de vejez se siguieron los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en control abstracto

Problema jurídico: ¿El fallo, a diferencia del proyecto presentado inicialmente en relación con la aplicación del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la liquidación de pensiones de vejez, señaló que seguía los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en control abstracto?

Tesis: “[A]l unificar el criterio de la Corporación sobre la aplicación del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para la liquidación de pensiones de vejez, el fallo, a diferencia del proyecto presentado originalmente, dijo seguir los parámetros señalados por la Corte Constitucional en control abstracto”.

La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 debió señalar que en virtud del principio de favorabilidad procede aplicar la Ley 33 de 1985, cuando fuere más beneficiosa para el interesado al momento de liquidar la pensión de vejez.

Problema jurídico: ¿La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 debió indicar que en aplicación al principio de favorabilidad procede aplicar la Ley 33 de 1985 al momento de liquidar la pensión de vejez?

Tesis: “En acatamiento del principio de favorabilidad establecido por el artículo 53 de la Carta

Política, que consagra la aplicación de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, la providencia debió acotar que, en aquellos eventos en los que la Ley 33 fuere más favorable al interesado, ésta debía ser la normativa a emplear al momento de ser liquidada la respectiva prestación”.

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

A partir de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, el ingreso base de liquidación no hace parte de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para liquidar la pensión de vejez.

Problema jurídico: ¿El ingreso base de liquidación está incluido en el régimen pensional de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

Tesis: “[D]entro de los beneficios de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se encuentra el Ingreso Base de Liquidación estatuido en los diferentes regímenes pensionales que precedieron a ese cuerpo normativo; o dicho de otro modo, en el caso particular, se debe aplicar la edad, el tiempo de servicios y el porcentaje de retorno establecido en la Ley 33 de 1985, pero con el promedio refe-

rido en el referido artículo que regula el Sistema General de Pensiones actual. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio, por el tiempo que les faltare para cumplirlos, o por todo, según el caso. Así las cosas, al ser esta una posición reciente y decantada de la Corte Constitucional y habida cuenta de la jerarquía de la sentencia de unificación frente a la interpretación de los derechos fundamentales invocados, considero que este es el prece-

dente aplicable al asunto sub judice de ahora en adelante; mismo que, en definitiva fue el que quedó reflejado en el fallo frente al que aclaro mi voto, y que me permitió acompañarlo. En efecto, estimo que con la SU 395 de 2017 se

implanta la posición consolidada de la Corte Constitucional en relación con la hermenéutica adecuada del régimen de transición y, como consecuencia, de los beneficios que este acarrea. [...]”.

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 debió incorporar instrumentos internacionales, universales y regionales, aplicables al Estado colombiano que tienen por objeto la protección del derecho a la seguridad social.

Problema jurídico: ¿La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 debió incorporar instrumentos internacionales, universales y regionales, aplicables al Estado Colombiano?

Tesis : “La sentencia de la referencia debió incorporar instrumentos internacionales, universales y regionales, aplicables al Estado Colombiano, que tienen por objeto la protección del derecho a la seguridad social”.

Aclaración de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

Al beneficiario del régimen de transición debió aplicársele en su integridad el sistema pensional anterior, contrario a lo que establece la sentencia de unificación que excluyó el IBL.

Problema jurídico 1: ¿El monto al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debió referirse únicamente, como lo señaló la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, al porcentaje de la pensión?

Tesis 1: “[E]l monto al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se pretende proteger, no ha de referirse únicamente, como se aduce en el fallo objeto de esta aclaración, a la tasa de reemplazo o, dicho en otras palabras, al porcentaje de la pensión, sino a la liquidación misma a la cual se le aplicará tal porcentaje y que

como resultado dará dicho monto pensional a que tiene derecho el jubilado; liquidación que en el caso del régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985 está expresamente previsto, al establecer que la pensión será reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. (...) Frente al concepto monto la sección segunda también tuvo en consideración la noción de salario, para advertir que este no comprende únicamente la asignación básica fijada, sino las sumas que de manera habitual y periódica reciba el empleado como retribución

por sus servicios, de acuerdo con las previsiones del convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el artículo 2.º de la Ley 5ª de 1969, el cual prevé que se entiende por asignación, el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios, entre otras normas que desarrollan tal concepto (verbi gratia, Ley 65 de 1946)”.

Problema jurídico 2: ¿El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe ser interpretado en armonía con el principio de inescindibilidad normativa y, en consecuencia, a la beneficiaria de la transición debe aplicársele en su integridad el sistema pensional anterior?

Tesis 2: “[E]l principio de favorabilidad laboral comporta un postulado tanto constitucional como legal (...), según el cual debe acudirse a la interpretación más beneficiosa para quienes ya retirados, o en vía de ello, solicitan el reconocimiento de su pensión de jubilación, por lo que el artículo 36 ibidem debe ser interpretado en armonía con el principio de inescindibilidad normativa, bajo el entendido de que el porcentaje y la base de liquidación pensionales constituyen un único concepto (monto), máxime cuando el régimen anterior a la Ley 100 no tiene un vacío al respecto, que deba ser suplido por tal disposición, por lo que a la persona beneficiaria de la transición debe aplicársele en su integridad el sistema pensional anterior. (...) [S]orprender a la ciudadanía con una nueva interpretación jurisprudencial, como lo hizo la Corte en los fallos C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, además de vulnerar los principios de derechos adquiridos y confianza legítima, también menoscaba su derecho a obtener una pensión (no igual), pero acorde a la fuerza de trabajo que muchas personas han entregado al Estado por más de 20 años, que adicionalmente salvaguarde su mínimo vital, entendido como el sustento económico que

le sirva para sostener medianamente el mismo nivel que tenía al momento de su retiro del servicio oficial, máxime cuando se es beneficiario del régimen de transición”.

Problema jurídico 3: ¿La sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 se expidió con observancia de los requisitos de transparencia y suficiencia argumentativa por haber cambiado el precedente y desconoció la progresividad de los derechos laborales de los trabajadores colombianos?

Tesis 3: “El cambio abrupto contenido en la sentencia mayoritaria esconde dos problemas conceptuales que deben ser abordados con urgencia por la jurisdicción contencioso-administrativa: (i) por un lado, y frente a la tensión que implica entre los principios de autonomía judicial e igualdad ante la ley, el cambio de precedente judicial, la misma jurisprudencia precisó que dicha tracción solo se armoniza cuando el juez cumple dos requisitos para adoptar un cambio del precedente, esto es, la transparencia y la suficiencia argumentativa, pero ni las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 ni el fallo de esta Corporación parecen hacer lo propio al respecto; y (ii) por otro, el ya conocido episodio de choque de trenes de las altas cortes de nuestro país y que ha producido recomendaciones de órganos internacionales por negación del derecho a la justicia, se origina en una falta de reconocimiento del juez constitucional de la especialidad de las demás ramas del derecho y de un peligroso activismo judicial que tiende a hiperconstitucionalizar todas las discusiones ordinarias, desconociendo a esta Corporación como el máximo tribunal en la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, la decisión mayoritaria abandona el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 21

del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Por lo anterior, no le era dable a la judicatura contenciosa y constitucional, bajo el principio de sostenibili-

dad fiscal, desconocer la progresividad de los derechos laborales de los trabajadores colombianos, menos aún sin demostrar la necesidad y adecuación de tal sacrificio”.

Salvamento parcial de voto del consejero

Gabriel Valbuena Hernández

La sentencia unificadora vulnera los derechos pensionales al no aplicar en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición y desconocer que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible.

Problema jurídico 1: ¿La sentencia unificadora vulnera los derechos pensionales al no aplicar en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición y desconocer que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible?

Tesis 1: “Comparto los criterios expuestos por varios lustros por la Corte Constitucional y por décadas por el Consejo de Estado, especialmente la sentencia de unificación que profirió la Sección Segunda de la Corporación el 4 de agosto de 2010, en el sentido de que se vulneran los derechos pensionales cuando, como se decide en la sentencia de la cual me aparto, no se aplica en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Esto es, el concepto de “monto” debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resulta quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se

liquida el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo habría sido aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Las altas cortes tienen poderes ilimitados?

Tesis 2 : “[E]n un Estado de Derecho todas las autoridades tienen poderes reglados y competencias limitadas, incluidos los jueces y las propias cortes de cierre (...) Los poderes públicos se deben ejercer «en los términos» (dentro de los límites) que la Constitución establece (...); (ii) «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley» (...); (iii) «La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.» (...); (iv) La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Corresponde a la ley dividir la Corte en salas, señalar a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinar aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno. (...); (v) El Consejo de Estado desempeña las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. (...); (vi) A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...). [N]inguna de las cortes de cierre tiene un poder ilimitado, como no lo tiene tampoco el legislador ni el gobierno.

Todos son “poderes derivados” o “poderes constituidos”, que deben ejercerse conforme a la Constitución y a la ley”.

Problema jurídico 3: ¿La Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional cobija regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas?

Tesis 3: “[L]a Sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional no cobija, ni puede cobijar, “regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas”. Esto es, la Sentencia C-258 de 2013: no extiende su análisis, ni podía hacerlo, “a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992”, como son los regímenes que se encuentran “en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto

546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978”; En la parte resolutive no declaró, ni podía hacerlo porque no era la norma demandada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 condicionada a una determinada interpretación y alcance. En la parte motiva no fijó, ni podía hacerlo, una interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 extendible a otros regímenes “dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992”, pues una interpretación de una norma legal en tal caso sólo sería vinculante en cuanto fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive que sólo cobija el mencionado artículo 17 de la Ley 4 de 1992”.

Problema jurídico 4: ¿Solo los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones deben incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición?

Tesis 4: “Comparto, en lo esencial la “segunda subregla” establecida en la sentencia, esto es, que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. [...]”.

Sentencia de unificación. El régimen contractual de entidades de derecho público no determina el hecho generador de contribución en contratos de obra pública

Sentencia de unificación por importancia jurídica. La contribución de los contratos de obra pública aplica sobre los contratos de obra que se celebren con entidades de derecho público. El régimen contractual de entidades de derecho público no determina el hecho generador de contribución de contrato de obra pública.

RADICADO: 25000-23-37-000-2014-00721-01[22473] [IJ-SU]

FECHA: 25/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación por interés jurisprudencial

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL S.A.)

DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se configura el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública en los 34 contratos que celebró ECOPETROL S.A. con particulares durante el año 2008?

Tesis: “Por importancia jurídica y transcendencia económica, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es competente para decidir este asunto, en atención a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con los artículos 111 numeral 3 y 271 del CPACA. (...) Lo anterior, dada la necesidad de unificar jurisprudencia para determinar si de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública respecto de entidades de derecho

público que tengan un régimen contractual especial o exceptuado de la Ley 80 de 1993. Para unificar la jurisprudencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo acoge el siguiente criterio: El hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública se realiza sobre los contratos de obra que se celebren con entidades de derecho público, independientemente de su régimen contractual. [...] La contribución de los contratos de obra pública se encuentra dispuesta en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, como un tributo destinado a la seguridad pública. La Ley dispuso que el contratista es el contribuyente del tributo, esto es, la persona que realiza el hecho gravado y está obligado al pago de la contribución; y la entidad de derecho público contratante - como en

este caso ECOPETROL S.A. - es la responsable del tributo, es decir, la encargada de retener y consignar la contribución en la cuenta especial señalada para ello. Dependiendo del carácter de la entidad de derecho público contratante, esto es, si es nacional, departamental o municipal, la contribución se pagará a la Nación, al Departamento, o al Municipio, que son los sujetos activos del tributo. (...) Así, la ley estableció el tributo sobre todos los contratos de obra celebrados con entidades de derecho público, sin tomar el régimen contractual como referente del hecho generador. En efecto, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 no sujetó el hecho gravado a un determinado régimen contractual ni a la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, no es el régimen contractual de la entidad de derecho público, el elemento o factor relevante para la causación de la contribución de obra pública. Lo es, que una de las partes sea una entidad de derecho público y que el objeto del contrato sea una de las actividades descritas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (...) En consecuencia, se configura el hecho generador del tributo, cuando se celebra el contrato de obra, con cualquier entidad de derecho público, independientemente de su régimen contractual – Ley 80 o exceptuado-. [...] [D]entro de esas entidades de derecho público, se encuentran las sociedades de economía mixta en las que el Estado tiene participación superior al 50%, como lo es el caso de la entidad demandante, ECOPETROL S.A. De otro lado, el hecho de que algunas entidades de derecho público tengan un régimen especial para cierto tipo de contratos, tales como los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, no impide que cuando suscriban contratos de obra, estos contratos –los de obra- se encuentren gravados con el tributo. Todo, porque en ejercicio de su actividad contractual puede celebrar diferentes tipos de contratos, sin que cada uno de ellos pierdan su identidad, pues uno es el objeto social o

actividad principal de la entidad, y otra, se repite, su actividad contractual. [...] Ahora bien, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 se refiere a un tipo de contrato diferente al que es objeto del gravamen. Por tanto, en el supuesto contemplado en el citado artículo 76 no se configura el hecho generador. En conclusión, para efectos del tributo analizado, debe entenderse que, en términos generales, el contrato de obra pública es el celebrado con entidades de derecho público para la realización de trabajos materiales sobre bienes inmuebles, advirtiéndose que en cada caso en concreto, corresponderá al juez definir si se configura el contrato de obra pública, atendiendo aspectos tales como, el objeto, las cláusulas contractuales, y las reglas de interpretación de los contratos. Agréguese que los contratos de exploración y explotación, comercialización e industrialización de recursos naturales renovables y no renovables, son típicos y tienen ciertas particularidades que los distinguen del contrato de obra pública objeto del tributo. En efecto, de acuerdo con las regulaciones contenidas en el Código de Petróleos, de Minas y en algunas disposiciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se encuentra que el contrato de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables tiene por objeto, fundamentalmente, la asignación de un área, para efectos y como su nombre lo indica determinar aspectos como la existencia, ubicación, reservas, calidad, etc. de los recursos naturales, y el posterior desarrollo, producción y venta de los recursos encontrados. El citado contrato no tiene el propósito de realizar actividades materiales para construir, reparar o mejorar ciertos bienes –como los contratos de obra pública-, sino que su finalidad es la de determinar la existencia, ubicación, calidad, reservas, extracción, producción, y comercialización de recursos naturales, previa asignación de un área territorial. De modo que, se trata de tipologías contractuales distintas y plenamente identificables por sus

características propias, que permiten establecer que el contrato referido en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 no es el mismo contrato de obra pública gravado con la contribución y, por esa razón, no se subsume dentro del ámbito del hecho generador dispuesto en la ley. Algo semejante puede decirse respecto de las actividades que están delimitadas por la producción, venta, etc. de los recursos respectivos. [...] Finalmente, se pone de presente que a partir del Decreto 1760 de 2003, la competencia que tenía ECOPETROL S.A. para suscribir los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos fue asignada a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, con excepción de los contratos de asociación que celebró ECOPETROL S.A. hasta el 31 de diciembre de 2003. Es decir, que en la actualidad ECOPETROL S.A. ya no suscribe los contratos de explotación y exploración de hidrocarburos. [...]. [S]i bien, las actividades contratadas se relacionan con la actividad de exploración y explotación de petróleo, lo cierto es que dichos trabajos no son contratos de exploración y explotación, porque no tienen por objeto la búsqueda o producción del hi-

drocarburo. La Sala considera que el hecho de que las obras se practiquen o se relacionen con bienes utilizados en la industria petrolera o en el bienestar de los empleados, no desconoce su naturaleza de contrato de obra pública, porque en este tipo de contrato, lo esencial es que la actividad contratada sea un trabajo material sobre un bien inmueble. Tampoco –la destinación de los inmuebles puede llevar a considerar que se trate un contrato de exploración y explotación, porque estos tienen por objeto específico determinar la existencia, reserva, extracción, y/o la producción del recurso natural. Conforme a lo expuesto, en estos casos, no hay lugar a aplicar un criterio de conexidad entre la obra y la destinación del inmueble, porque como se explicó se trata de contratos típicos que tienen objetos totalmente diferentes. En consecuencia, respecto de los contratos de obra analizados se configura el hecho generador del tributo. En tal sentido, le asiste razón a la DIAN cuando, con fundamento en los contratos recaudados en el proceso, determinó que los mismos corresponden a contratos de obra pública gravados con el tributo”.

Reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación

“[...] Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido precisar lo siguiente:

«1. Para determinar si se realiza el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, sea el general de la Ley 80 de 1993 o un régimen exceptuado. El elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado, y no de la actividad o régimen jurídico de la entidad de derecho público.

2. Los contratos de obra pública y los contratos de que trata el artículo 76 de la Ley 80 de 1993

–contratos de exploración y explotación de recursos naturales, y las actividades comerciales e industriales, son dos categorías de contratos diferentes, en tanto tienen características y finalidades propias, que impiden que se trate de un mismo contrato.

3. La contribución no grava los contratos referidos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, por cuanto no corresponden a los contratos de obra pública que son objeto de gravamen en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006» [...].”

Salvamento de voto del consejero César Palomino Cortés

“[...] mi desacuerdo con las anteriores conclusiones o reglas jurisprudenciales establecidas estriba en el hecho de considerar la Sala Plena que no es determinante el régimen contractual de la entidad que celebre el contrato de obra pública, pues, como lo señalé en la discusión del proyecto de sentencia, de conformidad con la precisión efectuada por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, los contratos suscritos por ECOPETROL no pueden considerarse como hecho generador de la contribución de obra pública, toda vez que es claro que dicha entidad estatal está por fuera de la regulación prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Por ello, compartía el proyecto presentado por el magistrado Dr. Milton Chaves García, que determinó que el hecho generador de la contribución de obra pública consiste en la suscripción de contratos de obra, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, en general, la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, por parte de entidades de derecho público y que, de acuerdo con las normas especiales que se aplican a ciertas entidades públicas, existen contratos relacionados con trabajos materiales sobre bienes inmuebles que no son de obra pública, como los previstos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, no se rigen por la Ley 80 de 1993. [...] Ahora bien, sobre los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, prevé que “Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspon-

dan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable”. Nótese que el artículo 76 citado no consagra exclusivamente los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, sino que señala también como exceptuados del régimen de contratación estatal a aquellos contratos que suscriba esta entidad concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, casos en los cuales tales contratos, que corresponden al objeto social de ECOPETROL se rigen por las normas de derecho privado y están por fuera del concepto de obra pública de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En efecto, revisados algunos de los contratos a que se refiere este proceso, ninguno de ellos fue regulado por la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, considero que en el caso de ECOPETROL no es posible desligar el hecho generador de la contribución de obra pública a los contratos de esta naturaleza, tipificados por la Ley 80 de 1993 (artículo 32), y respecto de los cuales esta entidad está por fuera de su regulación. Así las cosas la Sala Plena debió modificar la sentencia apelada para anular los actos administrativos demandados y declarar que la actora no debe a la DIAN suma alguna por concepto de la Contribución de Obra Pública que fuera liquidada en los actos anulados, porque en el caso de autos, no realizó el hecho generador de la obligación tributaria, como lo disponía la ponencia que fue derrotada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación y que el suscrito compartía plenamente. [...]”.

“[...] la aclaración se relaciona con los siguientes puntos. El primero se refiere a que el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 no contempla una categoría única de contratos como lo señala en su parte motiva la sentencia, sino a una universalidad de ellos. El segundo apunta a dejar expresa la razón de porqué la celebración de los contratos de obra que celebra ECOPETROL S.A y que versan sobre bienes muebles que conforman la infraestructura dispuesta para desarrollar las actividades de exploración y explotación, producción, comercialización e industrialización de los hidrocarburos, realizan el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública. El tercero se relaciona con la ausencia de la condena en costas ordenada por la ley [...] Siendo ECOPETROL una entidad de derecho público sujeta al régimen privado por razón de su objeto y de las actividades de exploración, explotación y de las concernientes a la comercialización e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables que desarrolla, no es posible extenderle el tratamiento excepcional que en materia de contratación dispuso el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, a efectos de sustraer la celebración de dichos contratos del efecto tributario que les otorgó el legislador, cual es, constituirse en elemento estructurador del hecho generador de la contribución de obra pública. De todo lo anterior se concluye lo siguiente: si bien los contratos de obra que suscribe ECOPETROL no están sujetos al régimen de la contratación estatal conforme lo prevé el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, como tampoco lo está ninguno de los que celebra para desarrollar su objeto social y las actividades requeridas para el cumplimiento del mismo, desde el ámbito de la obligación tributaria controvertida, dada su condición de entidad de derecho

público, cuando celebra contratos de obra, es decir, los definidos en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, realiza el hecho generador de la contribución de obra pública como lo establece el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. [...] cuando una sociedad pública de economía mixta, ciento por ciento propiedad estatal, como lo es ECOPETROL S.A, celebra un contrato cuyo objeto se enmarque en la definición del contrato de obra previsto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es decir, “para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”, se realiza el hecho generador de la contribución de obra pública, por ende, se causa la contribución del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. No obstante lo anterior, la interpretación señalada resulta incompleta porque no explica el alcance del contrato de obra previsto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para aquellos casos en que su propósito es el mantenimiento, instalación o en general cualquier trabajo material sobre elementos que siendo muebles por naturaleza, hacen parte integrante de la infraestructura física en la que, o mediante la cual, la entidad pública desarrolla sus actividades. Lo anterior adquiere relevancia frente al caso concreto de ECOPETROL, porque el objeto de varios de los contratos de obra celebrados por dicha sociedad pública, pone de presente que los trabajos materiales contratados son requeridos para elementos que hacen parte de la infraestructura instalada en los inmuebles para desarrollar las actividades propias de la industria de los hidrocarburos, tales como tanques, tuberías, filtros, unidades de bombeo, generadores, compresores, bombas contra incendios. [...]”.

“[...] Dos razones principales apoyaron la adopción de la decisión de unificación, cuyo origen y esclarecimiento deben ser puestos de presente para que la decisión cobre sentido cabal. 1. La denominación impropia del legislador a las “entidades de derecho público” para referirse a las entidades estatales. Debe explicarse que, para la Sala, cuando en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 el legislador hizo referencia a las “entidades de derecho público”, se refería, propiamente, a las entidades estatales como una categoría orgánica, general y comprensiva de todas las autoridades públicas. Ello debe puntualizarse toda vez que, el no hacerlo permitirá que se siga perpetuando aquello que parece una perfecta contracción en los términos, que lleva a que existan algunas entidades de derecho público que se rijan por el derecho privado. Así entonces, la denominación orgánica genérica del legislador de “entidades de derecho público”, debe entenderse como un sinónimo de entidad estatal, a modo de reflejo del nombre genérico de “autoridades” que le dio el Código Contencioso Administrativo (artículo 1) a todos los entes y organismos estatales, incluso a entidades privadas que ejercieran funciones administrativas, por lo que esta categoría describe una lógica comprensiva de entidades públicas y no una cualidad que describe o hace referencia al régimen jurídico aplicable. [...] La problemática que ocupó la atención de la Corporación se comprende mejor cuando se observa que el impuesto objeto de estudio se adoptó, por primera vez, en el año 1992 (Decreto legislativo 2009 de 1992), en una normativa anterior a la expedición del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Desde entonces las diferentes leyes, y sus respectivas redacciones, no han variado en lo fundamental. Parte cen-

tral de la discusión se derivó del tipo de contrato celebrado, esto es, el contrato de obra pública. Precisamente por ello debe observarse que la expedición de la Ley 80 de 1993 significó, para la contratación estatal colombiana, un cambio sustancial frente a los tipos de contrato que celebran las distintas entidades estatales, habida cuenta de que se pasó de una normativa que nominaba y desarrollaba los contratos que se regían por el derecho público (dentro de los que se encontraba el contrato de obra pública, el cual tenía un puntual y amplio desarrollo normativo en los artículos 81 al 106 Decreto 222 de 1983) a una norma que entiende que son contratos estatales “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”. Resulta claro, entonces, que un contrato como el de obra pública pasó de ser una tipología contractual que tenía la doble condición de ser una categoría nominada y típica, a ser, con la liberalización de los tipos de contratos que puede celebrar la administración, una posibilidad más dentro de un amplio conjunto de negocios jurídicos con una escueta enunciación en el numeral 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es claro que hoy en día en la Ley 80 de 1993 tenemos contratos más nominados que típicos, habida cuenta de que, desde el derecho público existe una escasa configuración, a diferencia del anterior Estatuto Contractual. El panorama descrito deja en evidencia que la categoría de obra pública no es una tipología acabada y completamente configurada en el Estatuto Contractual sino que allí se hace, a modo enunciativo, una simple ejemplificación de los tipos de contrato que puede celebrar la administración. No significa, enton-

ces, que el contrato de obra esté completamente desarrollado en la Ley 80 de 1993 sino que, a manera de ejemplo, hace parte de una lista no determinada y meramente enunciativa, que se rige, en últimas, por la autonomía negocial. [...] la comprensión cabal del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 impone una mirada de contexto, de la que resulta una invitación para que el legislador (en caso de decidir volver sobre el tributo para los contratos de obra pública, como lo ha hecho en oportunidades anteriores), en aplicación del principio de representación popular y del principio democrático, sea

quien determine, de manera clara e inequívoca (como ahora debe hacerlo el Consejo de Estado y como antes debió hacerlo la Corte Constitucional en un esfuerzo interpretativo) que la contribución se genera por la celebración de contratos de obra pública (tipología contractual tan solo nominada a título de ejemplo en la Ley 80 de 1993, que hoy tiene una mayor configuración normativa en los artículos 2053 a 2062 del Código Civil) con cualquier entidad pública, esté o no sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración”.

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

“[...] a mi juicio, los contratos objeto de los actos demandados atañen a actividades conexas con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables (hidrocarburos) adelantadas por Ecopetrol en desarrollo de su objeto social y, en ese orden, se enmarcan en los señalados en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual, su celebración y suscripción no genera la contribución de obra pública. Por ello considero que la decisión de negar las pretensiones de la demanda no se acompasa con las citadas precisiones de unificación, pues si se hubiera verificado el objeto de los contratos en el ámbito de las actividades que conforman el objeto social de Ecopetrol, la conclusión hubiese sido la declaratoria de nulidad de los actos acusados con el correspondiente restablecimiento del derecho. No comparto lo señalado en la providencia en cuanto a que «uno es el objeto social o actividad principal de la entidad y otra, se repite, su actividad contractual», para indicar en el numeral 1 del ordinal primero, que el elemento de la obligación tributaria se define en función del contrato celebrado «y no de la actividad» de la entidad. Lo anterior, porque si bien es cierto que el objeto de la obligación

tributaria se define en función del contrato celebrado, no lo es menos que el mismo se celebra y suscribe en desarrollo de las actividades que conforman el objeto social de la entidad. [...] Tampoco comparto lo expresado en la providencia, relativo a que los contratos de obra pública se realizan sobre bienes inmuebles para fundar el carácter gravado con la contribución de los contratos objeto de los actos discutidos. Lo aducido, porque los contratos previstos en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los conexos con tales actividades, también recaen sobre bienes inmuebles. Pese a que la providencia señala que «corresponderá al juez definir si se configura el contrato de obra pública atendiendo a aspectos tales como, el objeto, las cláusulas contractuales y las reglas de interpretación de los contratos», luego de relacionar los contratos, indica que «no corresponden a la exploración y explotación de hidrocarburos, sino a un conjunto de obras que tiene por objeto la realización de actividades de construcción, reparación y mantenimiento sobre unos bienes inmuebles», para concluir que se trata de contratos de obra

gravados con la contribución. Empero, considero que los referidos contratos corresponden a actividades conexas con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables (hidrocarburos) adelantadas por Ecopetrol en desarrollo de su objeto social. En efecto, los contratos celebrados por Ecopetrol S.A. en el año 2008, objeto de los actos demandados, corresponden a obras de construcción, reparación, mantenimiento, instalación y adecuación de pozos, plantas y estaciones de la empresa. Incluso en el contrato no excluido del gravamen por el Tribunal, se advierte que las obras para el mantenimiento del hospital del Ecopetrol en el campo petrolero de Tibú son necesarias para garantizar las condiciones de salud de los empleados y contratistas de la empresa, quienes son los que realizan las actividades de exploración, explotación y las conexas con aquellas.

En tal sentido se pronunció la Sección Cuarta de la Corporación, en varias providencias que abordaron la misma temática. Por lo demás, esa posición coincide con la expuesta por la DIAN en el Oficio 048027 de 2014. Con fundamento en lo aducido, reitero mi desacuerdo con la decisión de negar las pretensiones de la demanda pues, en mi criterio, la sentencia debió acceder a las mismas, toda vez que los referidos contratos suscritos por Ecopetrol corresponden a actividades conexas con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales, con lo cual no se configura el hecho generador del impuesto y, en consecuencia, no es procedente la determinación de la contribución de obra pública efectuada por la entidad demandada en los actos acusados”.

Salvamento de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

“[...] La sola circunstancia de que una de las partes en el contrato que tenga por objeto ejecutar trabajos materiales sobre un bien inmueble sea una entidad pública, no hace de aquel un contrato de obra pública. La razón para el presente salvamento, frente a lo que unificó la Sala y que no se abordó, pese a la importancia del tema, estriba en que el régimen de derecho privado sí puede incidir en que, no obstante que el contrato estatal tenga por objeto un trabajo material sobre un bien inmueble, no se trate de un contrato de obra pública. Comienzo por recordar que aún persiste en la jurisprudencia de la Corporación el debate en torno a si el concepto de contrato de obra pública depende de la propiedad³⁵ del Estado sobre la respectiva obra y de su afectación a fines de utilidad general o servicio público, o de que la obra sea producto del trabajo público sin que interese la naturaleza pública o privada del inmueble. La

circunstancia de que, a diferencia del Decreto-ley 222 de 1983, el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993 no haya incorporado ninguna alusión a la propiedad pública sobre el bien inmueble objeto de la respectiva obra y/o su afectación a fines de utilidad general, no significa que estos elementos deban ser ignorados en el análisis de la tipicidad del contrato en cuestión, con mayor razón si en el derecho colombiano el Código Civil consagra el “Contrato para la confección de una obra material”, comúnmente conocido también como “contrato civil de obra”. Sin perjuicio de que los elementos sustantivos en general se identifiquen en ambos contratos, no puede considerarse como un aspecto menor el hecho de que el legislador haya previsto el contrato de obra pública en el EDGCAP y el contrato civil de obra en el Código Civil, de lo contrario ninguna necesidad habría tenido la Ley 80 de 1993 de consagrar en su artículo 32,

de manera enunciativa pero con un criterio de especialidad, algunos de los contratos estatales y le habría bastado con la remisión a la normativa comercial y civil pertinente. Este planteamiento es pacífico en la jurisprudencia de la Corporación porque, para el caso del contrato de obra pública, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, más allá de la incorporación de las potestades excepcionales, desde la óptica sustancial versa sobre bienes inmuebles y actividades materiales respecto de estos. Considero que, si bien el criterio de la propiedad sobre el bien inmueble no resulta absolutamente indispensable en la configuración del tipo contractual de la obra pública, el criterio que sí tiene dicha connotación es la afectación a fines de utilidad general o servicio público. Y este último criterio es definitorio del contrato de obra pública, puesto que la sola presencia de una entidad pública como entidad contratante no implica la afectación del contrato a dichos fines, como en general sucede con las entidades que, como ECOPETROL, desarrollan actividades industriales y comerciales en competencia con el sector privado. En todo caso, no sobra anotar que, desde antaño, la jurisprudencia de esta Corporación en muchos casos se ha servido del criterio de la titularidad pública sobre el bien inmueble objeto de la obra para fundamentar la responsabilidad extracontractual directa de la entidad pública contratante frente a terceros (régimen de falla probada), con base, además, en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde está la utilidad debe estar la carga), puesto que cuando la Administración contrata la obra crea la situación de peligro⁴⁶ (régimen de riesgo creado). En virtud de lo expuesto, para mí es claro que, además de las concesiones, los contratos de obra pública, definidos estos como los contratos en los que el Estado es titular de la obra y/o esta se encuentra

afectada a fines de utilidad general o servicio público, son objeto de la contribución establecida en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, razón por la cual el régimen jurídico aplicable, esencialmente cuando se trata del derecho privado, sí puede llegar a incidir en esa definición, dado que no siempre bajo dicho régimen la entidad pública es titular de la obra y/o esta se encuentra afecta a fines de utilidad general o servicio público. La posibilidad para ECOPETROL de suscribir contratos que tengan por objeto la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables (así como también los contratos conexos) no tiene origen en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993, sino en el régimen especial de derecho privado al que remite la Ley 1106 de 2006. Si bien el artículo 19 del Decreto 1760 de 2003 dispuso que los nuevos contratos para exploración y explotación sobre áreas objeto de contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003 por ECOPETROL, de allí en adelante serían celebrados por la ANH, ello no significa que dicha Empresa no pueda participar en la asignación de áreas para realizar tales actividades con la Agencia, en igualdad de oportunidades con otros particulares, y suscribir los contratos correspondientes como contratista ejecutor. Lo anterior tiene además un trasfondo claro y es que el régimen especial del artículo 76 de la Ley 80 de 1993, en materia de hidrocarburos, le corresponde a la ANH y no a ECOPETROL, Agencia que desde la escisión del Decreto 1760 de 2003 asigna la áreas para la exploración y explotación de hidrocarburos, fungiendo en los contratos como entidad contratante. Así las cosas, resulta perfectamente factible que en la actualidad ECOPETROL suscriba contratos de exploración y explotación de hidrocarburos con la ANH, los cuales no son contratos de obra pública ni tampoco lo son los conexos con dichas actividades. [...]”.

“[...] con el mayor comedimiento, la tesis mayoritaria tiende a desconocer que existen contratos relacionados con trabajos materiales sobre bienes inmuebles que en realidad no son de obra pública, y los afecta con la contribución en comento [...] cuando las entidades públicas celebran contratos relacionados con trabajos materiales sobre inmuebles que no son de obra pública no se causa la contribución de obra pública. Es por lo anterior, que según la tesis que resultó derrotada demostraba como en casos como el presente, ECOPEPETROL si bien es entidad pública no necesariamente celebra contratos de obra sino de exploración y explotación de recursos naturales en el sector de hidrocarburos y contratos relacionados con dichas actividades que corresponden al ejercicio de su actividad; por tanto, la normativa aplicable era el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y no la contribución de que trata la Ley 1106 de 2006, en su artículo 6º. Para arribar a la anterior conclusión, como lo

hizo el Tribunal en concordancia con la tesis vigente de esta Corporación, analizaba cada uno de los contratos que dieron origen a los actos demandados, para concluir que 33 (de los 34 demandados) no eran de obra pública porque están directamente relacionados con actividades de exploración, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que adelanta ECOPEPETROL en desarrollo de sus actividades. Ahora, con fundamento en la misma tesis el proyecto derrotado incluso demostraba como el último de los contratos también su objeto contractual guardaba relación con actividades de exploración y explotación de petróleo porque tiene por objeto la realización de obras menores en el hospital de ECOPEPETROL en campo petrolero de Tibú que “no es cercano al municipio”; por tanto, es necesario para garantizar las condiciones de salud de los empleados y contratistas de esa empresa quienes a la final realizan las actividades de artículo 76 de la Ley 80 de 1993. [...]”.

Auto de unificación jurisprudencial. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad frente a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, sobre el control automático de legalidad de actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal.

RADICADO: 11001-03-15-000-2021-01175-01[B] [SU]

FECHA: 29/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto de unificación

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo

DEMANDADO: Fallo con responsabilidad fiscal 8 del 18 de diciembre de 2020

MEDIO DE CONTROL: Control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Resulta procedente la aplicación del control difuso de convencionalidad y constitucionalidad sobre las normas del CPACA que prevén el control automático de legalidad de los fallos que declaran responsabilidad fiscal por ser contrarias a la Constitución Política y a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)?

Tesis 1: “El artículo 4.º de la Constitución Política de 1991 consagra la supremacía de las normas constitucionales, razón por la cual, en los casos de incompatibilidad de la ley u otra norma jurídica con aquella, debe prevalecer la norma constitucional. Por ello se ha indicado que el sistema de control de constitucionalidad colombiano tiene un carácter mixto, porque combina, por un lado, un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en el que estos órganos judiciales pueden, respectivamente, declarar inexecutable o anular normas de rango legal o

reglamentario que violen la Norma Superior. Y, por el otro, un control difuso, en virtud del cual, cualquier autoridad puede dejar de aplicar preceptos jurídicos infraconstitucionales por ser contrarios a la Carta al momento de resolver el caso concreto. [...] Así pues, en ejercicio del control difuso, se ha entendido que, para garantizar la supremacía constitucional, los jueces tienen el deber de ejercer un control de constitucionalidad por vía de excepción, el cual consiste en comparar, en cada caso, la concordancia de los mandatos de la Constitución con las consecuencias derivadas de la aplicación de un precepto normativo de rango inferior frente a los derechos de las personas. De esa manera, cuando se observe la incompatibilidad entre la adjudicación de una ley u otra norma jurídica con la Carta Política, será procedente dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad. [...] Es importante advertir que el control de constitucionalidad, tanto concentrado

como difuso, también implica el análisis de los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, tal y como lo indica el artículo 93 de la Constitución de 1991. [...] En esa ilación, el control de constitucionalidad tiene dos acepciones: una estricta (*strictu sensu*) y otra amplia (*lato sensu*). La primera, la conforman «aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción». La segunda, se compone de «las disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional». [...] Ahora bien, con la aprobación y ratificación por parte del Estado colombiano de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el «Pacto de San José» de 1969, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el denominado control de convencionalidad, concepto desarrollado por la Corte IDH el cual quedó resumido en las consideraciones la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*. [...] Lo anterior quiere decir que los jueces colombianos deben «realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», lo cual se fundamenta en los principios del efecto útil de la CADH y del principio *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, e igualmente en los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1 y 2.º de la Convención Americana. Sobre este último artículo, se re-

salta que consagra la obligación de los Estados Partes de adecuar su ordenamiento jurídico a los términos de la CADH, lo cual puede realizarse, ya sea mediante la legislación (en sentido material) o por la aplicación del control difuso de convencionalidad en la solución de casos concretos. [...] En efecto, se destaca que, al igual que ocurre con el control de constitucionalidad abordado en el acápite anterior, en materia de convencionalidad también existe un sistema mixto de control, en el que, el de carácter concentrado, es competencia subsidiaria de la Corte IDH, y con ocasión de este puede declarar la responsabilidad internacional de los diferentes Estados Partes de la Convención y ordenar modificaciones a su derecho interno con el fin de adecuarlo a dicha norma. Por otro lado, el difuso, es el que deben hacer todos los jueces y autoridades cobijadas por la CADH, cuando inaplican en casos concretos normas nacionales por ser contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos”.

Problema jurídico 2: ¿Es procedente la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, atendiendo a que vulneran garantías fundamentales relacionadas con el derecho de defensa, debido proceso y la efectiva tutela judicial consagradas en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos?

Tesis 2: “[...] es posible constatar que las normas que se inaplicaron en el auto recurrido fueron los artículos 23 y 45 de la Ley 2080, que tienen rango legal, y que, por ello, de acuerdo con las consideraciones previamente enunciadas, pueden dejarse de aplicar en casos concretos en virtud del control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces de la República. En ese sentido, para inaplicar esas disposiciones legislativas no era necesario, como lo aseguró la CGR, acudir al control concentrado que le compete a la Corte Cons-

tucional, y tampoco puede afirmarse que se haya aplicado la excepción de ilegalidad, puesto que esas disposiciones no provienen de un acto administrativo, que es la clase de norma frente a la cual procede esta figura, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 148 del CPA-CA. [...] De la comparación entre el texto de la disposición constitucional sobre el derecho fundamental al debido proceso, la convencional sobre las garantías judiciales, y el régimen probatorio en el trámite del control automático de legalidad, es posible observar que los numerales 2.º y 3.º del artículo 45 de la Ley 2080 violan ostensiblemente lo relativo al derecho a la prueba y a su contradicción, lo cual se enmarca dentro de las debidas garantías judiciales de la CADH, toda vez que esta prerrogativa queda dependiendo de la decisión discrecional del juez de este medio de control, pues de la redacción de los preceptos legales en comento se entiende que el responsable fiscal no tiene la posibilidad real de solicitar y allegar pruebas, y tampoco puede controvertir la decisión que adopte el magistrado ponente sobre la necesidad de tener un periodo probatorio o de pronunciarse en alegatos de conclusión acerca de las pruebas que efectivamente se practiquen, lo cual restringe su derecho a la defensa, que es parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso. [...] Así, esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que la redacción de los numerales 2.º y 3.º del artículo 45 de la Ley 2080 no permite una interpretación diferente a la que indica que el decreto y práctica de pruebas en el control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal es una facultad exclusivamente discrecional del magistrado ponente del proceso, razón por la cual, en lo relativo a esta cuestión, están cumplidos los requisitos para exceptuar su aplicación en ejercicio de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad. [...] esta Sala considera que la regu-

lación legal del medio de control en estudio es incompatible con el artículo 229 de la Carta, en la medida en que, a quien es declarado fiscalmente responsable, se le da un tratamiento de mero interviniente en un proceso en el que se discute acerca de un asunto que incumbe a sus derechos subjetivos, pues el fallo con responsabilidad fiscal es un acto administrativo de carácter particular, en el que se establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero, y que por sí solo presta mérito ejecutivo. [...] De esta manera, al ser tratado como un mero interviniente, al responsable fiscal no se le da la oportunidad de formular pretensiones que deban abordarse necesariamente en la sentencia que decida el medio de control en virtud del deber de congruencia que se debe seguir en esta materia, frente a cuestiones relacionadas, por ejemplo, con el restablecimiento de sus derechos y la reparación del daño que se le hubiere podido causar con el acto administrativo que se demuestre ilegal, lo cual es un imperativo constitucional de conformidad con el artículo 90 Superior. [...] A lo anterior, se suma que «la sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes», lo cual, es propio de los procesos contenciosos de legalidad objetiva de actos administrativos de carácter general y no de los de carácter particular. [...] En todo caso, el Consejo de Estado ha dejado sentado que la sentencia que decide el medio de control inmediato de legalidad tiene el carácter de cosa juzgada relativa, bajo el entendido de que el carácter oficioso no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción de la medida de carácter general con las normas que le son superiores y, por ello, en el futuro puede ser demandada por cualquier persona en ejercicio de los medios ordinarios como la nulidad simple, con la salvedad de que los reproches deben versar sobre cuestiones distintas a las que se analizaron en el control inmediato. Desde esta perspectiva

garantista del control de legalidad, no existe similitud con el denominado «control automático» puesto que esta eventualidad ni siquiera es contemplada en la regulación del control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, cuya sentencia tiene efectos erga omnes, lo cual también impide el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia. [...] Esta situación también se ve reflejada en la violación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 25.1 de la CADH, que consagra que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». Ahora bien, contrario a ello, la regulación legal del control automático en comentario no ofrece efectividad respecto del eventual restablecimiento de los derechos del declarado fiscalmente responsable y la reparación integral del daño que se le haya causado con ocasión del acto administrativo, en caso de anulación judicial de este último. [...] El artículo 238 de la Constitución autoriza la suspensión de los efectos de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso de lo contencioso administrativo. Dicha norma constitucional se encuentra regulada en el artículo 229 del CPA-CA, lo cual es una valiosa garantía procesal de la tutela judicial efectiva, que está vedada para el que ha sido declarado fiscalmente responsable porque en las normas aquí cuestionadas, le da el tratamiento de mero interviniente y no se constituye como parte en el proceso, razón por la cual, de acuerdo con la ley a la que remite la disposición constitucional, no está legitima-

do para pedir la suspensión de los efectos del acto administrativo que declaró su responsabilidad, los cuales no se reducen únicamente a la inscripción en el Boletín de Responsables Fiscales, sino que, como ya se tuvo la oportunidad de mencionar, también comprende la obligación perentoria de pagar una suma de dinero, la cual presta mérito ejecutivo. [...] En esa ilación, no es posible interpretar las reglas relativas a las medidas cautelares en el sentido de entender que en estos casos es posible que el juez de lo contencioso administrativo las declare de oficio, toda vez que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 229 del CPACA antes mencionado, esta facultad solo es procedente «en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos», lo cual es ajeno a los derechos individuales o subjetivos que conciernen a la declaración de responsabilidad fiscal mediante un acto administrativo de carácter particular. [...] En síntesis, dado que en esta materia los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 no permiten una interpretación conforme con el artículo 238 de la Constitución, aquí se estima que también están reunidos los presupuestos para hacer prevalecer la norma de normas mediante la excepción de inconstitucionalidad”.

Problema jurídico 3: ¿Las normas que consagran el control automático de legalidad de los fallos que declaran responsabilidad fiscal contravienen el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política y la Convención Americana de Derechos Humanos?

Tesis 3: “El primer inciso del artículo 13 de la Constitución regula el derecho fundamental a la igualdad, al indicar que «todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades». En el mismo sentido el artículo 24 de la CADH dispone que «todas las personas

son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Así, de conformidad con lo que previamente se ha advertido, la Sala Plena considera que la regulación prevista en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 es incompatible con los preceptos que se acaban de referir, en la medida en que el sujeto declarado como responsable fiscal, mediante un acto administrativo de carácter particular, ve restringidas sus garantías en comparación con las que tienen las personas en otros ámbitos de la responsabilidad administrativa, quienes pueden acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus derechos e intereses individuales. [...] En ese sentido, no se justifica un trato desigual respecto de las personas que han sido declaradas fiscalmente responsables puesto que disminuye notoriamente la protección de los derechos y las garantías procesales. Obsérvese que las normas aquí cuestionadas someten a estas personas a un juicio sumario, con un grave desequilibrio procesal, el cual se hace más evidente ante el potencial de un número indeterminado de intervinientes, lo que llevaría hasta el absurdo de tener que defenderse de todo y contra todos”.

Problema jurídico 4: ¿Los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 cumplen con los parámetros convencionales expuestos en la sentencia de la Corte IDH del 8 de julio de 2020, caso Petro Urrego vs. Colombia?

Tesis 4: “[L]os referidos artículos 23 y 45 de la Ley 2080 no cumplen en estricto sentido la

parte motiva y resolutive de la sentencia de la Corte IDH, por las siguientes razones: (i) La sentencia de la Corte IDH afirma que la interpretación del artículo 23.2 de la CADH debe ser literal y reitera que la norma es clara en el sentido de que ningún órgano administrativo tiene competencia para «[...] aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: [...]» (ii) Considera que la inhabilitación o restricción de derechos políticos debe ser un acto jurisdiccional, es decir, una sentencia y por tanto es competencia exclusiva del juez competente «[...] en el correspondiente proceso penal [...]». (iii) Las razones explicativas y justificativas de la sentencia de la Corte IDH permiten concluir que el control de legalidad posterior hecho por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque se denomine automático, no legitima, avala, o sana la absoluta ausencia de competencia de la autoridad administrativa para restringir o inhabilitar políticamente a una persona por supuesta o real conducta socialmente reprochable. (iv) En conclusión: Los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 no interpretan en sentido estricto lo analizado y ordenado en la sentencia de la Corte IDH, del 8 de julio de 2020, caso Petro Urrego vs. Colombia, ni cumplen con los parámetros convencionales”.

Salvamento de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez

“En esta oportunidad, no obstante reconocer el esfuerzo orientado a prosperar derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, para este caso en concreto difiero de la decisión, pues, el análisis de las disposiciones normativas inaplicadas, referentes al control automático de fallos con responsabilidad fiscal, me permite concluir que, por el contrario, este proceso garantiza los referidos derechos constitucionales, así como los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, imparcialidad y transparencia, por los siguientes motivos: PRIMERO.- No se desconocen las garantías del debido proceso contenidas en los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana, porque la notificación personal de los sujetos del proceso fiscal tiene el propósito garantizar el derecho de contradicción y defensa. [...] SEGUNDO.- Al ser un trámite preferencial respecto de los demás medios de control que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, garantiza el acceso a la adminis-

tración de justicia de los presuntos responsables fiscales y terceros civilmente responsables de forma expedita. [...] TERCERO.- Al tratarse de un control integral de legalidad, los efectos erga omnes de la sentencia no impiden el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia. [...] CUARTO.- El decreto de medidas cautelares en el marco del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal carece de sentido, porque el acto administrativo controlado materialmente no genera efectos. [...] QUINTO.- La implementación del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no desconoce el derecho a la igualdad previsto en los artículos 13 de la Constitución y 24 de la CADH. [...] SEXTO.- No se presenta una incompatibilidad con lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte IDH y el artículo 23.2 de la CADH, porque no se limitan los derechos políticos de los presuntos responsables fiscales”.

Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

“Si bien acompaño la decisión adoptada, debo advertir que no considero necesaria la reiteración efectuada en los párrafos 51 a 58, relacionada con el criterio de interpretación que debe aplicarse al momento de examinar el contenido

del artículo 23.2 de la CADH y a la luz del cual se permite que una autoridad judicial, no exclusivamente el juez penal, sea la habilitada para restringir válidamente derechos políticos”.

Aclaración de voto del consejero Alexánder Jojoa Bolaños (E)

“Analizadas las normas de derecho aplicables al conocimiento de asuntos en segunda instancia por la Sala Plena de lo Contencioso Admi-

nistrativo, no encontré fundamento legal que impusiera la exclusión de magistrados que no adoptaron la determinación apelada. De existir

norma en tal sentido, por supuesto, su exclusión operaría de pleno derecho, sin que debiera ser resuelto el punto en una providencia. Sin embargo, como la ley no ordena su exclusión, consideré que la determinación de excluirlos, en tanto afectaba la composición de la Sala, podía ser susceptible de recursos. Así las cosas, como el auto en el que se excluyó a los magistrados de la Sala Especial de Decisión No. 7 fue notificado por estado el 28 de junio de 2021, quedaban dudas sobre su firmeza al momento

de definir la controversia, por lo que consideré prudente esperar que transcurriera el término de ejecutoria en espera de la conducta procesal de los interesados, en tanto esa determinación incidía en la conformación de la Sala. Con todo, como el pleno consideró que no era necesario esperar por la ejecutoria de auto de 9 de junio y abrió a votación el proyecto de auto, acompañé la decisión de fondo, dejando a salvo mi postura en los términos indicados en este escrito”.

Aclaración de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

“[H]e considerado necesario aclarar mi voto al encontrar que el proyecto dejó de valorar que la definición en torno a la competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado no podía tener como fundamento consideraciones normativas propias del régimen legal del Control que se inaplica, en ellas, las contenidas en el artículo 185 A de la Ley 1437, sin incurrir en una evi-

dente contradicción. Explico esta disyuntiva, en tanto tal norma no puede constituirse en fuente normativa para dilucidar los aspectos propios del CAL se inaplica, dado que todo el régimen que gobierna esta institución, cae bajo la premisa de la excepción de inconstitucionalidad”.

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

“El fundamento de la presente aclaración de voto se sustenta en el hecho de que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad, sino que se trata de un control diferente, independiente y autónomo al de constitucionalidad. El control de convencionalidad i) tiene un origen diferente; ii) el parámetro normativo de control es distin-

to; iii) la finalidad difiere del control de constitucionalidad; iv) las causales son disímiles entre el uno y el otro; y v) los órganos jurisdiccionales que llevan a cabo los respectivos controles concentrados son diferentes. En este sentido, considero que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad”.

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

“Comparto la decisión adoptada por la Sala en el entendido de que la Ley 2080 de 2021 nada dijo sobre si los fallos con responsabilidad fiscal pueden o no ejecutarse mientras está pendien-

te de resolverse el control automático de legalidad, y sólo admitió expresamente que la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales se entiende suspendida

hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva, previsiones que podrían dar lugar a entender que el carácter ejecutivo y ejecutorio de dichos fallos es parcial. [...] En ese sentido, a mi juicio, el hecho de que el legislador hubiera atribuido al control automático de legalidad el atributo de la integralidad sugería que, antes de que pudieran ejecutarse los fallos requeridos, se requería del pronunciamiento

favorable de esta jurisdicción, pues de lo contrario no tendría sentido la integralidad del mencionado control, ya que, además de que se auspiciaría la ejecución de decisiones pendientes de un control obligatorio, haría incompatible la expedición de una decisión judicial que no pudiera pronunciarse sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de un acto ilegal de contenido particular”.

Sentencia de unificación. Improcedencia de la revisión eventual de la acción de grupo cuando las pretensiones están dirigidas a la indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de empleados públicos

RADICADO: 05001-33-31-009-2006-00210-01[AG]REV (IJ-SU)

FECHA: 13/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación por interés jurisprudencial

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: óscar Mario Arismendy Díaz y otros

DEMANDADO: Departamento de Antioquia

MEDIO DE CONTROL: Mecanismo de revisión eventual en acción de grupo

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de su Sala Octava de Decisión, se apartó indebidamente de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de la acción de grupo cuando se pretende la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento tardío de reajustes salariales y, con ello, esa providencia debe ser infirmada o dejada sin efectos?

Tesis 1: “El artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 introdujo el artículo 36A a la Ley 270 de 1996 para crear el mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo. El primer inciso de dicha disposición señala su finalidad así: «En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de

Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia [...]». Se concluye entonces que el propósito del mecanismo de revisión eventual no es otro que la unificación de jurisprudencia. En ese contexto, la Sala Plena del Consejo de Estado identificó, a título ilustrativo, las siguientes hipótesis que habilitan el ejercicio de la labor unificadora por medio del anotado mecanismo: (i) El tratamiento diverso de un mismo tema por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado. (ii) El hecho de que el asunto involucre disposiciones que puedan ser aplicadas o

interpretadas de diferente forma, bien sea por su complejidad, por la falta de claridad o por un vacío normativo. (iii) La carencia de posición jurisprudencial consolidada sobre una materia. (iv) La inexistencia de desarrollo jurisprudencial de la cuestión. Ahora bien, con el mismo ánimo enunciativo, se observa que otro supuesto en el que procede la unificación se presenta cuando, existiendo una posición unificada se advierte la necesidad de precisar su alcance o de resolver divergencias en su interpretación y aplicación. Otro aspecto resaltado por la Sala Plena del Consejo de Estado es el relativo a la procedencia de la revisión, consistente en que los temas que se aborden en la sentencia además de reunir las condiciones exigidas para ser objeto de unificación, «deberán tener incidencia directa e inmediata en la decisión proferida en la providencia respecto de la cual se solicite la revisión». [...] [E]l legislador expidió la Ley 472 de 1998 sobre las acciones populares y las de grupo; respecto de estas últimas, en sus artículos 3 y 46 dispuso que podrán ser interpuestas por un número plural o un conjunto de personas, que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para ellas, y que se ejercerán exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de tales perjuicios. [...] tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado ha sostenido que las acciones de grupo se pueden interponer para obtener la indemnización de los perjuicios causados por la transgresión de todo tipo de derecho, sin embargo, como las pretensiones propias de esta vía procesal son exclusivamente indemnizatorias, no se puede acudir a ella para obtener un reconocimiento distinto a la reparación de un daño. De igual manera, las condenas en aquellas acciones pueden incorporar diversas formas de indemnización, no necesariamente pecuniarias, pero que permiten restablecer el derecho que fue vulnerado. [...] a la fecha, el

Consejo de Estado ha sostenido respecto de los asuntos de carácter laboral que, si lo que se pretende es el reconocimiento y pago de acreencias laborales, tales como salarios y prestaciones sociales, la acción de grupo no es el instrumento judicial procedente pues la esencia retributiva de ese tipo de reclamaciones respecto del servicio prestado por el trabajador da al traste con la naturaleza eminentemente indemnizatoria de tal acción. No obstante, si la vulneración, afectación o el desconocimiento de un derecho laboral ocasiona perjuicios a un grupo que reúna las condiciones exigidas por la Ley 472 de 1998 y sus miembros solicitan el resarcimiento respectivo, esta vía judicial será procedente. [...] la afirmación incontestable de que la acción de grupo tiene naturaleza y finalidad indemnizatorias, como se explicó de manera amplia en el acápite correspondiente, lleva a concluir que aquella no es una vía procesal por la que puedan tramitarse pretensiones de carácter laboral, premisa que ha sido aceptada pacíficamente por esta Corporación y cuya justificación sigue teniendo plena vigencia. [...] Como puede observarse, el análisis de un perjuicio producido en un escenario laboral no se puede aislar del análisis de la prestación principal en su esencia, pues el primero tiene su génesis en la existencia y vulneración de la segunda. En ese sentido, son daños intrínsecos al sistema laboral, que encuentran causalidad en el vínculo jurídico empleador-empleado y que, por ende, deben indemnizarse en aplicación de los principios y reglas nacionales e internacionales de protección del trabajo. [...] Este argumento lleva a concluir que los efectos del incumplimiento de acreencias laborales y cualquier tipo de mecanismo correctivo que permita enderezar, compensar e incluso indemnizar tales falencias deben preferir el sistema jurídico laboral y, con ello, el juez laboral de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual

también tiene como finalidad reparar los perjuicios que sean causados. Mutis mutandis, el conocimiento de los hechos que deban enjuiciarse a la luz de los elementos previstos en el artículo 90 Superior, relativos a la existencia de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública, corresponde al juez de la acción de grupo, como juez de la responsabilidad del Estado. [...] Lo anterior, bajo el entendido de que razonar en términos de especialidad permite la salvaguarda de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva pues se brinda a los usuarios del servicio público de justicia la garantía de que su causa está siendo conocida por un juez investido de los conocimientos jurídicos y técnicos que se requieren para dirimir la controversia”.

Problema jurídico 2: ¿Es procedente la acción de grupo para tramitar pretensiones en las que se solicite la indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos?

Tesis 2: “[...] La acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite la indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. En tales casos, el juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] [E]l sistema jurídico laboral tiene

vocación de plenitud lo que significa que todas las contingencias que tengan como causa el vínculo jurídico entre el Estado empleador y el servidor público, al igual que los efectos asociados a aquellas, deben solucionarse en aplicación de los principios y las reglas propias del sistema. [...] En la misma línea, la indexación y el pago de intereses moratorios, como medidas correctivas con miras a restablecer los derechos laborales violentados e indemnizar los perjuicios que con ello se hayan podido generar, se enmarcan en un escenario laboral que resulta extraño al ámbito de responsabilidad patrimonial estatal que se discute en la acción de grupo, por lo que en tales eventos esta vía procesal se torna improcedente. [...] En esa lógica, son emolumentos de naturaleza laboral los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, dotaciones o reajustes salariales, pero también lo son las indexaciones, sanciones, intereses y compensaciones que haya lugar a concederle al trabajador, bajo el entendido [de] que aquel concepto comprende todo pago que pueda atribuirse de manera directa a la existencia de la relación jurídico laboral, así como a la dinámica en la que esta se desarrolló. Consecuentemente, el juez natural para conocer las controversias en las que se exija su pago, será el juez laboral de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [...]”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] La acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se

}

solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes sala-

riales de los empleados públicos. El juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. [...]”.

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

“En el fallo de unificación no se establece que las reclamaciones laborales que impliquen anular un acto administrativo no pueden tramitarse mediante una acción de grupo. Se adopta una regla mucho más general, que resulta aplicable a los procesos regidos por el CPACA: ninguna pretensión de naturaleza laboral, que provenga de un acto administrativo, de un hecho o de una omisión, así cause perjuicios uniformes a un grupo de más de veinte personas, puede tramitarse a través de una acción de grupo. Esto es lo que hace que sus efectos sean muy graves. Considero que la regla de unificación no inter-

preta las normas legales vigentes; por el contrario, desconoce la regulación legal de la acción de nulidad y restablecimiento y de la acción de grupo. Bajo las reglas del C.C.A. no podía afirmarse que todas las pretensiones indemnizatorias de naturaleza laboral debían reclamarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento; y en el contexto normativo tampoco podía concluirse la improcedencia de la acción de grupo para reclamar indemnizaciones de naturaleza laboral, cuando no fuera necesario impugnar la legalidad de un acto administrativo”.

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

“Los motivos de mi voto disidente son: (1) se excedió el ámbito de competencia de la Sala, que había sido determinado en el Auto en el cual avocó conocimiento; (2) se unificó con una metodología inapropiada, pues primero se crearon reglas generales y luego se decidió el caso; (3) se dieron efectos retroactivos a la decisión, sin explicar su fundamento y posiblemente en contra de algunos derechos; (4) se restringió indebidamente, en contra de normas superiores, el ámbito de aplicación de la acción de grupo; (5) se hizo una distinción que no tiene fundamento constitucional y es contraria al derecho de daños, entre restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios; y (6) se desconoció la historia de los medios de control que no tiene un fundamento sustantivo, sino procesal, para distinguir entre acción de reparación direc-

ta y nulidad y restablecimiento del derecho. [...] Considero que la Sala no debió exceder el ámbito de competencia que se había demarcado en el Auto por medio del cual avocó conocimiento para, con un claro propósito expansivo y generalizador, hacer afirmaciones sobre todas las acreencias laborales y la improcedencia absoluta de la acción de grupo en esta materia. Por ello, pese a que se presenten afirmaciones como las citadas que pueden hacer pensar en alcances mayores de la sentencia de la que disiento, entiendo que solamente se unificó jurisprudencia en relación con lo que explícitamente se consignó en la parte resolutive de la decisión, esto es, la improcedencia de la acción de grupo en materia de “indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos”. [...]”.

Salvamento de voto del consejero Alexánder Jojo Bolaños (E)

“[...] Para proteger los derechos laborales no era necesario exigir que todas las pretensiones laborales se ventilaran a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, dado que hay pretensiones que por su escasa rentabilidad resultan muy onerosas para el trabajador individualmente considerado. En contraste, la suma de las indemnizaciones que pueden obtener los empleados que compartan una causa, les permite proceder judicialmente para reclamar sus derechos, pues el costo del proceso judicial es asumido por unos pocos, quienes benefician a la colectividad de la que hacen parte. Litigio

que podría convertirse en una plataforma para transformar las condiciones laborales a favor de los empleados. Por tanto, el juez de la nulidad y restablecimiento no es el más garantista en todos los casos, pues para acudir a él hay que agotar ciertos trámites que pueden desincentivar al empleado. En esos asuntos, el juez de la acción de grupo sí puede garantizar el acceso efectivo a una garantía judicial, porque facilita los medios de defensa a los empleados que de otra forma deberían erogar más de lo que significaría una eventual condena a su favor. [...]”.

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

“En definitiva, como son evidentes las diferencias entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de grupo, considero que, a pesar de la autorización del artículo 145 CPACA, siempre que exista un acto administrativo desfavorable lo procedente es ejercer la respectiva acción de impugnación para que el juez examine la legalidad de la decisión y, si fuera el caso, restablezca el derecho conculcado y/o ordene la indemnización de perjuicios. En asuntos como el estudiado, la conclusión es

mucho más simple: el reconocimiento del derecho al incremento salarial es una cuestión que previamente debió reclamarse a la administración. El control judicial, vía nulidad y restablecimiento del derecho de contenido laboral, solo se activa cuando la administración, mediante acto expreso o ficto, deniega el reconocimiento de tal derecho. Advertida la nulidad del acto, el juez puede declarar la nulidad y reconocer el incremento salarial, incluso podrá ordenar que se indemnicen los perjuicios causados”.

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

“Si bien la regla unificada se ocupa exclusivamente de señalar la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación y los intereses moratorios por el incumplimiento de las acreencias laborales, lo cierto es que las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión del pleno en ese sentido, desbordan el ámbito de la unificación, porque abarcan la im-

procedencia de la acción de grupo para tramitar cualquier pretensión indemnizatoria de perjuicios, materiales y/o inmateriales, cuando se trata de acreencias laborales. [...] Si bien la regla unificada se ocupa exclusivamente de señalar la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación y los intereses moratorios por el incumplimiento de las acreencias laborales,

lo cierto es que las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión del pleno en ese sentido, desbordan el ámbito de la unificación, porque abarcan la improcedencia de la acción de grupo para tramitar cualquier pretensión indemnizatoria de perjuicios, materiales y/o inmateriales, cuando se trata de acreencias laborales. De suyo, la base que permitió a la Sala Plena privilegiar la plenitud de la jurisdicción laboral para conocer, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las pretensiones indemnizatorias referidas a la indexación y a los intereses moratorios por el incumplimiento o pago tardío de los salarios, es la redefinición del

concepto de “acreencia laboral” en el sentido de cobijar cualquier contingencia que tenga como causa la relación laboral. Me aparto de este razonamiento general, amplio y abstracto, porque no está acorde con la naturaleza y finalidad que tienen cada acción conforme con la ley, confunde el origen de la acreencia con la fuente del daño, y, por esta vía, impone restricciones a la finalidad y efecto útil de la acción de grupo, no previstas en el ordenamiento constitucional y legal, ni desarrolladas por la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo que se ha ocupado de esta materia”.

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

“Con el respeto debido por la decisión mayoritaria de la Sala, expuesta en la providencia del 13 de julio de 2021, me permito salvar el voto, por cuanto considero que la regla de unificación, conforme con la cual, «[l]a acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago

tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. El juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», no consulta las normas constitucionales y legales aplicables a dicha acción”.

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

“Como todo medio de control judicial, la acción de grupo tiene un propósito específico: la reparación de un daño a un grupo plural de personas, que tiene una causa común. Por ello, esta acción no tiene un carácter sucesivo o paralelo en relación con otras acciones judiciales. Acompañé el fallo porque la acción de grupo no reemplaza ni sustituye el mecanismo previsto por el ordenamiento para que un afectado por la mora en el pago de una acreencia laboral, previa decisión de la Administración, acuda al juez administrativo competente para conocer de las controversias entre el Estado empleador

y sus servidores (nulidad y restablecimiento del derecho). Propiciar la multiplicidad de recursos judiciales para un mismo propósito atenta contra la coherencia del ordenamiento jurídico y destruye la seguridad jurídica, fundamento esencial de la convivencia pacífica. Podría reprocharse que el criterio que adoptó la Sala priva a los afectados por la mora en el pago de acreencias laborales de acudir a la acción de grupo o de acogerse al grupo beneficiario de un fallo favorable. Sin embargo, la acción de grupo -se reitera- no es el mecanismo para reclamar el pago de esa mora. Admitir el criterio contrario,

implicaría permitir que el afectado por esa situación, a su arbitrio, decida si acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho -dentro del término de caducidad de cuatro meses para formular la demanda- o si se beneficia de un término mayor previsto para la acción de grupo- los dos años siguientes a la fecha en que se originó el daño-. El término de caducidad está previsto en un precepto de orden

público (arts. 13 CGP y 164 CPACA) -indisponible para el juez y las partes-. Está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar ante las autoridades competentes. La seguridad jurídica no es compatible con dejar en manos del titular de la acreencia laboral, que “escoja” el término de caducidad que gobierna su reclamación”.

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

“Lo anterior, porque con el debido respeto considero que excedió el ámbito de competencia con que se contaba para abordar la resolución del asunto. De una parte, porque la regla establecida se soportó en argumentos que cobijan emolumentos diferentes a los que dieron origen a la reclamación del grupo (indexación de salario e intereses moratorios). De otra, porque se extiende a las acciones de grupo reguladas en una codificación diferente a aquella definida por la Sala Plena al momento de avocar el conocimiento del asunto (Código de lo Contencioso Administrativo). Adicionalmente, considero que la regla establecida por la mayoría de la

Sala Plena limita injustificadamente el carácter indemnizatorio de la acción de grupo, pues sustrae las acreencias laborales de su ámbito de reclamación, con independencia de su naturaleza retributiva o indemnizatoria; actuación que no solo confunde el medio de reclamación con el derecho sustancial aplicable, sino que afecta el plexo de garantías con las que un sector de los administrados (servidores públicos) cuentan para obtener la indemnización de perjuicios de “baja entidad”, al tiempo que mina la función de disuasión que se le ha reconocido al mecanismo en comentario”.

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

“Es contraria a la Constitución Política (artículo 89) y a la Ley 472 de 1998 (artículos 46 y 47) la conclusión a la que se llegó en el fallo, en el sentido de que «[L]a indexación y el pago de intereses moratorios, como medidas correctivas con miras a restablecer los derechos laborales violentados e indemnizar los perjuicios que con ello se hayan podido generar, se enmarcan en un escenario laboral que resulta extraño al ámbito de responsabilidad patrimonial estatal que se discute en la acción de grupo, por lo que en tales eventos esta vía procesal se torna improce-

dente» (párrafo 105). Cohíbe el pleno ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos la aseveración que se hace en la providencia aprobada, en cuanto que el «juez natural para conocer las controversias en las que se exija su pago, será el juez laboral de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», puesto que no se encuentra fundamento constitucional ni legal que impida a los demandantes acudir a la acción de grupo con la finalidad de obtener indemnización de

perjuicios por el daño causado por el reajuste tardío o no realizado de sus salarios como servi-

dores públicos. Ni el constituyente ni el legislador consagraron una restricción de tal entidad”.

Aclaración de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra

“A mi juicio, la justificación que plantea la sentencia como razón suficiente para no revisar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, no se aviene a la finalidad de este instrumento procesal, pues, el fundamento del mecanismo de revisión eventual, no es el desconocimiento de una sentencia de unificación jurisprudencial previa, como si ocurre, por ejemplo, con el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, previsto en los términos de los artículos 256 y siguientes del CPACA, sino unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, en procura de lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales, como se deriva del artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. En el presente caso, se fijaron las reglas de unificación sobre la improcedencia de la acción de grupo para reclamar el pago de indexación e intereses moratorios por el reconocimiento tardío de

los reajustes salariales, aspecto que comparto plenamente. Sin embargo, la Sala debió, seguidamente, proceder a confirmar, revocar o modificar la sentencia objeto de revisión, pues, no otro es el sentido de seleccionar y luego avocar el conocimiento de un asunto, sino es para culminar con un juicio que disponga, finalmente, en qué términos queda el fallo objeto de revisión, luego de señalar las reglas de unificación jurisprudencial. Esta omisión no solo envuelve una incongruencia en sí misma, sino un equívoco, en tanto, se dijo que la razón para no revisar el fallo, era la ausencia de una sentencia de unificación sobre la materia, o lo que es lo mismo, que las decisiones “constan en autos de ponente o en sentencias proferidas por subsección” y, en tal sentido, “no se observa que previo al proferimiento de esta sentencia existiere una posición que, en los términos del artículo 270 del CPACA, pudiera considerarse como genuina de unificación jurisprudencial”, por cuanto esto es, justamente, el objeto del mecanismo de revisión eventual”.

Salvamento de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

“El suscrito Magistrado considera respetuosamente que la acción de grupo es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos, así: En virtud de la Ley 472 y los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, señalados supra, la acción de grupo es procedente para reclamar la indemnización de perjuicios, toda vez

que procede respecto de toda clase de derechos subjetivos de origen constitucional o legal sin la exclusión de ninguna índole. A su vez, porque el reconocimiento de la indexación y de los intereses moratorios no “[...] son emolumentos de naturaleza laboral [...]”, en la medida que no corresponden a una retribución directa por los servicios prestados y, por el contrario, buscan: Castigar al deudor incumplido por el pago tardío de la obligación que se ha debido cancelar

oportunamente en los términos legalmente dispuestos en la ley y ajustar al valor real una suma de dinero previamente reconocida, equivalente al perjuicio recibido por no el cumplimiento tardío de una obligación de carácter laboral (salarios y prestaciones). Su reconocimiento presupone la existencia de una obligación incumplida, cuya omisión produjo un perjuicio, que, en el caso sub examine, corresponde a la pérdida del poder adquisitivo de los salarios y

prestaciones sociales que en su momento debieron recibir de manera oportuna los empleados públicos de la Gobernación del Departamento de Antioquia; es decir, que están encaminados a obtener un resarcimiento de perjuicios y no la declaración y existencia de un derecho laboral. En el caso sub examine la causa del daño reclamado no surge de un acto administrativo, sino de la conducta omisiva de la administración”.

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

“Disiento de la unificación que se hizo en la providencia por cuanto, si bien es cierto, es pacífico que las acreencias laborales a las que tiene derecho el trabajador como retribución del servicio no pueden ser reclamadas a través de una acción de grupo, en lo que tiene que ver con el perjuicio, hay eventos, en los que puede ser autónomo, verbigracia, cuando la administración expide un acto reconociendo la prestación, pero ésta se hace efectiva tiempo después. (viii) De modo que unificar alrededor del tema de que las sumas que se soliciten por concepto de intereses moratorios e indemnización derivada del pago tardío de reajustes salariales cuando

ellos ya han sido reconocidos, no puedan ser pedidas a través de la acción de grupo, desconoce los casos en que el perjuicio es autónomo y se reúnen los requisitos para que proceda esta acción; esto es, que exista identidad de causa y objeto, entendida como unos mismos fundamentos de hecho y de derecho, así como idénticas pretensiones. [...] Por lo tanto, considero que debió resolverse el caso concreto, sin proferir una sentencia de unificación alrededor de este tema, ya que existen sucesos que no encuadran dentro de la regla fijada y lo decidido puede implicar una restricción al acceso a la administración de justicia”.

Salvamento de voto del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas

“En ese escenario, si la jurisprudencia no tiene claridad sobre el medio de control procedente, no debe prevalecer un formalismo frente al derecho sustancial o la propia justicia. Sobre el particular, resulta importante recordar que el derecho al trabajo es un derecho universal que amerita protección, pues las familias necesitan recursos, y, a falta de estos últimos, no puede haber empresa ni desarrollarse la sociedad. [...] El Estado es una organización política que se estructura para defender los derechos de las personas, y para cumplir tal obligación debe haber un respeto por los

derechos del otro, por la diversidad y por la justicia. Sobre el particular, en Sentencia T-406 de 1992, la Corte Constitucional precisó que el Estado Social de Derecho brinda situaciones mínimas de trabajo, de vivienda y de seguridad social, pero no como caridad, sino como un verdadero concepto o derecho. Con base en lo anterior, considero que debe prevalecer el debido proceso y el derecho sustancial, y no se le podía exigir a los demandantes escoger determinada vía procesal para proponer sus pretensiones, pues ni siquiera existe uniformidad en la Sala al respecto”.

“Si bien comparto el sentido de la decisión y la regla de unificación atrás señalada, estimo que la formulación de las premisas a partir de las cuales se definió el asunto fue a tal punto general que se terminaron incluyendo temas distintos a los estrictamente planteados por el caso concreto, lo cual no solo desbordó el ámbito que correspondía en sede de unificación, sino que también puede plantear problemas futuros de interpretación y aplicación. Me refiero, específicamente, a la definición que se incluyó sobre el concepto de acreencia laboral y a la ale-

gada vocación de plenitud que se le atribuyó al sistema laboral administrativo. En relación con estos aspectos, considero que la sentencia estableció unas -si se permite- subreglas generales que desbordaron el problema jurídico planteado por la litis, problema que se refería, específicamente, a la procedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación, los intereses moratorios por el monto no pagado por ese concepto y el reajuste salarial retroactivo junto con los intereses correspondientes por la mora”.

Sentencia de unificación. Facultad del juez de anular los contratos administrativos que considere causa de amenaza o violación de derechos colectivos en las acciones populares iniciadas antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011

En las acciones populares iniciadas antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el juez no tiene la facultad de anular los contratos administrativos que considere causa de amenaza o violación de derechos colectivos.

RADICADO: 52001-33-31-008-2008-00304-01 (AP)REV

FECHA: 04/10/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Alfredo Cano Córdoba

DEMANDADO: Centrales Eléctricas de Nariño (CEDENAR S.A E.S.P)

MEDIO DE CONTROL: Revisión eventual de acción popular

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1 ¿Es procedente anular un contrato administrativo mediante la acción popular cuando es la causa directa de violación o amenaza de un derecho colectivo en las demandas presentadas bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984?

Tesis 1: “[...] Se unifica la jurisprudencia respecto de la competencia del juez de la acción popular en materia de contratos, en los siguientes términos: En las acciones populares iniciadas antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el juez no tiene la facultad de anular los contratos administrativos que considere causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez podrá adoptar las medidas materiales que los garanticen; para el efecto, tiene la posibi-

lidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Las entidades demandadas violaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público con ocasión del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura n.º 2635 del 5 de diciembre de 1960?

Tesis 2 : “En el contrato de suscripción de acciones la calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley. En este caso, de la revisión del contenido del contrato elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960, la Sala establece que ello tuvo lugar en este caso, toda vez que la participación económica del socio municipio de Pasto a la sociedad CENDENAR S.A se concretó en la transferencia de los bienes inmuebles que conforman la Planta Hidroeléctrica del Río Bobo a cambio de \$850.000 y de las 415.000 acciones de la sociedad. (...) [E]n el caso concreto no se probó de forma precisa que con ocasión de la

suscripción y ejecución del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 se hubiera afectado el patrimonio público del municipio de Pasto, conforme lo explicado en consideraciones anteriores, toda vez que: i) no se evidenció el incumplimiento por parte de CEDENAR S.A E.S.P al referido contrato, ii) el valor de las acciones de la sociedad se incrementó; iii) la disminución de la participación accionaria del ente territorial obedeció al aumento de ella por parte de la Nación; y, iv) no se acreditó que con la creación de la empresa SEPAL S.A para la prestación del servicio público de alumbrado se hubiera configurado vulneración o trasgresión a alguna garantía colectiva”.

Salvamento parcial de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque

No es necesario unificar jurisprudencia sobre los alcances de la acción popular frente a contratos estatales porque la ley los define de manera clara.

Problema jurídico 1: ¿Se justifica acudir a la unificación de jurisprudencia para definir los alcances de la acción popular frente a contratos estatales, pese a que la ley los señala de manera clara?

Tesis 1: “[...] Aunque comparto el fallo del 4 de octubre de 2021 en cuanto revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño, que había concedido las pretensiones de la acción popular, y, en su lugar, las negó, me separo de la unificación anunciada como «precedente». 1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 13 de febrero de 2018 (...), unificó el criterio de la Corporación para precisar que la acción popular no procede para anular actos administrativos y contratos estatales, en procesos adelantados en vigencia del CCA. Por ello, tal como lo manifesté en el voto disidente a la sentencia

del pleno del 4 de septiembre de 2018 [caso arrendamiento de parque público municipio de Támesis] no hay lugar a volver sobre esa pretendida unificación, que ya se hizo. Por ello, me remito a los argumentos expuestos en ese voto disidente. De modo que, a mi juicio, la pretendida unificación, que la Sala Especial de Decisión anuncia a modo de «precedente», es un asunto ajeno y no vinculante de la decisión. 2. Con todo, el CPACA entró en vigencia el 2 de julio de 2012. El artículo 144 de ese precepto zanjó toda discusión al prohibirle al juez de la acción popular anular contratos estatales. La Corte Constitucional declaró exequible esa disposición. En mi opinión, si la norma vigente desde hace casi una década definió –con fuerza de ley– el criterio que el fallo pretende «unificar» ¿Qué sentido tiene la unificación que anuncia la Sala? ¿Es realmente trascendente la «unificación»? Creo que es momento de reflexionar sobre el uso desmedido de la figura de la «unificación jurisprudencial». Si la ley es clara sobre un punto de derecho –los alcances

de la acción popular frente a contratos estatales— ¿Realmente se justifica acudir a la «unificación de jurisprudencia»? ¿Puede el juez «unificador» variar o cambiar el sentido de la ley o, más aún, reemplazar al legislador? 3. La sentencia se autocalifica como «precedente». Al respecto considero que, sin desconocer la importancia de la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho (art. 230 CN), no es posible trasplantar figuras del common law a un sistema de derecho legislado, tal como lo indiqué en la aclaración de voto al fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 2 de mayo de 2018 . 4. Como el juez de la acción popular no tiene competencia para anular contratos estatales y, por ello, tampoco puede calificar la validez del contrato o cualquier otra declaración propia de la acción de controversias contractuales, a mi juicio, todas las afirmaciones de la providencia, que exceden el preciso ámbito de la acción popular, son razones innecesarias para decidir el asunto y constituyen un obiter dictum. [...]”.

Sentencia de unificación. Mecanismo de revisión eventual de acciones populares sobre el concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público

Unificación de jurisprudencia a través del mecanismo de revisión eventual de acciones populares sobre el concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

RADICADO: 73001-33-31-006-2008-00027-01

FECHA: 01/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Germán Eduardo Triana López

DEMANDADO: Compañía Energética del Tolima S.A - E.S.P. – ENERTO-LIMA S.A. E.S.P. y Electrificadora del Tolima S.A E.S.P. – ELECTROLIMA S.A. E.S.P. en Liquidación

MEDIO DE CONTROL: Revisión eventual de acción popular

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es necesaria la unificación del concepto sobre lo que debe entenderse como derecho colectivo a la defensa del patrimonio público?

Tesis 1: “[...] [E]s posible establecer que la noción tradicional del patrimonio público se ha acrecentado con nuevos componentes que tienen que ver con bienes, expresiones o valores que son integrados a la vida jurídica dada su importancia sociopolítica o económica y por su contenido e implicación universal. En este orden, la Sala Especial considera necesario definir lo que se entiende por patrimonio público incorporando a su concepto tradicional esos nuevos valores tangibles e intangibles. [...] En criterio de la Sala Especial de decisión, el patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que

son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente. (...) la Sala Especial deduce que no se observa contradicción en la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la definición de la garantía de la defensa del patrimonio público. En efecto, esta corporación en sentencia del 4 de marzo de 201988, afirmó que «Resulta pacífico el criterio que ha sentado la Corporación al definir el derecho colectivo que garanti-

za la protección del patrimonio público como aquel que busca resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del Estado además de propugnar por una administración eficiente que evite cualquier detrimento al patrimonio estatal. [...]89»; sin embargo, este concepto se entiende complementado con la definición que del patrimonio público establece la Sala Especial en esta oportunidad, dada su relación. que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, como quedó dicho, pues ello le corresponde al juez natural, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias.» [...] 139. De lo expuesto, la Sala Especial deduce que la protección del Patrimonio Público propende porque «los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales». Así las cosas, la regulación legal de la defensa del Patrimonio, tiene una finalidad garantista, «la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda la actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la Acción Popular». Para el Consejo de Estado, «el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa [...]». 140. De conformidad con los criterios jurisprudenciales expuestos, que se prohíjan en esta providencia y precisado el concepto de lo que se de entender por patrimonio público, la Sala especial concluye que la garantía colectiva a su defensa propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un

buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento. (...) La defensa del patrimonio público, conforme lo ha determinado el Consejo de Estado, tiene una doble naturaleza. La primera es la dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y la segunda, una objetiva o de principio, que se convierte en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, de forma eficiente y transparente y observando la legalidad presupuestal vigente. 136. En consecuencia, para que se configure la vulneración a la garantía colectiva a la defensa del patrimonio público se requiere de la confluencia de los elementos: i) subjetivo, referido al análisis de la gestión de ese patrimonio a cargo del funcionario, de modo que si ésta se hace de forma irresponsable, deshonesto o negligente, se transgrede el interés colectivo protegido y, ii) objetivo, que se relaciona con el deber de las entidades estatales de gestionar el patrimonio público, de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política. Asimismo, la Sala Especial destaca la conexidad e inescindibilidad que por regla general se configura entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, toda vez que casi siempre la vulneración de uno implica la transgresión del otro. Lo anterior, encuentra su génesis desde los antecedentes de la Ley 472 de 1998, oportunidad en la que se definió el derecho a la moralidad administrativa «[...] como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario [...]». 138. Además, se observa que si bien es posible pensar un daño a la moralidad administrativa separado de sus consecuencias, en la práctica, es difícil suponer un evento en el que la administración abandone los postulados del principio de la

moralidad, sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público. «Ello se explica porque en los términos de los artículos 88 y 209 de la Constitución Política, la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público gozan de una doble naturaleza, en tanto son principios infranqueables a los que debe ceñirse la actividad de la administración y derechos colectivos inalienables [...] De aquí que, a través de la acción popular se pretende corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público con el fin de superarlos; no se trata de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, como quedó dicho, pues ello le corresponde al juez natural, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias.» [Rad. 25000-23-41-000-2014-00349-01(AP)] 139. De lo expuesto, la Sala Especial deduce que la protección del Patrimonio Público propende porque «los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales» 106. Así las cosas, la regulación legal de la defensa del Patrimonio, tiene una finalidad garantista, «la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda la actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la Acción Popular». Para el Consejo de Estado, «el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa [...]». 140. De conformidad con los criterios jurisprudenciales expuestos, que se prohíjan en esta providencia y precisado el concepto de lo que se de entender por patrimonio público, la

Sala especial concluye que la garantía colectiva a su defensa propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento”.

Problema jurídico 2: ¿Las empresas demandadas trasgredieron las garantías colectivas a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público con ocasión de la suscripción de los otrosíes nros. 2 y 3, por medio de los cuales se introdujeron cambios al contrato de arrendamiento del 13 de agosto de 2003, suscritos por los representantes legales de ENERTOLIMA S.A E.S.P y ELECTROLIMA S.A E.S.P en Liquidación sobre el sistema de distribución de propiedad de la última empresa?

Tesis 2: “[...] [A]nalizada la actuación contractual sometida a consideración, esto es la suscripción del contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003 y sus Otrosíes Nos. 1, 2 y 3 sobre la infraestructura eléctrica de distribución y transmisión de propiedad de ELECTROLIMA, la Sala no evidencia la vulneración de las garantías colectivas a la moralidad administrativa o el patrimonio público, alegadas en la demanda, toda vez que los activos de ELECTROLIMA lograron posicionar a ENERTOLIMA, lo que a su vez facilitó su posterior venta en mejores condiciones económicas. Conforme se precisó en las sentencias reseñadas en esta providencia, para la protección de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, era necesario que se hubiere demostrado la existencia de una conducta por parte del liquidador de ELECTROLIMA y el gerente de ENERTOLIMA contraria a los postulados de eficiencia y transparencia; sin embargo, lo que se acreditó es que el contrato

de arrendamiento referido y sus otrosíes se emplearon como herramienta dentro del proceso de liquidación de la primera y la constitución y capitalización de la segunda, de modo que se garantizara la prestación del servicio público de energía eléctrica en el departamento del Tolima y se obtuviera el máximo valor de los activos de ELECTROLIMA, cuya liquidación se ordenó por causales legales. (...) [E]n los términos de la jurisprudencia unificada, para que se configu-

re la trasgresión de la moralidad administrativa «desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública», evento que no se mostró en el asunto revisado [...]».

Sentencia de unificación. Procedencia de los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad

Procedencia de los descuentos efectuados a la condena que se obtiene de la nulidad del acto que retiró del servicio de una empleada pública nombrada en provisionalidad, de las sumas recibidas a título de salarios y prestaciones sociales percibidas en relaciones laborales con el sector público. Doble erogación del tesoro público. Recurso extraordinario de unificación infundado. Valor vinculante de las sentencias de unificación de la corte constitucional.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00151-00 (0892-2017)

FECHA: 09/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Sonia Yamile Rondón Tasco

DEMANDADO: Municipio de San Gil (Santander)

MEDIO DE CONTROL: Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las

sumas de dinero recibidas por la parte demandante, a título de salarios y prestaciones sociales percibidas en relaciones de trabajo en el sector público, por incurrirse en la prohibición constitucional de doble erogación con cargo al erario?

Tesis 1: “[...] La Sala Plena, siendo consecuente con las conclusiones alcanzadas a lo largo de

esta providencia, de manera autónoma y separada a lo esbozado por la Corte Constitucional, considera a la condena derivada de la sentencia que anula un acto particular como un verdadero restablecimiento del derecho para el demandante, por regla general, pues, por virtud de los efectos de la sentencia de nulidad, éste recupera la situación administrativa de servicio activo y, con ello, la causa lícita de percibir los salarios y prestaciones sociales causadas para el periodo de cese de la relación laboral inicial, los cuales no pueden coincidir en el tiempo con ninguna otra remuneración, retribución o asignación proveniente del erario, dada la prohibición constitucional prevista en el artículo 128 superior, refrendada así en el canon 17 de la Ley 4ª de 1992, salvo las excepciones allí previstas. 91. Para esta colegiatura judicial, separarse del carácter restitutorio que tiene el fallo de nulidad y restablecimiento del derecho para la parte demandante, sería negar la ficción que retrotrae su situación al estado anterior, esto es, al tiempo en que fue expedido el acto anulado, lo cual es de la esencia y de la naturaleza del medio de control y, de paso, contravenir diversas disposiciones normativas que justamente prevén prohibiciones para el servidor público, haciendo posible lo que el legislador se encargó de restringir de manera imperativa. En efecto, la Ley 734 de 2002 45, anterior Código Disciplinario Único, en consonancia con el canon 128 superior, preveía en el ordinal 14 del artículo 35 que a todo servidor público le está prohibido «Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.» 93. La norma plantea claramente dos supuestos que en cualquier caso harían incurrir en la prohibición, esto es,

ejercer más de un empleo público o recibir más de una erogación con cargo al erario; eventos que justo acontecerían cuando se reciben dos sumas de dinero a razón de la misma causa, esto es, retribuir un servicio prestado bien sea de manera material o porque se permita presumirlo así, esto por el restablecimiento del derecho otorgado por una sentencia. 94. Por lo anterior, se encuentran razonables y acordes con las normas constitucionales y legales, los descuentos que se ordenan respecto de la condena obtenida en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral, por los valores recibidos a título de salarios, prestaciones sociales provenientes de relaciones laborales con el Estado. En otros términos, los valores que por concepto de salarios y prestaciones sociales percibió el empleado nombrado en provisionalidad a quien se le declaró la nulidad del acto de retiro del servicio, con ocasión del desempeño de otros cargos públicos durante el período en el cual estuvo desvinculado del servicio, deben ser descontados de la suma total de los salarios y prestaciones sociales que se pagan por el restablecimiento del derecho que deviene de la nulidad del acto de retiro, esto es por el pago de la condena ordenada en el fallo. Como cierre de este capítulo, para la Sala es importante reflexionar que el erario comprende el conjunto de recursos que le pertenecen al Estado y que resultan necesarios para su funcionamiento. De este modo, en el escenario de la prohibición constitucional del artículo 128 superior, se tiene que el empleador resulta ser el mismo Estado, bien sea porque directamente remunera los servicios personales recibidos por el empleado público, o porque paga con cargo a sus recursos la sentencia que se le cobra a razón de haberse obtenido la nulidad de un acto de retiro del servicio. De este modo, indistintamente de que se trate de entidades oficiales diferentes, en últimas se afecta dos veces el erario. La Sala Plena, a partir de la exposición efectuada y de

las conclusiones que obtuvo, fija la siguiente regla de unificación jurisprudencial: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo que son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio inmiscuido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios, prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público, por incurrirse en la prohibición constitucional de doble erogación con cargo al erario. 99. Sobre los efectos de la regla, se considera que el artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia bajo estudio está llamado a prosperar respecto de la sentencia analizada al haber acogido la tesis prohijada por la Corte Constitucional en una sentencia de unificación y no la regla de unificación del Consejo de Estado en lo que respecta a los descuentos de los salarios y prestaciones percibi-

dos por el desempeño de otro cargo público de quien se ordenó reintegrar al servicio público en virtud de una orden judicial?

Tesis 2: “[...] Para la Sala, el fallo del Tribunal Administrativo de Santander tuvo en cuenta que las decisiones de unificación de la Corte Constitucional, cuando marcan el contenido y el alcance de los derechos fundamentales, también son vinculantes en el seno de la jurisdicción contenciosa, razón por la cual no puede predicarse de aquella corporación judicial una acción desprovista de causa o desapegada de la jurisprudencia coercitiva y pertinente al caso. Por el contrario, fue coherente con el sistema de fuentes que se describen desde la ley, y lo que condiciona su validez con la norma superior. En este particular, la Sala tiene en cuenta que, para el momento de dictarse el fallo de segunda instancia, recurrido en forma extraordinaria en esta oportunidad, ya se había proferido la sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014, razón por la cual, era perfectamente viable que se fundamentara en ésta, a partir de lo que de su naturaleza en sede de constitucionalidad en abstracto ya había dicho la misma Corte. (...) Así las cosas, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso ordinario identificado con el radicado (...), no está llamado a prosperar, y en consecuencia se declarará infundado [...]”.

Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez

Se encuentra fundado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia por apartarse el Tribunal Administrativo de la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, proferida por

la sala plena del Consejo de Estado.

Problema jurídico: ¿La sentencia objeto del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia desconoció el fallo de unificación del 29

de enero de 2008, proferido por el Consejo de Estado? En consecuencia, ¿el recurso extraordinario debió prosperar por ordenar el descuento de los salarios y prestaciones sociales percibidos en otro cargo público debido a la vinculación laboral al sector público, como resultado de la condena proferida a raíz de la declaración de nulidad de retiro del servicio del cargo desempeñado en provisionalidad?

Tesis: “[...] De conformidad con el recurso extraordinario de unificación presentado por la parte demandante, la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander desconoció la sentencia de unificación expedida el 29 de enero de 2008 por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro del expediente radicado 76001-23-31-000-2000-02046-01(1153-04). Es de anotar que tal sentencia, si bien fue proferida con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011, se encuentra dentro de las hipótesis previstas en el artículo 270 ejusdem, razón por la cual se ha considerado como sentencia de unificación. En efecto, al consultar su texto, se observa que la Sala Plena asumió el conocimiento de tal proceso, a fin de definir la contradicción o controversia que se presentaba entre la decisión proferida por la Sección Segunda el 16 de mayo de 2002 y la adoptada en 1996 por la Sala Plena de lo con-

tencioso administrativo. En el mismo sentido, se observa que la aludida sentencia de unificación fue debidamente publicada y notificada por edicto el 20 de febrero de 2008, cumpliéndose con ello el requisito de publicidad y que para la fecha en que se profirió la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander (13 de septiembre de 2016), la posición del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 29 de enero de 2008, atrás referida, no había sido modificada. Pese a ello, la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander acogió la tesis prohijada por la Corte Constitucional en las sentencias SU-691 de 2011 y SU-556 de 2014 en los casos de desvinculación ilegal de las personas nombradas en provisionalidad, en lo que respecta a los descuentos de los salarios y prestaciones percibidos por el desempeño de otro cargo público y, en tal virtud, ordenó el descuento de los salarios y prestaciones sociales que percibió la demandante con ocasión de la vinculación que tuvo con el ICBF, durante el tiempo que estuvo desvinculada en virtud de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad. Para la Sala Plena del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Santander sí se apartó de la sentencia proferida por la Sala Plena del día 29 de enero de 2008, razón por la cual prosperará el recurso extraordinario de unificación [...]”.

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés

Improcedencia de los descuentos de los salarios devengados en relaciones laborales en el sector privado, como consecuencia de la nulidad del acto de retiro de empleado provisional.

Problema jurídico: ¿La regla de unificación que permite las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto

de su desvinculación no se debe hacer extensiva a las relaciones laborales que haya tenido en el sector privado?

Tesis: “[...] Cuando el Tribunal autoriza descuentos de los salarios que la demandante devengó en otra relación laboral, lo hace amparado por un mandato superior contenido en la Constitución Política, que irradia todo el sis-

tema normativo y la actuación del juez. Dicha prohibición está contenida en el artículo 128 de la Carta Política y es una verdadera excepción que, en mi sentir, solo opera por vinculaciones de trabajo en el sector público y, en ese contexto, hacer los descuentos extensivos a vinculaciones en el sector privado sería, contrario a la Constitución y violatorio de las normas in-

ternacionales, por las razones arriba señaladas. En esa misma línea tampoco se comparte que la providencia producto de esta aclaración de voto se remita a la sentencia de la Corte Constitucional SU-691 de 2011, cuando señala que de no ordenarse los descuentos en todas las relaciones laborales sin distinguir se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa [...]”.

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

Limitación del pago de salarios y prestaciones percibidos con ocasión de la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación de un nombramiento en provisionalidad conforme al tope fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-556 de 2014.

Problema jurídico 1: ¿Era necesario definir en el fallo de unificación sobre los topes o límites a los dineros reconocidos como restablecimiento del derecho con ocasión de la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación de un nombramiento en provisionalidad?

Tesis 1: “[...] Considero necesario aclarar mi voto, por las razones que pasarán a explicarse. En la providencia nada se dijo sobre los topes o límites al restablecimiento, lo cual considero que era fundamental definir en este fallo de unificación. En mi criterio, en atención a la es-

tabilidad relativa en el cargo que se predica de los empleados públicos designados en provisionalidad, se debe limitar las sumas de dinero reconocidas como restablecimiento del derecho al que haya lugar. De manera que, resulta razonable y proporcional limitar el pago de salarios y prestaciones percibidos con ocasión de la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación de un nombramiento en provisionalidad de acuerdo con el tope que sobre ese particular fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014 [...]”.

Improcedencia de los descuentos de los salarios devengados en relaciones laborales en el sector privado o como independiente, como consecuencia de la nulidad del acto de retiro del empleado vinculado en provisionalidad.

Problema jurídico 2: ¿Las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido, respecto de los ingresos recibidos por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su

desvinculación, se deben limitar a aquellos provenientes del sector público y no a los que obtenga del sector privado o como independiente?

Tesis 2: “[...] Considero necesario aclarar que, aun cuando la providencia objeto de análisis solo unificó respecto a los descuentos que deben realizarse a la condena que obtiene un empleado en provisionalidad por su retiro ilegal, provenientes del sector público, lo cierto es que, en el fallo se afirmó que se “alineaba” a lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre el particular. No obstante, dicha Corte se pronunció no solo sobre tales descuentos, también respecto de aquello que el empleado en provisionalidad haya obtenido en el sector privado durante el tiempo que fue desvinculado. Sobre el particular, debo advertir que, en mi criterio, los descuentos de los ingresos obtenidos en el sector privado, durante el tiempo en que se pretende el restablecimiento del derecho por el acto ilegal que desvinculó al empleado pro-

visional, no debe proceder. La razón: como se advirtió en líneas precedentes, se trata de un verdadero restablecimiento del derecho y la providencia de unificación se sustentó en que, el descuento de las sumas obtenidas en el sector público por un empleado en provisionalidad que fue desvinculado de manera ilegal obedece a la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Política, que impide devengar más de una asignación del tesoro público. Luego, a mi juicio, las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido, respecto de los ingresos recibidos por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación, se deben limitar aquellos provenientes del sector público y no a los que obtenga del sector privado o como independiente [...]”.

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

Las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación deben hacerse extensivas a las relaciones laborales que este haya tenido en el sector privado.

Problema jurídico: ¿La regla de unificación que permite las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación debe hacerse extensiva a las relaciones laborales que haya tenido en el sector privado?

Tesis: “[...] Debo decir que los descuentos de la condena por vínculos laborales privados también están autorizados, conforme con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, desde luego, comparto. Dicha autorización ha sido construida a partir del entendimiento de que la indemnización del daño

debe tasarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, el tiempo en que la persona permaneció cesante por el retiro injustificado para calcular así el lucro cesante, como forma de reparación. Si la persona se reincorpora al campo laboral (público o privado) deja de estar cesante y empieza a recibir ingresos laborales para lograr su autosostenimiento, lo que empiece a recibir debe descontarse de la condena judicial reconocida para evitar el reconocimiento de sumas excesivamente onerosas. En el caso de los empleados que provisionalmente ocupan cargos de carrera, mi opinión es que la indemnización (que, desde luego, debe ser integral) tiene lími-

tes razonables para que se autorice el descuento de todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, percibió como retribución

por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada [...]”.

Salvamento de voto del consejero Gabriel Rodolfo Valbuena Hernández

Las consideraciones desarrolladas en la sentencia solamente son aplicables a litigios en donde se demande la nulidad del acto de desvinculación de un empleado provisional, sin que puedan extenderse de manera alguna a otra clase de desvinculaciones laborales en cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción.

Problema jurídico: ¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 19 de la Ley 4.ª de 1992 y reproducido por el artículo 35, numeral 14, de la Ley 734 de 2002, que establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público y, por tanto, el fallo de unificación emitido constituye un retroceso respecto de las posiciones sostenidas anteriormente?

Tesis: “[...] Por el presente escrito me permito señalar que comparto plenamente los argumentos consignados en el salvamento de voto presentado por los honorables consejeros de Estado Stella Jeannette Carvajal Basto y Rafael Francisco Suárez Vargas frente al fallo dictado por la Sala Plena en el proceso de la referencia, mediante el cual se decidió “que son procedentes los descuentos efectuados a la condena de

carácter laboral, respecto de las sumas percibidas a título de salarios y prestaciones sociales en relaciones de trabajo en el sector público”, cuando se obtiene el restablecimiento del derecho producto de la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad. En todo caso, quiero poner de relieve que las consideraciones desarrolladas en la sentencia solamente son aplicables a litigios en donde se demande la nulidad del acto de desvinculación de un empleado provisional, sin que puedan extenderse de manera alguna a otra clase de desvinculaciones laborales en cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción. En lo que concierne al caso concreto, considero que si se hubiese aplicado la línea jurisprudencial hasta ahora vigente, no serían procedentes los descuentos a la demandante y, por lo mismo, considero que se ha debido declarar fundado el recurso de unificación y disponer la revocatoria parcial de la decisión de primera instancia [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

Efectos de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado.

Problema jurídico 1: ¿Las sentencias de unificación del Consejo de Estado son precedentes por emanar de esta corporación en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción?

Tesis 1: “[...] Aclaro mi voto, porque del acápite en el que se abordó el estudio de la importancia del precedente y de las sentencias de unificación en nuestro ordenamiento, advierto que a éstas últimas se les otorga dicho carácter de precedente, fundado en la función unificadora de las altas cortes, al margen de la labor que en concreto realiza el fallador en esta clase de sentencias y de los efectos que ellas tienen. (...) Advierto que, a diferencia de lo afirmado en el fallo, en el sentido de que las sentencias de unificación del Consejo de Estado son precedentes por emanar de esta corporación en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción, no coincido en que por ese hecho pueda adjudicárseles el carácter de precedente judicial. Cosa distinta es que, del sentido otorgado a las normas que se interpretan en esas decisiones para

solucionar los casos concretos y sus razones, las subreglas contenidas en esas sentencias resulten vinculantes para resolver un caso concreto en razón de su identidad o similitud fáctica y jurídica, porque cuando ello no ocurre así, por razones de justicia material el juez está autorizado a apartarse de ellas, cumpliendo con una carga argumentativa estricta en términos de suficiencia y transparencia motivacional. derivado de lo anterior, tampoco considero plausible otorgar carácter coercitivo a la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional en sede de control concreto de constitucionalidad, porque conlleva a entender que la interpretación fijada en ellas no solamente es vinculante sino también obligatoria, cuando este último efecto, se reitera, sólo lo tienen las sentencias de constitucionalidad, toda vez que respecto de ellas, como ocurre con la ley, no es posible un apartamiento judicial pues hacen tránsito a cosa juzgada constitucional [...]”.

El restablecimiento del derecho y la indemnización son formas de reparación del daño.

Problema jurídico 2: ¿El restablecimiento del derecho y la indemnización son formas de reparación del daño?

Tesis 2: “[...] Me separo de esa diferenciación conceptual entre reparación y restablecimiento del derecho porque no fue dispuesta por la Constitución ni en el artículo 90 superior, que sustenta la responsabilidad del Estado y la reparación integral de un daño causado por éste, ni en cualquiera otra norma de la carta fundamental. Tampoco se infiere esa diferenciación de la literalidad del artículo 138 señalado, pues vista esa norma a la luz del artículo 90 de la Constitución Política y entendida conforme con la teoría de los

daños, lo que se puede inferir es que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puede concurrir como formas de reparación del daño, tanto el restablecimiento del derecho como la indemnización. Cosa distinta es que la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y los efectos ex tunc o “desde siempre”, propios de la declaración de nulidad del acto que conlleva este tipo de acción, se traduzcan para este medio de control, en el reconocimiento del restablecimiento del derecho como principal forma de reparación, si y sólo si, volver las cosas al estado de siempre es algo materialmente posible. De no serlo, la reparación se realizará por vía de la indemnización [...]”.

No es el título del pago el que determina la aplicación de la prohibición del artículo 128 constitucional, sino la fuente pública de los recursos con los que se pagan los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y la condición de que con ellos se repare un daño que proviene de la misma causa.

Problema jurídico 3: ¿La reparación del daño a título de indemnización procede cuando no es posible devolver las cosas a su estado anterior a través del restablecimiento del derecho?

Tesis 3: “[...] Aclaro mi voto en el sentido de indicar que la sentencia debió señalar expresamente que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución impone que, cuando se acredite que el demandante percibió remuneraciones de trabajo por otras vinculaciones con el Estado y con independencia de que la reparación del daño se haga a título de restablecimiento del derecho o de indemnización, esas remuneraciones deben restarse del quantum de la condena, porque su pago proviene siempre del erario y en ambos casos se dirige a reparar el daño ocasionado por el retiro

del servicio, es decir, la privación injusta del trabajo y de su correspondiente contraprestación salarial y prestacional. Con lo anterior quiero denotar que no es el título del pago el que determina la aplicación de la prohibición constitucional sino la fuente pública de los recursos con que se pagan los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y la condición de que con ellos se repara un daño que proviene de la misma causa, esta es, la desvinculación ilegal del servidor, que de no haberse producido habría implicado la prestación del servicio con sus correspondientes contraprestaciones, en tanto y en cuanto, los componentes salariales y prestacionales son elementos no escindibles e irrenunciables de la relación legal y reglamentaria de trabajo [...]”.

Aclaración de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra

El fin primordial del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia consiste en asegurar la unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado como garantía del principio de igualdad en la aplicación e interpretación de la ley.

Problema jurídico: ¿El alcance del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia es la revisión de una decisión emitida por un tribunal de instancia frente a una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado y/o de la Corte Constitucional, cuando este haya resuelto el mismo asunto bajo un criterio diferente?

Tesis: “[...] [E]l recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 256 del CPACA, tiene como fin “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales”. Con fundamento en lo anterior, el fin primordial de este medio de revisión excepcional, consiste en asegurar la unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, como garantía del principio de igualdad en la aplicación e interpretación de la ley. (...)”

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 declaró la exequibilidad condicionada de los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido “[...] que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”. Esto por cuanto, “[l]a jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la

normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte”. A partir de la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad referida, la interpretación adecuada del artículo 258 del CPACA, permite precisar su alcance en el sentido que, el recurso extraordinario tiene por finalidad revisar la decisión emitida por el tribunal de instancia frente a una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, la cual dentro del sistema de fuentes tiene carácter vinculante y por tanto, es obligatoria, salvo que, en casos como el presente, la Corte Constitucional, en ejercicio del mandato de unificación jurisprudencial, haya resuelto el mismo asunto bajo un criterio diferente al de esta corporación, decisión que prevalece frente al precedente del Consejo de Estado, en virtud del principio de supremacía constitucional [...]”.

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

Incongruencia de la sentencia al haber declarado infundado el recurso extraordinario y, aun así, haber procedido a unificar jurisprudencia.

Problema jurídico: ¿La sentencia bajo estudio incurrió en una incongruencia interna al haber declarado infundado el recurso extraordinario y, aun así, haber procedido a unificar jurisprudencia, además de no haber abordado asuntos ligados a la decisión adoptada?

Tesis: [...] [T]al como lo anuncié en la correspondiente sesión, con mi acostumbrado respeto, procedo a salvar el voto respecto del fallo de 9 de agosto de 2022, adoptado por la sala mayoritaria de lo contencioso-administrativo, por las siguientes razones: 1. Se inobservó la congruencia interna de la providencia, lo cual, desde el punto de vista de la lógica formal,

compromete la validez de la decisión (...) [S]i resultó infundado el recurso extraordinario interpuesto con esa finalidad por la actora, no había lugar a unificar jurisprudencia.. (...). 2. Se apartó la Sala del propósito que se perseguía al momento de asumir el caso para unificar jurisprudencia, relacionado, entre otros, con el monto de la denominada «indemnización», comoquiera que en el aludido auto de 9 de agosto de 2017 se destacó que resultaba necesario efectuarlo dadas «Las diferencias jurisprudenciales entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto del monto de la indemnización de los empleados desvinculados de cargos de carrera que ocupaban en

provisionalidad, y en lo atinente a la procedencia de los descuentos por concepto de salarios y prestaciones percibidos, han generado no solo inseguridad jurídica, sino también un número creciente de acciones de tutela tendientes a que se aplique uno u otro precedente», no obstante, no se realizó ningún pronunciamiento sobre el particular en el fallo aprobado. 3. Tampoco se hizo alusión en la sentencia de la cual me aparto al tema atañedor a la seguridad social en pensión, que está estrechamente ligado a la condición de los empleados nombrados en provisionalidad retirados del servicio

público de manera ilegal, cuando se anule el acto que los separó, asunto que, si bien no fue planteado por la actora, resulta inmanente a la controversia que nos ocupa y de naturaleza iusfundamental, que imponía examinarlo. 4. Por último, en la regla de unificación aprobada no se precisó el período o época cuando se causen las aludidas «sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios, prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público», que serán objeto de descuento al momento del pago de la condena por el ente estatal [...]».

Salvamento de voto consejera Myriam Stella Gutiérrez Arguello

Improcedencia de los descuentos efectuados a la condena judicial que anula el acto de desvinculación de un empleado público nombrado en provisionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 128 constitucional, de los salarios y prestaciones sociales percibidos por el desempeño de un cargo público, pues devienen de causas diferentes.

Problema jurídico: ¿En el caso bajo estudio son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio inmiscuido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se declaró la nulidad del acto que retiró del servicio a una empleada pública nombrada en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por ella a título de salarios y prestaciones sociales percibidas por relaciones de trabajo en el sector público?

Tesis: “[...] [D]e manera respetuosa, procedo a salvar el voto respecto de la sentencia del 9 de agosto de 2022 en la que la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado unificó jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

(...). Lo anterior, porque estimo que no era posible el descuento de esos emolumentos en virtud de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución ya que ambos conceptos devienen de causas diferentes: uno se reconoce por la prestación personal y efectiva del servicio dentro del sector público; el otro se reconoce a título de indemnización por el acto declarado ilegal. En efecto, al tenor de lo establecido en el artículo 128 superior, “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”. Luego, lo proscrito es recibir dos o más emolumentos cuya fuente u origen sea el ejercicio de empleos

o cargos públicos, lo que explica el por qué se consagran las prohibiciones de (i) desempeñar dos empleos de forma simultánea, y (ii) percibir más de una asignación del Tesoro Público. Esas prohibiciones no se desconocieron en el caso concreto. De una parte, porque la accionante no desempeñó de forma simultánea dos empleos o cargos públicos. Por el contrario, la vinculación con el sector público fue sucedánea teniendo lugar la segunda de ellas en atención a la declaratoria de insubsistencia de la que fue objeto y que motivó el proceso ordinario que dio origen al presente asunto. De otra parte, tampoco podía señalarse válidamente que se percibiera más de una asignación del tesoro pues ello no implica considerar únicamente el origen de los recursos sino, además, la causa, el concepto o el título que sustenta el traslado patrimonial correspondiente: si es la misma se configurará la prohibición,

y en caso contrario no hay lugar a su estructuración. En el caso objeto de examen las causas que dieron lugar al traslado de recursos fueron diferentes. Así, es cierto que a la hoy accionante se le reconocieron (i) valores por concepto de salarios y prestaciones sociales, así como (ii) emolumentos derivados de una sentencia condenatoria por la ilegalidad del acto que la retiró del servicio. No obstante, es claro, en mi sentir, que tales reconocimientos tuvieron causas claramente diferenciables: los salarios y prestaciones sociales lo fueron como contraprestación del servicio que prestó luego de que se vinculó nuevamente al sector público, mientras que los valores por la condena se originaron, precisamente, en la reparación que se ordenó por el juez que anuló el acto de insubsistencia y que, entre otras cosas, se sustenta en el mandato del artículo 90 Superior [...]”.

Salvamento de voto de los consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto y Rafael Francisco Suárez Vargas

La condena impuesta como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia no tiene origen en el ejercicio de un empleo público, sino en el daño causado por el comportamiento irregular de la administración, evidenciado en el acto administrativo que se anula, por lo cual no se incurre en la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política.

Problema jurídico: ¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición de artículo 128 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 19 de la Ley 4.^a de 1992 y reproducido por el artículo 35, numeral 14, de la Ley 734 de 2002, concerniente a que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público y, por tanto, el

fallo de unificación emitido constituye un retroceso respecto de las posiciones sostenidas anteriormente?

Tesis: “[...] [L]a tesis que prohió la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al momento de decidir el presente asunto refleja, de alguna manera, la pretensión de valorar la posición que acogió la Corte Constitucional varios años después sobre la materia, cuando resolvió casos concretos de vulneración de derechos fundamentales. Esta situación refleja la intención respetable de lograr un entendimiento más acoplado entre las altas cortes, pero, al tiempo, pone en riesgo los derroteros que ha propuesto esta corporación con suficiente acierto y fundamento, de manera reiterada, en su doble condición de juez natural y tribunal supremo de lo contencioso

administrativo. En relación con la controversia que fue decidida a través de la sentencia del 9 de agosto de 2022, en efecto, el artículo 128 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 19 de la Ley 4.^a de 1992 y reproducido por el artículo 35, numeral 14, de la Ley 734 de 2002, establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público. Ahora bien, en el supuesto de hecho de la señora (...), a nuestro juicio no se configura dicha prohibición por lo siguiente: i) La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que la referida norma constitucional proscribe la percepción de «[...] dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, en este sentido, la norma comprende dos prohibiciones: i) desempeñar dos empleos de forma simultánea y ii) recibir más de una asignación del tesoro público». Dentro de ese contexto, resulta claro, en primer lugar, que la señora (...) no desempeñó dos cargos públicos de manera simultánea, pues fue desvinculada de uno de ellos, razón que motivó el ejercicio del derecho de acción. En segundo lugar, la condena impuesta como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia no tiene origen en el ejercicio de un empleo público, sino en el daño causado por el comportamiento irregular de la administración, evidenciado en el acto administrativo que se anula. Por consiguiente, uno y otro concepto tienen fuentes distintas, por lo cual no se incurre en la prohibición que prevé el artículo 128 de la Constitución Política. ii) El valor que

se reconoce a favor de la parte demandante es una verdadera indemnización, ya que su objeto es resarcir los perjuicios que le fueron causados (...) con la decisión ilegal de retiro. Sobre el particular, para efectos de calcular el monto de la condena, se toman como referencia las sumas que la empleada dejó de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales. No se trata de un restablecimiento del derecho, figura que implica hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la desvinculación, pues en ese escenario habría que considerar que debió haberse prestado un servicio personal a favor del Estado para que se causaran los salarios y las prestaciones sociales. Y si el monto de la condena se reconoce por esos conceptos y no como una indemnización, sí podría generarse un enriquecimiento sin justa causa, en perjuicio del erario, pues el Estado estaría pagando la remuneración a un empleado que no ejerció el cargo materialmente. (...) El fallo de unificación del 9 de agosto de 2022, que adoptó la tesis desarrollada por la Corte Constitucional, genera la sensación de que hubo un retroceso en las conquistas laborales que había logrado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante las sentencias del 28 de julio de 1996 y del 29 de enero de 2008, principalmente. Con ello se ven menguadas instituciones tan importantes como el valor de la justicia, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia laboral, la condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado y el principio de responsabilidad del Estado, como garantía del estado de derecho [...]”.

El pago de salarios y prestaciones dejados de recibir por un empleado público hasta el momento en que sean reconocidos sus derechos en sede judicial corresponde a una indemnización de perjuicios teniendo en cuenta los efectos ex tunc de la sentencia que los reconoce.

Problema jurídico: ¿El pago de salarios y prestaciones dejados de recibir por un empleado público hasta el momento en que sean reconocidos sus derechos de manera judicial no se trata de un restablecimiento del derecho, sino de una indemnización de perjuicios?

Tesis: “[...] [A]unque estoy de acuerdo con lo decidido por la Sala Plena, aclaro mi voto en el sentido que estimo que el pago de salarios y prestaciones dejados de recibir por un empleado público hasta el momento en que sean reconocidos sus derechos de manera judicial, no se trata de un restablecimiento del derecho, sino de una indemnización de perjuicios. Lo anterior, teniendo en cuenta los efectos ex tunc de

la sentencia que los reconoce, ya que el derecho que tiene un trabajador de recibir un salario se deriva de la prestación efectiva de sus servicios, lo que conlleva que en esos casos el derecho se restablece con el reintegro al cargo, y, frente al período en el que no estuvo vinculado, lo procedente es la indemnización, que es el equivalente a los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirado y hasta la fecha en el que se vincula a cualquier otro cargo, público o privado, o se cumpla el término que ha previsto la Corte Constitucional como el máximo cesante, momento a partir del cual desaparece el perjuicio que ocasionó el Estado con la desvinculación [...]”.

Salvamento de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra Martínez

La sala plena no tenía competencia para unificar su jurisprudencia en relación con la procedencia o no de los descuentos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad.

Problema jurídico: ¿La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado tenía competencia para unificar su jurisprudencia en relación con la procedencia o no de los descuentos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, considerando que no existía una sentencia de unificación aplicable a los supuestos fácticos del recurso extraordinario presentado?

Tesis: “[...] [E]l caso materia de este proceso, la demandante no ostentaba derechos de carrera administrativa, pues, su vinculación con el régimen de función pública era a título precario, a través de un nombramiento en provisionalidad, de allí que los supuestos fácticos no son idénticos ni similares a los juzgados en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, exp.

76001-23-31-000-2000-02046-02. Los nombramientos en provisionalidad no pueden ser equiparados, de ningún modo, a los de vinculación a empleos de carrera administrativa debido a que aquellos no tienen vocación de permanencia, son excepcionales, son residuales, están sujetos a un factor de temporalidad y generan un vínculo precario con el Estado. Así las cosas, la ratio decidendi de la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008 no es extensiva de los nombramientos en provisionalidad por cuanto los hechos materialmente relevantes que fueron objeto de juzgamiento por la Sala en esa precisa oportunidad versan sobre cargos de carrera administrativa. Por consiguiente, los hechos o supuestos fácticos de este caso concreto son completa y sustancialmente diferentes dado que el factor de permanencia, la estabilidad y el vínculo con el Estado son esencialmente distintos entre el empleo perteneciente al sistema de carrera administrativa y el vínculo determinado por un nombramiento en provisionalidad. En esa perspectiva, considero respetuosamente que la Sala debió limitarse a declarar infundado

el recurso extraordinario de unificación porque la sentencia de 29 de enero de 2008, exp. 76001-23-31-000-2000-02046-02 no tenía fuerza vinculante de precedente frente al supuesto de hecho objeto de juzgamiento en esta oportunidad y, por lo tanto, el Tribunal Administrativo de Santander podía autónomamente aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias SU-691 de 2011 y SU-556 de 2014 sin que esta circunstancia configurara un desconocimiento o trasgresión del precedente fijado por esta Corporación. En otros términos, la Sala no tenía competencia para unificar su jurisprudencia en relación con la procedencia o no de los descuentos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, de allí que, insisto, se debió rechazar de plano el recurso o simplemente declararlo infundado porque el Tribunal Administrativo de Santander podía apartarse libremente de la jurisprudencia de esta Corporación, dado que la sentencia de 2008 versaba sobre nombramientos en propiedad en el sistema de carrera [...]”.

Salvamento de voto consejera María Adriana Marín

Por el carácter indemnizatorio del pago de lo dejado de percibir por un empleado vinculado en provisionalidad, cuyo acto administrativo de retiro fue anulado en sede judicial, no comporta la vulneración de la limitación constitucional de recibir más de una asignación del tesoro público frente al pago de salarios y prestaciones sociales por el desempeño de un cargo público.

Problema jurídico: ¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público en tanto que el pago de lo dejado de percibir por un empleado vinculado en provisionalidad, cuyo acto administrativo de retiro fue anulado, tiene un carácter indemnizatorio?

Tesis: “[...] [D]isiento de este tipo de descuentos ordenado de manera general, porque considero que deben distinguirse los eventos en los cuales se produce un restablecimiento del derecho de aquellos en los que se reconoce una indemnización, por no ser posible dicho restablecimiento. En efecto, la consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto de insubsistencia debe ser la reversión de la situación, a fin de dejar indemne al servidor público que se ha visto afectado por un retiro ilegal. El efecto extunc de la declaratoria de nulidad implica retrotraer la situación al mismo momento de la expedición del acto administrativo irregular y, siendo este el efecto de la nulidad, es necesario

que el restablecimiento consecuencial tenga este mismo alcance. Si el restablecimiento del derecho consiste en volver las cosas al estado anterior a la expedición de dicho acto, esto es, el reintegro al cargo que ha dejado de ocupar el servidor, por obra de la decisión ilegal, y el pago de los salarios y prestaciones que dejó de percibir durante el mismo término, sí deben descontarse las sumas que el empleado hubiera percibido en otro empleo público, porque la ficción que en tal caso se hace es la de que ese servidor siempre estuvo vinculado a la entidad de la que fue retirado ilegalmente y, por tanto, no sería posible que hubiera percibido una doble asignación del Tesoro Público, porque esto generaría no solo un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior. Pero, en los eventos en los que dicho restablecimiento no sea posible, la declaratoria de nulidad del acto debe ser fuente de reparación, la cual debería ser fijada por el Legislador, tal como lo hizo tratándose de los servidores del sector privado (art. 64 CST). Para tal efecto, deberán tenerse en cuenta el tiempo de servicios, el momento en el cual el cargo fue provisto en carrera, o la ocurrencia de alguna de las causales de retiro del servicio (art. 41 Ley 909 de 2004). (...) Dicha indemnización sí resulta, a mi juicio, perfectamente compatible con los salarios que pudiera haber percibido la persona en el sector público o privado, porque no corresponden al pago de una prestación laboral, o mejor, a la ficción de que estuvo laborando todo el tiempo de la desvinculación, sino a la reparación por un daño antijurídico, derivado de una decisión ile-

gal. En este último evento no resulta procedente indagar si la persona continuó o no desarrollando una actividad productiva, luego de que fuera ilegalmente retirada del cargo, porque -se insiste- bien pueden acumularse las sumas que le fueron reconocidas como compensación, por haber sido víctima de una actuación ilegal de la administración, sin posibilidad del restablecimiento, con aquellas generadas por el ejercicio de una actividad productiva. Seguir en todos los casos la línea de pensamiento de la mayoría, lleva al extremo de no conceder efecto alguno a la declaración de nulidad del acto ilegal, solo porque el ex servidor mantuvo o mejoró su vida laboral. Esto supone favorecer a quien actuó ilegalmente, a costa del sacrificio de quien resultó afectado con la conducta ilegal. Con esa decisión no se cumple el efecto corrector de la conducta de la administración, que es una de las finalidades de las sentencias condenatorias ni el principio de reparación integral, que se impone en todo proceso judicial (artículo 16 de la Ley 446 de 1998). Disponer el descuento de lo percibido en un cargo público (o privado), de la indemnización concedida a la persona que fue retirado ilegalmente del servicio y a quien no fue posible restablecer su derecho, representa, además, un llamado a la inactividad de la víctima, quien, para ver satisfecho su derecho a la indemnización debe desatender su deber de “autosostenimiento” y trasladar a otros esa carga, o constituye un privilegio de quienes cuentan con recursos suficientes para permanecer inactivos mientras se define el proceso, lo cual constituye un trato claramente discriminatorio [...]”.

La regla de unificación adoptada por la sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, acerca de la procedencia de los descuentos de la sentencia condenatoria como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de insubsistencia de un empleado en provisionalidad, debe tener en cuenta las excepciones a las asignaciones señaladas en la ley.

Problema jurídico: ¿La regla de unificación adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre la procedencia de los descuentos indicados deben tener en cuenta las excepciones a las asignaciones señaladas en la ley?

Tesis: “[...] [A]tendiendo a que esta Corporación ha considerado que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide que se devenguen dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, excep-

tuando las asignaciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4ª. Considero respetuosamente que la regla de unificación adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre la procedencia de los descuentos indicados supra, deben tener en cuenta las excepciones a las asignaciones señaladas en la Ley. Asimismo, considero respetuosamente que los efectos retrospectivos de la sentencia de unificación son vinculantes y obligatorios únicamente para los casos pendientes de decisión en vía judicial a través de acciones ordinarias [...]”.

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

El pago de lo dejado de percibir como consecuencia de la nulidad del acto de retiro del servicio del empleado vinculado en provisionalidad tiene carácter indemnizatorio.

Problema jurídico: ¿El pago de lo dejado de percibir por un empleado vinculado en provisionalidad, cuyo acto administrativo de retiro fue anulado, tiene un carácter indemnizatorio?

Tesis: [...] [E]stimo que para los precisos efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo que dispone el retiro del servicio de un empleado vinculado en provisionalidad, el pago de lo dejado de percibir tiene un alcance indemniza-

torio, pues, como ya se dijo, su vínculo legal reglamentario es precario. Así mismo, considero que, si el demandante estuvo vinculado en otro cargo público, el pago de los emolumentos dejados de percibir en el empleo en provisionalidad no puede constituir una doble asignación, pues la fuente es una sentencia judicial y, como se dijo, ante un eventual reintegro no deviene el derecho a permanecer en el cargo en forma indefinida [...]”.

Procedencia del recurso extraordinario de revisión de las decisiones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación contra servidores públicos de elección popular

Recurso extraordinario de revisión de las decisiones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación contra servidores públicos de elección popular. Excepciones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las disposiciones que regularon el recurso. No avoca conocimiento del recurso extraordinario de revisión.

RADICADO: 11001-03-15-000-2023-00871-00

FECHA: 19/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Esther María Jalilie García

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Recurso extraordinario de revisión

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Resulta procedente avocar el conocimiento del recurso extraordinario de revisión propuesto, a pesar de que las disposiciones contenidas en los artículos 54 a 60 de la Ley 2094 de 2021 son contrarias al ordenamiento jurídico superior por desconocer los artículos 8.1, 23.2 y 68.1 de la CADH, por desatender la decisión adoptada por la Corte IDH en el Caso Petro Urrego vs. Colombia y, finalmente, por violar los artículos 4, 6, 13, 29, 31, 93, 113, 121, 123, 152-b, 229, 237, 238, 277-6 y 278-1 de la Constitución?

Tesis 1: “[...] En opinión del despacho, las precitadas disposiciones son violatorias de los artículos 8.1 y 23.2 de la CADH; contrarias a la

decisión adoptada por la Corte IDH en el Caso Petro Urrego vs. Colombia y por lo mismo transgreden el artículo 68.1 de la mencionada convención; y por último, violan los artículos 4, 6, 13, 29, 31, 93, 113, 121, 123, 152-b, 229, 237, 238, 277-6 y 278-1 de la Constitución. Lo anterior, por las siguientes razones: (i) Por desconocer los estándares convencionales plasmados en la CADH y en las sentencias proferidas por la Corte IDH; (ii) Por desconocer el principio constitucional de separación de poderes y asignarle al Consejo de Estado funciones distintas de las que la Constitución y la ley estatutaria de administración de justicia le atribuyen; (iii) Por haber sido expedida pretermitiendo el trámite definido para la aprobación de leyes esta-

tutarias; y (iv) Por violar algunas de las garantías inherentes al debido proceso. [...] En lo que tiene que ver con el examen de constitucionalidad de la Ley 2094 de 2021 y más específicamente con la trasgresión del artículo 29 de nuestra Carta Política, el despacho observa que, si bien la Corte Constitucional encontró que la Ley en cuestión es exequible por el hecho de garantizar el derecho al “juez natural”, en realidad no realizó un examen total de constitucionalidad, de cara a las demás garantías procesales inherentes al debido proceso, dejando abierta la posibilidad de realizar un juicio autónomo y adicional frente a ellas [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La ley 2094 de 2021 entra en contradicción con los estándares definidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y las decisiones por ella proferida en relación con la sanción de funcionarios de elección popular por parte de autoridades administrativa?

Tesis 2: “[...] El primer reparo que desde el punto de vista de la convencionalidad puede formularse al recurso extraordinario de revisión previsto en la Ley 2094 de 2021, se funda en el hecho de que nuestro país se encuentre pendiente de dar cabal y estricto cumplimiento a la decisión adoptada por la Corte IDH en el caso Petro, en la cual se condenó a Colombia por la violación de los artículos 2, 8.1 y 23.2 de la Convención, bajo la consideración de que la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para destituir o inhabilitar a servidores públicos de elección popular. A pesar de la fallida intención del Congreso de convertir a la Procuraduría General de la Nación en un organismo de linaje jurisdiccional y de revestir sus decisiones bajo el ropaje de sentencias judiciales, lo real y cierto es que, al emitirse las órdenes contenidas en la Sentencia C-030 de 2023 de la Corte Constitucional, quedó latente la posibilidad de que esa entidad administrativa continúe sancionando disciplinariamente a los servidores

públicos de elección popular a través de actos administrativos, en evidente contradicción con los estándares definidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Sentencia dictada en el caso Petro, en donde de manera expresa se señala que “...las funciones disciplinarias que ejerce la Procuraduría General de la Nación son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.” [...] al haber resultado fallido el intento de ajuste normativo que pretendió hacerse a través de la Ley 2094 de 2021, este despacho entiende que, ese plazo razonable aún sigue vigente, hasta tanto el Congreso de la República atienda el exhorto formulado por la Corte Constitucional en su sentencia C-030 de 2023, en el sentido de adoptar el estatuto de los servidores públicos de elección popular, en el que se incluya el régimen disciplinario especial, “...que materialice los más altos estándares nacionales e internacionales en materia de protección y garantía de los derechos políticos y electorales.” El hecho de que Colombia aún esté a tiempo para dar cumplimiento a sus compromisos internacionales, ello no significa en modo alguno que no estemos en presencia de un “estado de cosas inconvencional”, que podría acentuarse y prolongarse al darle trámite a un recurso extraordinario de revisión creado por una ley que según lo expresado por la Corte IDH, no satisface a cabalidad los estándares convencionales. [...] En ese horizonte, el recurso extraordinario de revisión tantas veces aludido, no puede ser empleado para acometer la revisión de unos actos administrativos sancionatorios, por cuanto ello entrañaría una convalidación de la legalidad de ese tipo de actuaciones y decisiones, de espaldas al régimen jurídico del sistema interamericano y de los estándares convencionales desarrollados por la Corte IDH. Además de los argumentos que anteceden, no se puede soslayar que el incumplimiento de una sentencia dictada por la Corte IDH por parte del Estado, constituye una vulneración de derechos fundamenta-

les, tal como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional en las Sentencias T-367 de 2010, T- 653 de 2012, T-564 de 2016, T-327 de 2004 y T-585A de 2011. Mirando el caso desde el balcón de la convencionalidad, cabe hacer otro reparo a los artículos 54 a 60 de la Ley 2094 de 2021, el cual tiene que ver con el desconocimiento de las garantías convencionales de la doble instancia y la doble conformidad que están contempladas en el artículo 8.1 de la CADH y que se extrañan en esa ley. En efecto, las precisadas normas legales, en su contenido y alcance actual, resultantes ambos de las decisiones e interpretaciones condicionadas contenidas en la sentencia C-030 de 2023, no tienen prevista la posibilidad de cuestionar en una segunda instancia las decisiones sancionatorias proferidas contra servidores públicos de elección popular, por cuanto el trámite del recurso extraordinario de revisión que se regula en los artículos 54 a 60 de la Ley 2094 de 2021, es de única instancia. Lo anterior es de suyo contradictorio, pues la Sentencia proferida en el caso Petro Urrego vs. Colombia, apunta precisamente a la ampliación de las garantías procesales para los servidores públicos elegidos popularmente, propósito que no satisfacen las disposiciones de la Ley 2094 de 2021, todo lo cual se aparta de los estándares mínimos de protección adoptados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. No sobra poner de relieve, que la decisión adoptada en este caso por la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular de la Procuraduría General de la Nación, no puede ser considerada como una decisión judicial de primera instancia, toda vez que la misma sentencia C-030 de 2023 le quitó el carácter jurisdiccional, restituyéndole su tradicional carácter de acto administrativo [...]”.

Problema jurídico 3: ¿La Ley 2094 de 2021 desconoce el principio constitucional de separación de poderes?

Tesis 3: “[...] el principio de separación de poderes no es absoluto en el derecho nacional y que bajo determinadas circunstancias, es totalmente admisible que en función de la colaboración armónica de que trata el artículo 113 constitucional y de la realización de los fines esenciales del Estado, algunas autoridades puedan ejercer otras funciones distintas de las que corresponden al giro ordinario de las tareas y responsabilidades asignadas a la rama del poder u órgano de que se trate. En todo caso, no puede perderse de vista que esas funciones deben estar debidamente establecidas en la Constitución o en la Ley. [...] No es preciso realizar sofisticados ejercicios hermenéuticos para hacer notar, que a partir de las disposiciones de la Ley 2094 de 2021, el Consejo de Estado pasa de ser una autoridad judicial de las reguladas en el Título VIII de la Constitución Política, para convertirse en la práctica en un organismo de control de los regulados en el Título X de la misma Carta, al depositarse en sus manos la delicada responsabilidad de adoptar las decisiones definitivas al interior de los procesos disciplinarios, con lo cual se está quebrando la arquitectura organizacional del Estado colombiano y vaciando de contenido la potestad disciplinaria asignada al Procurador General. El hecho de convertir al Consejo de Estado en copartícipe de las decisiones disciplinarias, viola de manera flagrante la Constitución Política de Colombia y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, pues el papel que está llamado a cumplir esta colegiatura no es otro distinto al de ejercer el control de legalidad de las actuaciones de la administración y no propiamente el de fungir como última instancia dentro del proceso disciplinario, pues ni la Constitución ni la ley Estatutaria de Administración de Justicia le atribuyen ese tipo de competencias. Por contera, una Ley “ordinaria” como la 2094 de 2021, no puede modificar las disposiciones constitucionales y estatutarias, ni convertir al Consejo de Estado en un orga-

nismo de control, ya que eso resulta contrario al principio de separación de poderes. Al fin y al cabo, una cosa es la revisión de una decisión disciplinaria y otra muy distinta su adopción, más aún cuando ninguna de las disposiciones que delimitan el quehacer de la jurisdicción, le atribuyen al Consejo de Estado esas funciones de naturaleza disciplinaria. La nueva responsabilidad que le suma la Ley 2094 al Consejo de Estado, para que sus magistrados funjan como operadores disciplinarios, riñe abiertamente con el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo definido en el artículo 104 del CPACA, y que se contrae a la solución de “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. Cabe aquí una reflexión adicional, para señalar que en ese contexto normativo el Consejo de Estado no estaría actuando realmente como juez competente, sino como un organismo de control disciplinario, cuya intervención tendría como único propósito convalidar las decisiones sancionatorias adoptadas por una autoridad administrativa, cuya intervención se encuentra proscrita por las disposiciones de la CADH y vedada por la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH cuando se trate de sancionar con destitución o inhabilidad la conducta oficial de los servidores públicos de elección popular [...].”

Problema jurídico 4: ¿La ley 2094 de 2021 transgrede la Constitución Política por haber sido expedida pretermitiendo el trámite definido para la aprobación de leyes estatutarias?

Tesis 4: “[...] En el asunto que ocupa la atención del Despacho, se observa que el aludido mandato superior fue totalmente soslayado, pues cuando la Ley 2094 de 2021 le asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo atribuciones que son propias de la autoridad disciplinaria,

no solamente está modificando a través de una ley ordinaria las competencias previstas para el Consejo de Estado en el artículo 237 de la Carta, sino también el plexo de atribuciones consagradas y detalladas en los artículos 34 y 39 de la Ley 270 de 1996, “Estatutaria de la Administración de Justicia”. De acuerdo con lo anterior, el hecho de haberse pretermitido el trámite de ley estatutaria regulado en el artículo 153 de la Constitución en el proceso de aprobación de la Ley 2094 de 2021, vicia totalmente sus disposiciones y las hace constitucionalmente inaplicables. A juicio del Despacho, no resulta ocioso agregar, que si bien el ordinal 2º del artículo 150 de la Constitución faculta expresamente al Congreso de la República para “Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”, en este caso lo que hizo el legislador no fue propiamente expedir un código y tampoco se limitó a modificar el estatuto procesal disciplinario entonces vigente, pues fue mucho más allá al alterar los roles y la naturaleza jurídica que la Constitución y la Ley le asignan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la Procuraduría General de la Nación”.

Problema jurídico 5: ¿La ley 2094 de 2021 viola algunas de las garantías inherentes al debido proceso de los servidores públicos de elección popular?

Tesis 5: “[...] Una lectura desprevenida de los artículos 54 a 60 de la Ley 2094 de 2021, nos pone en evidencia que el recurso extraordinario de revisión regulado en esa preceptiva, si bien fue instituido por el legislador con la finalidad de ampliar el acervo de garantías procesales para los disciplinados, en realidad produce en la práctica el efecto totalmente contrario, pues desde todo punto de vista, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como medio idóneo para la impugnación de las decisiones disciplinarias, en realidad ofrece mayores oportunidades de

contradicción y de defensa que las que pueden darse en el trámite del recurso extraordinario de revisión mencionado en esta providencia. [...] vale la pena llamar la atención sobre un asunto de especial relevancia y es el relativo a las oportunidades de audiencia y de defensa. Si bien la Ley 2094 de 2021 le permite al disciplinado promover la revisión por las causales taxativamente establecidas en sus normas, en realidad está siendo sometido a un tratamiento desfavorable y discriminatorio en cuanto se refiere a los términos y oportunidades para ejercer los derechos de audiencia y de defensa del que disponen los demás disciplinados a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues mientras estos cuentan con cuatro (4) meses para presentar la demanda en los términos del artículo 164 del CPACA, los servidores públicos de elección popular sancionados por la Procuraduría solamente disponen de 30 días para presentar el recurso de revisión, lo cual reduce de manera bastante significativa la posibilidad de estructurar su defensa, recaudar las pruebas que se pretendan hacer valer, en particular, la que se menciona en el numeral 6 del artículo 238 C, relacionada con los documentos encontrados o recobrados después de dictada la decisión, que no necesariamente van a ser conocidos por el disciplinado en el corto término de 30 días. El principio de igualdad material, supone que se dispense un trato igual en situaciones idénticas; no obstante, vemos aquí como se da un tratamiento diferenciado a las personas elegidas popularmente, que menoscaba su derecho de defensa. En aquellos eventos en los cuales el conocimiento de los asuntos llegue a la jurisdicción de manera automática e inmediata, se le está coartando al disciplinado la posibilidad de intervenir en la estructuración de los extremos de la litis y se está suprimiendo el derecho que tiene de proponer cargos contra la decisión que le es adversa, a lo cual se suma también la im-

posibilidad de aclarar, modificar o adicionar la demanda y ejercer los derechos y garantías inherentes al juicio en audiencias, tales como la fijación del litigio, el saneamiento del proceso, la práctica de pruebas y su contradicción, presentar alegatos de conclusión y la interposición de los recursos previstos en el CPACA. Si bien la Ley 2094 de 2021, en la interpretación que de ella ha hecho la Corte Constitucional, le da al disciplinado la alternativa de intervenir en el trámite del recurso extraordinario de revisión con todas las garantías que son propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cierto es que ese propósito es de suyo irrealizable, si se tiene en cuenta que por expresa disposición legal, el trámite no puede superar los seis meses. De lo planteado se concluye que estamos en presencia de una violación patente del principio de igualdad procesal, pues no hay ninguna razón valedera, que sea constitucionalmente admisible, para justificar que el juzgamiento de las decisiones disciplinarias proferidas en contra de servidores públicos de elección popular, tenga un procedimiento extremadamente abreviado y sumario, mucho menos garantista que el que se aplica a otros disciplinados que no tienen esa misma condición. Así las cosas, el procedimiento de revisión ad hoc previsto para ejercer el control automático e inmediato de legalidad de los actos sancionatorios, no puede sostenerse desde la óptica del derecho constitucional ni convencional. Por contera, la normatividad prevista en la Ley 2094 de 2021, propicia un estado de cosas contrario a la Carta Política y a la CADH, al disponer la suspensión de los procesos contenciosos a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo trámite y decisión constituyen su objeto jurisdiccional y la verdadera razón de ser de su existencia, para privilegiar el trámite y decisión de los recursos extraordinarios de revisión tantas veces aludidos en esta providencia. [...]”.

“[...] El suscrito magistrado sustanciador estima pertinente indicar que en ocasiones anteriores hizo pronunciamientos de fondo en algunos procesos en los cuales se discutía la legalidad de sanciones disciplinarias impuestas a servidores públicos de elección popular¹² sosteniendo en ellos un criterio diferente al que ahora se expone, pues para aquel entonces, aún se encontraba vigente la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional plasmada en las sentencias SU 712-2013, SU 355-2015, C-500-2014, SU-355/15, C-111-2019 y C-101-2018, en las que se reconoció validez constitucional a la potestad del Procurador General y de sus delegados para adelantar investigaciones e imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos de elección

popular, con fundamento en lo previsto en los artículos 277-6 y 278.1 de la Constitución Política de 1991. Si bien este caso alude a la misma materia, es claro que estamos en presencia de “un nuevo contexto normativo y de valoración constitucional, por la adopción legal de un renovado modelo disciplinario y por los cambios relevantes que han operado en los precedentes nacionales e interamericanos sobre el alcance de la protección al derecho político a elegir y ser elegido”, tal como lo destaca el comunicado de prensa emanado de la Presidencia de la Corte Constitucional del pasado 16 de febrero, con el cual se dieron a conocer algunos pormenores del fallo adoptado por esa colegiatura en el expediente de constitucionalidad D-14.503. [...]”

Facultad del juez popular para dejar sin efectos actos administrativos de naturaleza privada

Se sienta jurisprudencia sobre la facultad del juez popular para dejar sin efectos actos administrativos de naturaleza privada. Fuero de atracción. Sociedad de economía mixta Carnaval de Barranquilla S.A. El juez popular no tiene competencia para declarar la nulidad de actos administrativos. Protección del derecho colectivo al patrimonio cultural y público de la Nación. Reiteración jurisprudencial.

RADICADO: 08001-33-31-006-2007-00010-01[AP] REV

FECHA: 5/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Marcio Melgosa Torraró y otros

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Revisión eventual

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1 : ¿El juez popular tiene facultades para dejar sin efectos actos administrativos de naturaleza privada?

Tesis 1 : “[...] la Sala puede concluir que la acción popular, en el Estado Social de Derecho, debe gozar de total efectividad para la protección de los derechos e intereses colectivos, frente a los cuales todas las personas tienen el deber de cuidar y proteger, no solo a través del ejercicio del medio de control constitucional, ante su amenaza o violación, sino en el desarrollo de sus propias actividades, bien sea como autoridades públicas o como particulares. Para la efectividad de esta acción, la ley otorga al juez popular la potestad de utilizar un gran número de medidas que permiten garantizar y asegurar una verdadera tutela judi-

cial de protección y salvaguarda de los derechos e intereses colectivos que se encuentren en amenaza o vulneración. En este sentido, y para efectos de la presente revisión eventual, la Sala Especial de Decisión precisa las siguientes reglas de jurisprudencia: Si en una acción popular de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contra una entidad de derecho público, se acusa o responsabiliza a un particular o persona de derecho privado, de manera solidaria o conjunta de la amenaza o violación de algún derecho o interés colectivo, esta jurisdicción tendrá competencia para decidir la acción popular respecto de todos los enjuiciados, en virtud del fuero de atracción. Esta prórroga de competencia, [...] incluye, no solo las actividades de las personas de derecho privado, sino frente a aquellas enti-

dades que pertenecen a la administración pero cuyos actos se rigen por el derecho privado. En las acciones populares, de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se pruebe que la amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos fue causada por la actividad de un particular o persona que se rija por el derecho privado, el juez popular, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 puede dar órdenes de (a) hacer o no hacer, (b) condenar al pago de perjuicios, cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y (c) exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, cuando es físicamente posible; o, como lo señala el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tomar las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, teniendo en cuenta para tomar la decisión, que sus poderes no son absolutos o ilimitados y que las medidas que se tomen deben ser efectivas para la protección de los derechos colectivos, pero prudentes y proporcionadas al fin que se persiguen, sin invadir la órbita de otras acciones, ni las competencias de otros órganos o jurisdicciones. 115. Bajo los anteriores criterios, esta Sala Especial de Decisión abordará el estudio de lo resuelto por el Tribunal Administrativo del Atlántico para examinar si el fallo que se revisa está acorde con los temas aquí precisados o si resulta contrario a los mismos, caso en el cual, se dejaría sin efectos y se proferiría una nueva decisión que se ajuste a los criterios unificados. Como se observa el juez de instancia, en los numerales 1, 2, 3, 4, 7 y 8 tomó medidas tanto frente a decisiones de

entidades de derecho público (Distrito de Barranquilla y Sociedad de Economía Mixta Carnaval de Barranquilla S.A.), como de personas jurídicas de derecho privado (Fundación Carnaval de Barranquilla), sobre lo cual, advierte la Sala, que la jurisdicción tiene plena competencia para dicho proceder, por virtud de los artículos 9 y 15 de la Ley 472 de 1998 y del fuero de atracción, como quedó precisado en las reglas de jurisprudencia que se plasmaron en el capítulo anterior. 118. Ahora bien, frente a las decisiones de: (i) inaplicar el literal b del artículo sexto del Acuerdo No. 033 de 1991; (ii) dejar sin efecto la decisión de la Asamblea de Accionistas de la sociedad Carnaval de Barranquilla que dispuso la disminución de la participación accionaria del Distrito; (iii) dejar sin efecto la decisión de la Junta Directiva de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A que autorizó la constitución de la Fundación Carnaval de Barranquilla; y (iv) dejar sin efecto el convenio de operación de diciembre de 1997 suscrito entre la sociedad de economía mixta Carnaval de Barranquilla y la Fundación Carnaval de Barranquilla, se cuestiona por la sociedad Carnaval de Barranquilla que las órdenes emitidas son, en realidad, la anulación de tales actos, afirmación que la Sala no comparte por lo que se dirá a continuación. Es abundante la jurisprudencia que ha señalado que los efectos que surgen de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son diferentes a aquellos en que los efectos son suspendidos, pues, en estos eventos, el acto administrativo conserva su legalidad, afectándose en su eficacia o “carácter ejecutorio” es decir, el acto es válido pero no ejecutable. (...) La presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos solo puede ser desvirtuada mediante las acciones de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho y ser declarada por un juez de lo contencioso administrativo; por ello, el artículo 91 del Código de Procedimiento Ad-

ministrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los casos que la misma disposición enumera. De allí que aun cuando un acto administrativo sea válido en su expedición, puede no estar produciendo efectos, entre otros eventos, por virtud de su suspensión o porque no ha entrado en vigencia. 123. De acuerdo con lo anterior, las órdenes dadas por el Juzgado Sexto Administrativo de Barranquilla y confirmadas por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la sentencia que se revisa, de inaplicar parcialmente un Acuerdo Municipal, o de dejar sin efectos algunas decisiones de la sociedad de economía mixta Carnaval de Barranquilla S.A., no equivale a declarar su nulidad. 124. Las decisiones cuestionadas no están fundadas en la ilegalidad de tales actuaciones, sino en la vulneración de los derechos colectivos que se analizaron en las respectivas instancias. Es decir, estas órdenes no fueron el resultado de un estudio de la legalidad del acto administrativo o de las decisiones del ente societario, hubo respeto por la validez de tales actos. 125. A juicio de la Sala, en el caso concreto, la afectación al patrimonio público como consecuencia de las diferentes reformas al capital societario según decisiones de sus órganos directivos, se mostró, entre otros, por la disminución de la participación del Distrito de Barranquilla en el capital social de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. a un 19,23% cuando debería estar por lo menos en el 45%, independientemente de los aumentos de capital que pudieron producirse. Ello significaba que personas particulares estuvieran manejando recursos que hacen parte del patrimonio cultural de la Nación sin límite. Así mismo, se comprobó la vulneración de este

derecho colectivo por la desproporción entre la concesión otorgada por el municipio de Barranquilla de calles, avenidas y demás espacios públicos y lo percibido por ello, razón por la cual se requería una orden que buscara la garantía de su equilibrio. 126. En este orden de ideas, la Sala considera que las órdenes cuestionadas se ajustaron al criterio unificado que, en esta providencia, se reiteró frente a los actos administrativos y que se sentó frente a los actos de naturaleza privada, pues no se incurrió en usurpación de competencia de otros órganos o de ámbito de otras acciones. Los instrumentos de corrección tomados por el juez popular de instancia son correlativos para la salvaguarda efectiva de los derechos colectivos que encontró vulnerados y están en consonancia con la variedad de medidas que se pueden tomar en virtud del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 para la restitución de los derechos de la colectividad, pues de lo contrario, su protección sería inocua. 127. Igual consideración es predicable de la orden de dejar sin efectos el Convenio de Operación de diciembre de 1997 suscrito entre la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A y la Fundación Carnaval de Barranquilla, y la orden que, en virtud de ese convenio, la Fundación Carnaval de Barranquilla pague a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. el porcentaje acordado en el convenio de operación del 1% de los ingresos brutos, pues, conforme lo considera el Tribunal, esta medida es necesaria para garantizar la protección de los derechos colectivos invocados en la demanda, como quiera que está demostrado que existe la tendencia de entregar el control del Carnaval a manos de los particulares y que, mientras existe el Convenio, no se cumple con la obligación de trasladar el 1% de los ingresos brutos percibidos en desarrollo de las actividades y eventos del Carnaval organizados por la Fundación, amén de que su explotación comercial no tiene justificación si no marcha en

armonía con la especial protección que debe prestarse a ese patrimonio cultural.¹²⁸ A juicio de la Sala, estas medidas están en consonancia con las autorizadas por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, en los términos de la regla jurisprudencial [...].”

Problema jurídico 2: ¿El juez de la acción popular tiene competencia para declarar la nulidad de actos administrativos?

Tesis 2: “[...] El Propósito que tuvo la Sección Segunda de la Corporación al seleccionar el presente caso para revisión fue unificar la jurisprudencia frente a la posibilidad del juez de la acción popular para anular actos administrativos, debido a que, para ese entonces, sobre dicha facultad existía disparidad de criterios al interior del Consejo de Estado. (...) conforme a la tesis de unificación sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

que esta Sala Especial de Decisión reitera y aplica a este caso con el fin de mantener la univocidad de la jurisprudencia, se precisa que cuando la amenaza o vulneración de derechos o intereses colectivos sea causada por un acto administrativo, el juez popular puede adoptar las medidas necesarias que considere para hacer cesar la amenaza o vulneración de tales derechos colectivos, sin que tenga la facultad o competencia para declarar la nulidad del mismo, pues, en virtud del principio de legalidad, la competencia de anular actos administrativos corresponde al juez contencioso en el marco de las acciones ordinarias previstas en la ley. Esta imposibilidad de anulación no le resta efectividad a la acción popular, porque, como se dijo, el juez tiene a su alcance la facultad de dictar todas las órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes para proteger el derecho colectivo [...]”.

Salvamento de voto de Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz

Problema jurídico: ¿El juez popular cuenta con facultades para ejercer control sobre los actos administrativos proferidos por particulares?

Tesis: “No comparto la decisión adoptada el 5 de mayo de 2020 mediante la cual se confirmó el fallo de segunda instancia que se ordenó la protección del derecho colectivo al patrimonio cultural y público de la Nación y, en consecuencia, se dejaron sin efectos distintos actos administrativos y actos jurídicos proferidos por particulares relacionados con la realización del Carnaval de Barranquilla. En su lugar, considero que la Sala debió revocar la sentencia de segunda instancia y negar las pretensiones de

la demanda porque: 1.- De acuerdo con la sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018, el juez de la acción popular no puede declarar la nulidad de actos administrativos ni adoptar decisiones u órdenes que impliquen pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos. 2.- Los mismos argumentos expuestos en la sentencia de unificación del 13 de febrero de 2018 para impedir que el juez de la acción popular se pronuncie sobre la anulación o legalidad de actos administrativos deben extenderse al control de actos proferidos por particulares. En ese sentido, el juez de la acción popular no puede reemplazar al juez natural que tenga asignado su control”.

ASIGNACIONES Y PENSIONES

Pensión de jubilación

393

El tiempo de servicio computado al personal civil del Ministerio de Defensa para el reconocimiento de la pensión de jubilación no puede ser tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro.

RADICADO: 25000-23-25-000-2011-00040-01 [3823-2014]

FECHA: 09/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Rosa Elena Tovar García

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Para efectos del reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, resulta viable acumular el tiempo laborado como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el servido a la fuerza pública como militar, a pesar de que este último fue tenido en cuenta para el reconocimiento de asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares?

Tesis: “[P]ara el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en el tiempo servido como civil, no es viable computar el tiempo servido como militar cuando fue tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, por cuanto el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, expresamente señala que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por tiempo continuo, el empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional debe acreditar 20 años de servicio continuo a

éstas instituciones, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por 24 meses, prestado en cualquier tiempo; siempre y cuando la vinculación a la justicia penal militar haya sido anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. (...) Así las cosas, para el 1º de abril de 1994, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993 la demandante se encontraba en servicio como militar, luego era beneficiaria del régimen exceptuado, tal como fue tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2008 por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que en todo caso no es factible computar nuevamente para acceder a un reconocimiento pensional que no es propio de dicho tiempo. En estas condiciones la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia recurrida, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda [...]”.

No se puede derivar una doble erogación del tesoro público en la pensión de jubilación reconocida por el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena) sujeta a condición resolutoria.

RADICADO: 17001-23-33-000-2012-00315-01[1534-2014]

FECHA: 18/05/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Gabriel José González Hurtado

DEMANDADO: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se ajusta al derecho la decisión del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) de reconocer la pensión de jubilación al demandante y condicionar su pago hasta el día que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) otorgue a este la pensión de vejez, así como el declarar pérdida de ejecutoria de la decisión y negar la restitución de los dineros reembolsados por los meses que recibió doble mesada pensional?

Tesis: “[E]l SENA tenía la facultad legal para reconocer la pensión de jubilación al actor, por medio de la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, de la secretaría general, y, más adelante, declarar la pérdida de ejecutoria de esta, a través de la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, con fundamento en el numeral 4 del artículo 66 del CCA, hoy 91 del CPACA, cuando el ISS le reconoció la pensión de vejez por Resolución 972 de 28 de julio de 1999, sin que ello implique violación al artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), antes 73 del CCA, de la revocatoria de un acto particular y concreto, sino el cumplimiento de una condición resolutoria. Como el SENA se percató de que el accionante (...) había reci-

do las mesadas de las pensiones de jubilación y de la de vejez del ISS — (...) lo que no podía hacer, conforme al artículo 128 de la Constitución Política, dispuso en la aludida Resolución 1182 de 1999 que reintegrara la suma de \$2.035.826, y así lo realizó. Pero en este proceso pretende que se le reembolse el valor reintegrado, puesto que cuando él recibió las mesadas de las dos pensiones, alega que lo hizo de buena fe, y, por lo tanto, no estaba obligado a devolverlas. (...) [S]i bien es cierto que en la época de los hechos (...) no existía un criterio unificado sobre este asunto, en el que con fundamento en los postulados de la buena fe no se obligaba a restituir los dineros percibidos a los pensionados del SENA que durante algún tiempo gozaban de las mesadas de las pensiones de esta entidad y del ISS, no lo es menos que esta posición no puede entenderse como una regla general, puesto que en el presente caso el actor fue consciente de hacer la correspondiente restitución (...) y, por lo tanto, como bien lo anotó el a quo, el acto de pagar fue un modo de extinguir la obligación que había contraído con el SENA, según lo dispuesto en el artículo 1625 del Código Civil”.

Regla para computar el tiempo de servicio prestado como diputado para efectos pensionales.

395

RADICADO: 25000-23-25-000-2011-01146-01(1167-2013)

FECHA: 18/05/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Tyrone Wilson Carvajal Ceballos

DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Cómo se debe contabilizar el tiempo laborado por el demandante como diputado a la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca para efectos pensionales?

Tesis: “[...] [D]e conformidad con las normas transcritas, Ley 48 de 1962, ley 5 de 1969, si el diputado asiste a todas las sesiones ordinarias o extraordinarias en cada legislatura, se le tiene como año calendario de servicio, o si no, proporcional al tiempo servido. Esa regla se aplica cualquiera que fuere la época en que se hayan prestado estos servicios como congresista o diputado. Lo anterior implica que así se determina el tiempo laborado por esos servidores, independientemente del número de legislaturas en el año, fijadas por la ley. Desde el punto de vista matemático, la proporcionalidad es la relación entre dos magnitudes medibles. Si una aumenta o disminuye la otra también aumenta o disminuye proporcionalmente. En el sub examine las magnitudes que relaciona la norma en comentario son: por un lado el número de sesiones realizadas y por otro el número de sesiones a las que asiste el congresista o diputado; de esa relación depende el tiempo acumulado de ser-

vicio, partiendo como unidad de medida el año para el caso de la asistencia a todas las sesiones. Así a mayor número de sesiones asistidas mayor tiempo de servicio y viceversa. De la simple observación del número de sesiones certificadas como realizadas en cada año, y al número de sesiones asistidas por el señor Carvajal Ceballos, es evidente que el año de 1992, asistió al ciento por ciento, equivalente a 1 año de servicio. En el año 1993, hubo un total de 39 sesiones asistió al 97.43%, equivalente 11.6, meses, un poco menos al año. El año 1994 hubo un total 57 sesiones, el diputado asistió a 50, que proporcionalmente equivale al 87.7% esto es, 10.5 meses. Vale decir, que el señor Carvajal acumuló un total de 2 años, 9 meses, 11 días, al servicio de la Asamblea del Valle del Cauca. El ente de previsión si bien es cierto suma 1 año de servicio para el año 1992, no lo es menos que para los años 1993 y 1994, adiciona para cada uno año, 4 meses y 20 días, lo que no corresponde a la proporcionalidad de las sesiones realizadas y asistidas por el interesado, certificadas por el secretario general de la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca. [...]”.

El derecho de optar por la asignación de retiro post mortem, por ser más favorable para el beneficiario, obliga a la administración a declarar extinción de la sustitución de la pensión civil.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01375-00[3468-2013]

FECHA: 25/05/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Anolanda Dolores Beltrán de Muñoz

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional le ha negado de manera caprichosa la extinción de la pensión civil a la demandante, para poder disfrutar de la asignación de retiro que le concedió la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil), y que le resulta más favorable a sus intereses?

Tesis: “Es necesario para ser beneficiario de la asignación de retiro, la renuncia a la pensión de jubilación reconocida con anterioridad; así las cosas, se abordará concretamente la situación de la demandante, para efectos de establecer si le asiste o no el derecho a que le sea extinguida su pensión civil y, en caso afirmativo, desde qué fecha. De acuerdo con las pruebas documentales allegadas, efectivamente, el señor Álvaro Muñoz Sarria (q. e. p. d.) se reputó como militar

para sus efectos prestacionales y su cónyuge, en condición de beneficiaria sustituta, podía optar por la prestación que más le conviniera como lo dispone el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990, en este caso, la otorgada por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil). Lo anterior, comoquiera que el causante de la asignación de retiro reconocida post mortem, por la ficción legal referida, se reputaba militar desde cuando se retiró del servicio, motivo por el cual la actora tiene derecho a la extinción de la pensión civil desde cuando fue dado de baja su difunto esposo del Ejército Nacional, pero este solo será exigible cuatro años antes de la primera reclamación que se hizo en este sentido, es decir, el 17 de marzo de 2004, por prescripción cuatrienal (artículo 174 del Decreto 1211 de 1990)”.

Reconocimiento de los derechos adquiridos. Situaciones jurídicas en materia pensional, fundadas en ordenanzas y consolidadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, deben garantizarse.

397

RADICADO: 25000-23-25-000-2011-01153-01[1238-14]

FECHA: 19/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Guillermo Archila Ramírez

DEMANDADO: Departamento de Cundinamarca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Le asiste el derecho a la re-liquidación de la pensión de jubilación según lo dispuesto por las ordenanzas 2 de 1976 y 18 de 1977, con ocasión del desempeño del cargo de diputado de la Asamblea Departamental de Cundinamarca en los años 1966 y 1967?

Tesis: “[...] las Ordenanzas 2 de 1976 y 18 de 1977 establecieron un beneficio económico adicional para quienes tenían una pensión de jubilación reconocida con base en la remuneración del cargo de diputado de la Asamblea Departamental de Cundinamarca, y que hubieran ejercido dicho empleo en propiedad por un término no inferior a 1 año y por un «período completo» en el que solo sesionaban ordinariamente por dos meses en octubre y noviembre, y que además contaran con 50 años de edad; disposiciones que solo hasta el año 2004 fueron anuladas por el Tribunal de Cundinamarca en sentencia de 14 de octubre. [...] Con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991 el Legislador teniendo en cuenta que en el nivel territorial coexistían regímenes prestacionales extralegales contrarios al ordenamiento superior y a la ley, además que era necesario salvaguardar los derechos pensionales consolidados con fundamento en aquellos, decidió avalar las situacio-

nes atípicas que así se presentaron como una expresión del contenido del artículo 53 superior, en cuanto a la protección de los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas preexistentes, lo que quedó consignado en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993. De conformidad con dicha norma, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, sin lugar a dudas las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y con fundamento en disposiciones territoriales sobre pensiones extralegales, continuarían vigentes. Asimismo, quienes antes de su entrada en rigor obtuvieron los requisitos para pensionarse conforme a tales ordenamientos, tendrían derecho a la pensión en las condiciones allí establecidas, en aras de garantizar los derechos adquiridos. Ahora bien, como en el ámbito territorial la Ley 100 de 1993 cobró vigencia el 30 de junio de 1995, quiere ello decir, que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales antes de dicha fecha o antes de aquella en que hubiese entrado a regir el sistema general en cada entidad territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 citado, sin consideración a

su irregularidad. [...] Como de acuerdo con lo ordenado por el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, se deben avalar las situaciones atípicas que generaron derechos adquiridos conforme a disposiciones territoriales preexistentes alusivas a las prestaciones extralegales contrarias al ordenamiento superior y a la ley, claramente se encuentra habilitado el reconocimiento del derecho que el actor ahora depreca. [...] Así las cosas, la sentencia objeto de apelación deberá

ser revocada, en atención a que el accionante sí es beneficiario, por el lapso en que estuvo vigente, del régimen ordenanzal que invocó, pues está probado que cumplió con el tiempo completo de servicio en el cargo de diputado establecido en el mismo, que le genera el derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación en el 75% de la asignación mensual total que correspondía a dicho empleo, con los correspondientes ajustes legales. [...]”.

El reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en una norma diferente a la invocada por el demandante no vulnera el principio de congruencia de la sentencia.

399

RADICADO: 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-2015)

FECHA: 26/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Martha Isabel Valero Moreno

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La sentencia apelada desconoció el principio de congruencia, al reconocérsele a la demandante una pensión de jubilación bajo el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, cuando lo que invocó en su demanda fue el Decreto 546 de 1971?

Tesis: “Se advierte que la parte actora solicitó en sus pretensiones que se le reconozca la pensión de jubilación con fundamento en el Decreto 546 de 1971, al considerar que hacía parte del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por haber prestados sus servicios al Ministerio Público por más de diez (10) años (...) a pesar de que en primera instancia se dispuso conceder el derecho deprecado con adopción de fundamentos normativos diferentes a los expuestos en el libelo,

como lo fueron las Leyes 33 y 62 de 1985, tal decisión, a juicio de esta Corporación, fue producto del razonamiento juicioso y ponderado de la situación laboral de la demandante, al concluir que era acreedora del derecho pensional (pretensión esbozada) por los tipos de vinculación que ostentó como servidora pública (hechos plasmados) y por el análisis de los argumentos de defensa relacionados por la entidad demandada (excepciones), de tal manera que puede afirmarse en forma clara que la providencia recurrida se profirió de acuerdo con los argumentos, de hecho y de derecho, expuestos judicialmente, sin que se observe o deduzca algún tipo de pronunciamiento por fuera o más allá de lo solicitado en la demanda (extra o ultra petita)”.

Reconocimiento de tres meses de alta al momento de retiro del servicio de la Policía Nacional. Se presenta una situación jurídica no consolidada sin el reconocimiento de los tres meses de alta.

RADICADO: 19000-23-31-000-2013-00507-01(2985-2015)

FECHA: 18/01/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: José Fernando Ordóñez Daza

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandante en su calidad de agente retirado de la Policía Nacional tiene derecho al reconocimiento de los tres meses de alta, toda vez que su situación jurídica por este aspecto no se encontraba consolidada al momento de declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004?

Tesis 1: “[...] El Decreto 1213 de 1990 «Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional», respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, señaló en el artículo 104 lo siguiente: «[...] ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague

una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad. [...]» A su vez, el artículo 106 ib. señaló: «[...] TRES MESES DE ALTA. Los Agentes de la Policía Nacional que pasen a la situación de retiro temporal o absoluto y tengan derecho a asignación de retiro o pensión continuarán dados de alta en la respectiva pagaduría por tres (3) meses a partir de la fecha en que se cause la novedad de retiro, para la formación del expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 133 de este Decreto, continuarán percibiendo la totalidad de los haberes devengados en actividad correspondientes a su categoría. El lapso de los tres (3) meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales. [...]» Posteriormente, a través de la Ley Marco 923 de 30 de diciembre de 2004 se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la

fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política. La mencionada ley señaló para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública [...] el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3.^º es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en el Decreto 1213 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro. Esta ley, fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004 [...] como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, en la sentencia de nulidad los efectos se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada, esto es, aquellas situaciones particulares que al momento de la ejecutoria del fallo que declaró la nulidad ya se debatieron ante las autoridades administrativas o que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidió sobre la legalidad de los actos proferidos con fundamento en la norma declarada nula. Por tanto, en los eventos en que los derechos no se encuentren consolidados, la consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990. [...] [L]e asiste el derecho al reconocimiento y pago de los tres meses de alta, toda vez que su situación jurídica no se encontraba consolidada al momento de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del

Decreto 4433 de 2004 a través de la sentencia proferida por esta Corporación el 28 de febrero de 2013”.

Problema jurídico 2: ¿El demandante tiene derecho a que la Policía Nacional le realice el examen médico con ocasión del retiro del servicio activo de la institución, ocurrido en el año 2006?

Tesis 2: “[...] el Consejo de Estado ha señalado que es obligatorio en todos los casos la realización en cualquier tiempo del examen médico laboral al personal retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y no limitarse a trasladar la responsabilidad de la práctica, al personal retirado, en la medida que es deber de la entidad, en todos los casos, velar porque el mismo se realice tal y como lo hace en el caso del examen de ingreso en el que realiza una valoración completa. En ese orden de ideas, se insiste que no es cierto que la responsabilidad de tramitar la realización del examen médico laboral sea exclusiva del personal retirado, por lo cual el hecho de que haya transcurrido un período considerable desde el momento en que fue retirado el actor de la institución, no exime de tal obligación a la entidad accionada, sobre todo cuando de este deber pueden depender la protección de otros derechos como la salud, porque del examen que se realice se definirán entre otros asuntos, si el interesado padece de dolencias y si las mismas son por causa o con ocasión del servicio, y por ende, si le asiste el derecho a recibir la atención médica que requiere por parte del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, así como de las prestaciones a que haya lugar. [...] la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, le realizó no solamente el examen de capacidad psicofísica de retiro, sino que por su solicitud, le realizó la junta médico laboral, en donde le determinó una incapacidad permanente parcial del 16%, catalogada como un accidente común. Así mismo, la Policía Nacional, conforme a lo señalado en el artículo 37

del Decreto 1796 de 2000 le reconoció la respectiva indemnización. En las anteriores condiciones, observa la Subsección que la entidad demandada dio cumplimiento a la normativa y definió la situación de sanidad del demandante y el reconocimiento de las respectivas prestaciones. En conclusión: En el presente asunto no

hay lugar a ordenar la realización del examen médico de retiro del demandante, toda vez que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional lo efectuó al momento del retiro y posteriormente desarrolló la Junta Médica laboral, con el respectivo pago de la indemnización a que hubo lugar por dicha situación”.

Para garantizar el derecho constitucional de la seguridad social es procedente que la Junta Regional de Calificación Invalidez practique una nueva valoración de la pérdida de la capacidad sicofísica al personal civil del Ministerio de Defensa para desvirtuar la proferida por la Junta Médica Laboral de la Dirección General de Sanidad Militar, a efecto de establecer la viabilidad del reconocimiento de la respectiva indemnización.

RADICADO: 13001-23-31-000-2004-01246-01(1717-2011)

FECHA: 23/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Robinson Hernández González

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“Si el valor probatorio del dictamen de la Junta Regional de Calificación Invalidez de Bolívar del 5 de septiembre de 2009, que estableció una pérdida de la capacidad laboral del accionante del 25%, como ex empleado público (conductor) de la Armada Nacional, desvirtúa el acta del 3 de septiembre de 2003 de la Junta Médica Laboral de la Dirección General de Sanidad Militar, que no determinó porcentaje de disminución de la capacidad laboral, y si en consecuencia, procede ordenar el reconocimiento de la indemnización”?

Tesis: “[...] Está probado en el proceso que la Junta Médica Laboral de la Dirección General de Sanidad Militar – Hospital Naval de Cartagena, expidió un dictamen el 3 de septiembre de 2003, en el cual indicó que el señor Robinson Hernández González estaba afectado por un imbalance neuromuscular pero no determinó “porcentaje de disminución de la capacidad laboral”. Esta decisión fue notificada personalmente al accionante ese mismo día, (...) sin embargo, el actor no interpuso la reclama-

ción ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar dentro de los 4 meses previstos en el artículo 29 del Decreto 94 de 1989, por lo tanto, lo decidido por la Junta Médica Laboral de la Dirección General de Sanidad Militar quedó en firme. No obstante, dicha firmeza de la decisión administrativa no le impedía al afectado que provocara un pronunciamiento de la administración para obtener el reconocimiento de la indemnización y acudir posteriormente ante la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto que la negó, con fundamento en su derecho a pedir una nueva valoración de su pérdida de la capacidad sicofísica cuando su patología se originó durante la vigencia de la relación laboral; tal es el entendimiento que ha ofrecido la jurisprudencia constitucional con el fin de garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de quien está retirado del servicio de la Fuerza Pública y no obtuvo derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, pero cuya salud está comprometida por una enfermedad adquirida en la relación laboral que evoluciona desfavorablemente(...).

Así las cosas, se estima que el Tribunal Administrativo del Atlántico sí podía ordenar que se realizara una nueva valoración médica al accionante, para establecer su pérdida de la capacidad sicofísica. (...) contrario a lo considerado por el Tribunal, se estima que el Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar sí desvirtuó las conclusiones de la Junta Médica Laboral de la Dirección General de Sanidad Militar Naval, porque este dictamen fue contradictorio al indicar que el actor no era apto para el servicio sin calificar su pérdida de la capacidad laboral; no contenía una motivación debidamente fundada en la histo-

ria clínica del paciente que explicara por qué la patología no era causada por el servicio; y no realizó una valoración integral de su estado de salud frente a la historia clínica, acorde los requisitos del artículo 15 del Decreto 1796 de 2000 y las exigencias de la jurisprudencia constitucional (...) En consecuencia, la Sala estima que está viciada de nulidad la Resolución N° 00071 del 29 de junio de 2004 y por ello, la entidad accionada debe reconocerle al actor la indemnización por las lesiones adquiridas durante su vinculación laboral, que le causaron una pérdida del 25% de su capacidad laboral, en los términos del Decreto 094 de 1989 [...].”

Nulidad del acto de reliquidación de la pensión de jubilación del magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura, por afectar el principio de solidaridad financiera del sistema pensional al establecer su monto con base al salario de un cargo que desempeñó los dos últimos meses de vinculación al servicio.

RADICADO: 73001-23-33-000-2013-00703-01(0204-2015)

FECHA: 26/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Elías Cabrera Ducuara

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“La reliquidación de la pensión de jubilación del demandado conforme al artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, efectuada en cumplimiento de un fallo de tutela, fue obtenida con abuso del derecho, comoquiera que durante el último año de servicios ejerció el empleo de magistrado auxiliar solo por dos meses”?

Tesis: “[...] para efectos de determinar la legitimidad del reconocimiento pensional en virtud de un régimen especial, anterior a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, como es el de la Rama Judicial, previsto en el Decreto 546 de 1971, se debe valorar la vinculación laboral del interesado con el Estado, en la medida en que esta sea relevante para obtener un mayor beneficio de dicho régimen pensional, como lo es un incremento elevado en la base de liquidación, al haber obtenido una vinculación laboral en un empleo público con una remuneración cuantiosa respecto de las que recibió a lo largo de su historia laboral con el Estado, que implique igualmente un aumento considerable en el monto pensional. Por consiguiente, como

quiera que el régimen contemplado en el citado Decreto 546 de 1971, al establecer que el monto pensional equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, claramente establece un beneficio notable en relación con el régimen pensional general preceptuado en la Ley 33 de 1985, debe examinarse la trayectoria laboral del funcionario o empleado judicial con el propósito de determinar que no hubiese tenido una vinculación precaria en un empleo que le representara un incremento notable en su remuneración, que repercutiera posteriormente en una mesada pensional elevada. De ser así se estaría ante un abuso del derecho, puesto que el trabajador se lucraría de manera excesiva del beneficio de la norma especial, en contravía del principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones.(...) en el caso del demandado se hace evidente el abuso del derecho, al haber tenido una vinculación laboral precaria como magistrado auxiliar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura [desempeño del cargo los dos últimos meses de servicio], que sirvió para in-

crementar su monto pensional, por lo que, en atención a aquella situación, que resulta a todas luces contraria, se insiste, al principio de solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones, la UGPP deberá reliquidar la pensión de jubilación del accionado con fundamento en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que preceptúa que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez o jubilación de las personas beneficiarias del régimen de transición

«[...] que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE», conforme al criterio fijado por la Corte Constitucional, en casos iguales al presente, en la sentencia SU-631 de 2017 [...]».

La Universidad de Antioquia no es competente para subrogarse en el pago de la diferencia en la mesada pensional no reconocida a sus servidores por el ISS.

407

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-00063-02 [1074-2015]

FECHA: 22/10/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Universidad de Antioquia

DEMANDADO: Gustavo Silvio Quintero Barrera

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El ente universitario demandante carecía de competencia para reconocer en favor del accionado la diferencia resultante entre lo pagado por el entonces ISS por concepto de pensión de jubilación y lo calculado por aquel si este último hubiese tenido en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional la totalidad de los factores salariales devengados por su trabajador?

Tesis: “Si bien es cierto que existía la posibilidad de que las entidades públicas que no tuvieran afiliados a sus empleados oficiales a algún fondo de previsión social, cuando se retiraran del servicio, aquellas concederían la pensión a que hubiese lugar (artículo 75 del Decreto 1848 de 1969), también lo es que la Ley 100 de 1993 abolió tal atribución, por lo que dispuso la obligación de afiliar a los servidores públicos al sistema de seguridad social en pensiones que creó, el cual para los del orden territorial debía efectuarse a más tardar el 30 de junio de 1995 (fecha de entrada en vigor de dicha Ley para tal orden), incluidos a los que laboraran para las universidades estatales e instituciones oficiales

de educación superior (Decreto 1068 de 1995), por lo que el reconocimiento de la correspondiente pensión de aquellos sería asumido por la entidad de previsión social a la cual fueron afiliados y recibió las respectivas cotizaciones (artículo 14 del Decreto 692 de 1994).(...) En atención a que el Instituto de Seguros Sociales afilió al accionado al sistema de seguridad social en pensiones y recibió sus respectivas cotizaciones, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto 692 de 1994, se reitera, era el ente de previsión social con competencia para liquidar y reconocer la correspondiente pensión de jubilación, por lo que cualquier tipo de error o anomalía en su otorgamiento solo podía ser reclamado del ISS, por vía administrativa o judicial, motivo por el que no le era dable a la Universidad de Antioquia asumir el pago de las diferencias en las mesadas pensionales canceladas al demandado entre lo que estimaba debía pagarse, en el evento de incluirse la totalidad de los factores salariales devengados por este durante el último año de servicios en el ingreso base de liquidación pensional, y lo que le sufragaba el ISS por tal concepto”.

Es improcedente reliquidar una pensión de jubilación reconocida a un exdiputado con fundamento en el régimen de prima media con prestación definida con la suma de las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual.

RADICADO: 41001-23-31-000-2011-00377-01 (4137-2013)

FECHA: 06/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Luis Antonio Pérez Barragán

DEMANDADO: Departamento del Huila

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es procedente reajustar una pensión de jubilación reconocida a un exdiputado en aplicación del régimen de prima media con prestación definida con la suma de las cotizaciones efectuadas en el régimen de ahorro individual?

Tesis: “[...] se probó que efectivamente el último cargo que desempeñó el demandante fue el de diputado, entre el 25 de noviembre de 1998 y el 31 de diciembre de 2000. Sin embargo, se advierte qué para ese entonces, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues según lo informó Porvenir S.A., el actor se afilió a dicho fondo de pensiones a partir del 1 de enero de 1999 y hasta el 4 de agosto de 2002, es decir, que cambió de régimen pensional. Nótese que el Departamento del Huila le reconoció una pensión de jubilación al demandante, pese a que estaba afiliado a un fondo privado, sin embargo, en sede judicial con ocasión del principio de la non reformatio in pejus, es improcedente afectar el reconocimiento pensional. En ese sentido, se resalta que los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual con solidaridad son excluyentes. En con-

secuencia, el estar afiliado a un régimen y trasladarse a otro, conlleva la pérdida de los beneficios que se tenían, máxime cuando la Ley 797 de 2003, dispone la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida. Así las cosas, no es posible sumar las cotizaciones efectuadas durante los más de dos años que estuvo afiliado a un fondo privado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Porque, además dichos valores que fueron devueltos por Porvenir el 30 de diciembre de 2002, en el monto de \$13.930.673. Ahora bien, en el recurso de apelación el accionante manifiesta que Porvenir S.A. debía reconocerle la pensión de jubilación conforme la Ley 6 de 1945, en tanto estaba afiliado a ese fondo para el momento del retiro del servicio. Al respecto se señala que dicha entidad no es parte accionada en la presente demanda y que conforme se probó en el proceso, rechazó la solicitud de reconocimiento pensional que formuló ante ella el demandante, al afirmar que éste no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, en condición de afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad [...]”.

Suspensión provisional del acto administrativo que reajustó la pensión de jubilación reconocida a servidora judicial, con base al salario más alto del último año. Magistrada auxiliar del Consejo de Estado. Vinculación precaria. Fraude a las leyes pensionales.

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-05165-01 (4086-2018)

FECHA: 14/02/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión

Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Liliana Velasco Mosquera

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo que ordenó el reajuste de la pensión de jubilación con el salario más alto del último año de servicios de una servidora judicial, que corresponde a lo devengado como magistrada auxiliar del Consejo de Estado por el término de dos meses?

Tesis: “La Sala encuentra que la medida cautelar de suspensión de los efectos de las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, mediante las cuales CAJANAL reliquidó la pensión en cuestión con el salario más elevado devengado por la señora (...) durante el último año de servicio, es necesaria, comoquiera que se avizora una desproporción en la cuantía de la mesada respecto de toda su vida laboral, en tanto, la cuantiosa pensión se logró por el salario percibido y por los aportes realizados solamente entre el 1º de diciembre de 2007 y el 31 de enero de 2008, que de alguna forma, evidencia la falta de razonabilidad de la prestación pensional

mencionada, y un posible quebrantamiento del principio de solidaridad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Por ello, para la Sala, resulta necesario, suspender los efectos de dichos actos administrativos, mediante los cuales se inició la posible vulneración de los principios mencionados, por el incremento posiblemente obtenido con abuso del derecho o fraude a la ley, en lo que respecta a la diferencia entre la cuantía de la pensión inicialmente reconocida con el promedio de lo devengado en el tiempo que faltaba para obtener el reconocimiento pensional, en este caso, 8 años y 6 meses, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 1158 de 1994, tal como se determinó en la Resolución 021852 de 13 de noviembre de 2003, frente al incremento reconocido en las Resoluciones AMB 01704 de 21 de enero de 2009, PAP 08860 de 12 de agosto de 2010, PAP 031392 de 28 de diciembre de 2010 y PAP 057730 de 16 de junio de 2011, con aplicación absoluta del Decreto 546 de 1971 sin atender los criterios jurisprudenciales frente a la aplicación del régimen de transición, en lo que respecta al IBL, cuya legalidad deberá definirse en la sentencia”.

El régimen especial de la Rama Judicial y del Ministerio Público no es computable el tiempo de servicio prestado en el sector privado para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

RADICADO: 25000-23-25-000-2010- 00479-01[2089-2012]

FECHA: 16/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Álvaro Bahamón Castilla

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Tiene derecho un servidor de la Rama Judicial, por haber trabajado 20 años de servicio, 10 de los cuales fueron laborados en el sector privado, al reconocimiento de su pensión de jubilación en los términos previstos en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971?

Tesis: “Una lectura e interpretación integral del texto normativo contenido en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 546 de 1971, permiten a la Sala apartarse del criterio fijado en la sentencia de 24 de septiembre de 2015, y considerar que el tiempo de servicios de 20 años requerido como condición necesaria para el reconocimiento de la pensión especial de jubilación es solo el que se haya prestado en el sector público u oficial, sin que haya lugar a computar tiempos privados. (...) La Tesis que aquí expone la Sala en el sentido que los 20 años de servicio a los que se refiere el artículo 6 del Decreto 546 de 1971, deben ser solo en el sector público, ciertamente es contraria a la que sostuvo la Sección Segunda a partir de la sentencia de 24 de septiembre de 2015 en la que se dijo, con fundamento en la interpretación que hizo la Corte Constitucional en la sentencia T-430/11, que “teniendo en

consideración que el texto literal del artículo 6º del Decreto 546 de 1971 no exige que necesariamente los 20 años de servicio hayan sido prestados exclusivamente en el sector público”, se pueden tener “como válidos para acceder a la prestación allí ordenada, los tiempos de servicio tanto públicos como privados, siempre y cuando se acrediten los 20 años y que 10 de ellos, continuos o discontinuos, lo hayan sido al servicio de la Rama Judicial y/o el Ministerio Público”. Los 20 años de servicio, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto 546 de 1971, se refieren a los prestados al sector público, aun cuando la literalidad del artículo 6 ídem no lo diga. La interpretación adecuada del régimen especial de pensiones de la rama judicial no permite hacer extensivos los beneficios que el legislador ha previsto para un grupo de servidores públicos a quienes solo hayan prestado sus servicios por 10 años a la Rama Judicial y el tiempo restante lo complementen con vinculaciones al sector privado, pues una interpretación así, daría lugar a la creación de un régimen pensional no previsto ni autorizado por la ley”.

Reliquidación de la pensión de jubilación de docentes oficiales con los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

411

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-02096-01[5149-2016]

FECHA: 06/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: María Ofelia Úsuga Pérez

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, reconocida el 16 de diciembre de 2005, con la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?

Tesis 1: “[...] Para resolver el Problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas: a.- En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b.- Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afilia-

dos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. [...] Los docentes (...) están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en

10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. [...] el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas: -. Edad: 55 años, -. Tiempo de servicios: 20 años, -. Tasa de remplazo: 75%, -. Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: 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. [...] como se advirtió al abordar el Problema jurídico, en esta instancia a la Sala le corresponde dar aplicación a la regla jurisprudencial establecida en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, por una parte, porque la Tesis del 4 de agosto de 2010 fue replanteada en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia del

28 de agosto de 2018 y, por otra parte, porque tal como allí se estableció, aquella se constituye en precedente vinculante y obligatorio para los casos que guardan identidad fáctica y que se encuentran pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, siempre que no se haya configurado el fenómeno de la cosa juzgada, como sucede en el sub judice, dado que la providencia apelada no ha quedado ejecutoriada. Así las cosas, de acuerdo con la regla establecida respecto del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la actora, quien ingresó al servicio el 21 de julio de 1977, según la cual los factores que deben tenerse en cuenta son únicamente aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dado que la prima de navidad y la prima vacacional no pueden incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, por cuanto no constituyen base de liquidación de los aportes, en este caso solo habrá de tenerse en cuenta la asignación básica del último año de servicios, a la que se aplicará la tasa de remplazo del 75 %, según lo previsto en la aludida sentencia. [...]”.

La declaración de nulidad por el juez ordinario del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad permite conservar el régimen de transición pensional.

RADICADO: 19001-23-31-000-2011-00144-01 [1502-2015]

FECHA: 07/11/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Juan Coral Eraso

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Le asiste al accionante derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 o, por el contrario, le es aplicable la Ley 100 de 1993, toda vez que perdió el beneficio del régimen de transición al haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego regresar al de prima media con prestación definida, pues no colmaba los 15 años de servicios a la entrada en vigor de aquella normativa?

Tesis: “[...] el accionante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, no obstante, comoquiera que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y regresó a aquel, sería del caso determinar, en principio, si como consecuencia de tal situación, perdió los beneficios del régimen de transición de la aludida Ley 100, si no fuera porque, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2016, el Juzgado Tercero Laboral de Pasto accedió a las pretensiones formuladas por el

aquí actor dentro de la demanda 52001-31-05-003-2014-00425-00 promovida contra Colpensiones, Porvenir y Colfondos, en el sentido de declarar la nulidad de su afiliación a las dos últimas el 12 de mayo de 1995 y el 1º de junio de 2003, en su orden, y que aquel cumplía el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigor la Ley 100 de 1993. Así las cosas, en atención a que la jurisdicción ordinaria laboral invalidó los traslados efectuados por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, se crea la ficción jurídica consistente en que nunca existieron y, en ese orden de ideas, el demandante no perdió los beneficios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, tal como el Juzgado Tercero Laboral de Pasto lo declaró; todo lo contrario, es acreedor de dicho régimen, al haber tenido, se insiste, más de 40 años de edad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones; en consecuencia, le asiste el derecho a obtener su pensión de jubilación bajo el régimen anterior que lo amparaba (Decreto 546 de 1971) [...]”.

Régimen de transición y reliquidación de la pensión de jubilación de servidor público. Regímenes pensionales territoriales y situación pensional consolidada.

RADICADO: 76001-23-33-000-2014-00027-01[0436-2017]

FECHA: 28/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Pedro Nel Chaves Peña

DEMANDADO: Universidad del Valle

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El funcionario, que prestó sus servicios a la Universidad del Valle y fue vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con fundamento en lo dispuesto en la Resolución 119 de 1976?

Tesis: “[...] el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, protegió los derechos pensionales adquiridos con fundamento en regímenes pensionales territoriales -con anterioridad a su vigencia-, pese a su origen extralegal; así mismo, estableció que quienes previo a su entrada en rigor, cumplieran con los requisitos para pensionarse conforme a tales regulaciones, tendrían derecho a la pensión en las condiciones allí determinadas. [...] valga señalar que la jurisprudencia ha considerado que los reconocimientos pensionales individuales sustentados en convenciones colectivas también están comprendidos dentro de los supuestos establecidos en el aludido artículo. [...] el artículo 146, permitía la consolidación del derecho dentro de los dos años siguientes a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social, aparte que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-410 de 1997 previamente

mencionada. [...] las situaciones jurídicas individuales, en materia pensional, definidas con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por disposiciones municipales y departamentales, continúan vigentes en virtud del artículo 146 ibidem, cuyo fin es garantizar la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados bajo dichas normativas; sin embargo, aunque en la precitada sentencia C-410 de 18 de agosto de 1997, la Corte Constitucional consideró que resultaba inconstitucional extender el mencionado beneficio a las personas que consolidaban su estatus «dentro de los dos años siguientes» a la entrada en vigor de la Ley 100, en razón a que esa Corporación omitió modular los efectos de su fallo y comoquiera que estos por regla general son de carácter ex nunc, las situaciones consolidadas entre el 30 de junio de 1995 y el 30 de junio de 1997 no resultan afectadas por dicha inexecutable. [...] En el sub lite se observa que a 30 de junio de 1997, el señor (...) carecía de una situación pensional consolidada con fundamento en la Resolución 119 de 22 de abril de 1976, puesto que cumplió 50 años de edad el 22 de febrero de 2002, razón por la cual su derecho pensional no se aviene a las condiciones del artículo 146 de la Ley 100 de 1993. [...] como el deman-

dante adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto cumplió los 55 años de edad en el 2007, esta Subsección concluye que tiene derecho a que su pensión se liquide conforme a la primera de las subreglas señaladas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, esto es, tomando la tasa de reemplazo del 75% sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente «al promedio de

los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE», como quiera que le faltaban más de 10 años para adquirir el estatus pensional (del 30 de junio de 1995 al 22 de febrero de 2007). [...]”.

Competencia de la UGPP para atender las solicitudes de reconocimiento pensional de las personas que cumplieron los requisitos para pensionarse antes del 1.º de julio de 2009.

RADICADO: 88001-23-33-000-2017-00040-01[2116-2018]

FECHA: 12/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones]

DEMANDADO: Esperanza Elida Bryan Archbold y Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social [UGPP]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es competencia de la UGPP o de Colpensiones resolver la solicitud de reconocimiento pensional en el régimen de prima media de quien adquirió el estatus pensional antes del 1 de julio de 2009 y se encontraba para dicho momento afiliado a Cajanal?

Tesis: “[...] de conformidad con las reglas establecidas por los artículos 6º del Decreto 813 de 1994, 1º del Decreto 2527 de 2000 y 3º y 4º del Decreto 2196 de 2009, la UGPP es competente para decidir sobre una solicitud pensional, en los siguientes eventos: i) Cuando el afiliado cumplió el estatus jurídico de pensionado antes del 1º de julio de 2009, fecha en que se efectuó el traslado de que trata el artículo 4º del decreto 2196 de 2009 (se entiende que debía estar afiliado a CAJANAL al momento de adquirir el estatus). ii) Cuando el afiliado cumplió los 20 años de servicio cotizados a CAJANAL sin tener la edad, antes del 1º de julio de 2009 y si se retiró de esta a la espera de la edad y sin haberse afiliado al ISS o al régimen de ahorro individual. iii) Cuando el afiliado cotizante cumplió los 20 años de servicios con CAJANAL al 1º

de abril de 1994, pero no tenía para esa fecha el requisito de edad y este último lo reunió antes del 1º de julio de 2009, sin importar que se haya afiliado al ISS, en cualquier momento. iv) Cuando el afiliado cumplió en su totalidad con el estatus jurídico de pensionado, antes del 1º de abril de 1994 en CAJANAL, así se haya trasladado con posterioridad al ISS. Con base en la misma normativa, se puede determinar que COLPENSIONES es competente para resolver la solicitud de reconocimiento pensional, cuando: i) El afiliado completó 20 años de servicios cotizados con CAJANAL, pero cumplió el requisito de la edad con posterioridad al 30 de junio de 2009 cotizando al ISS. ii) El afiliado reunió el tiempo de servicios con CAJANAL, pero no tenía la edad estando afiliado a dicha entidad, y se trasladó al ISS antes del 30 de junio de 2009, es decir, previo del traslado masivo al ISS producto de la liquidación de CAJANAL. iii) El afiliado cumplió con 20 años de servicios cotizados a CAJANAL, pero a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (1º de abril de 1994) no tenía la edad, y cumplió la edad y adquirió el estatus jurídico

de pensionado después del 30 de junio de 2009. iv) El afiliado cumplió 20 años de servicios cotizados a CAJANAL, sin cumplir el requisito de edad antes del 1º de abril de 1994, y se retiró de esta antes del 1º de julio de 2009, por traslado voluntario al ISS, cumpliendo la edad estando afiliado a este instituto, es decir, luego del 30 de junio de 2009. v) Cuando el servidor público, en cualquier momento, se trasladó voluntariamente al ISS y cumplió el estatus jurídico de

pensionado cotizando con dicha entidad.(...) Teniendo en cuenta lo anterior y lo acreditado en el proceso, como que la señora demandada adquirió el estatus pensional el 6 de abril de 2008 al cumplir 55 años de edad, debido a que el tiempo de servicio ya lo había consolidado con antelación, encontrándose que para dicha fecha estaba afiliada a CAJANAL, es posible establecer que el reconocimiento al derecho a la pensión le corresponde a la UGPP. [...]”.

Aplicación del tope máximo de 20 SMLMV al monto de la mesada pensional reconocida con fundamento en el Decreto 546 de 1971 a los servidores de la Rama Judicial.

RADICADO: 76001-23-31-000-2011-00631-01[4225-2015]

FECHA: 12/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Guillermo Arango Ocampo

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social [UGPP]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al beneficiario del régimen pensional especial previsto en el Decreto 546 de 1971 le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada y pagada sin atender los topes máximos fijados en la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 314 de 1994?

Tesis: “[...] Desde 1976 la legislación nacional ha fijado valores máximos para el pago de mesadas pensionales, prescripciones que resultan aplicables a los regímenes especiales. Por tanto, a las pensiones les son aplicables los topes consignados en las normas vigentes al momento de su causación, sin que sea dable oponerse a ellos so pretexto de que los regímenes especiales que los cobijan no los prevean o autoricen expresamente.(...) En el presente caso, la accionada alega en su recurso que el a quo, al acceder a las pretensiones de la demanda, no tuvo en cuenta que el Decreto 546 de 1971 «[...] en ninguna parte establece la excepción de no limitar [la] cuantía [...]» de las mesadas. Sobre el particular, ha de advertirse, en primer lugar, que el actor es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad

(58) y 15 de servicios, en consecuencia, su pensión de jubilación se le reconoció en atención al régimen pensional especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, en su artículo 6, para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público. Ahora bien, como se expuso en las consideraciones, el régimen especial que cobija al accionante ciertamente no contiene previsión alguna sobre umbrales máximos aplicables a sus mesadas, por lo que ese aspecto debe ser consultado en las normas del régimen general vigente para la fecha en que se hizo efectivo el derecho, es decir, el 9 de octubre de 2000 (retiro definitivo del servicio), en consonancia con los parámetros fijados por la Corte Constitucional en sentencias C-155 de 1997 y C-258 de 2013. De tal manera que el tope pensional máximo para el accionante debía ser consultado en el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 314 de 1994, que lo fijaban en 20 smlmv., como lo hizo la extinguida Cajanal, aspecto que, valga decir, no fue objeto de discusión en el proceso judicial que ordenó el reajuste de la pensión de jubilación, que dio lugar a la Resolución 1200 de 16 de mayo de 2008”.

Régimen de Transición de la Pensión de Jubilación para Servidor Público. Ejercicio simultáneo de la docencia y hora cátedra. Reliquidación de la pensión de jubilación.

419

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-05277-01(2398-2015)

FECHA: 02/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Gloria Esperanza León Aristizábal

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La pensión de jubilación de un servidor público que simultáneamente ha ejercido la labor de docente hora cátedra, debe liquidarse con la inclusión de los emolumentos y cotizaciones correspondientes a este último empleo?

Tesis: “La Constitución Política de 1991 en el artículo 128 consagró la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público [...] bajo el actual régimen constitucional está prohibido, salvo excepciones legales, la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario. En desarrollo de lo anterior, el Legislador expidió la Ley 4ª. de 1992 que en el artículo 19 determinó las excepciones a tal prohibición constitucional (...) la cual prevé: Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones: (...) d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra [...] Para resolver el problema jurídico planteado le co-

rresponde a la Sala dar aplicación a la regla y las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales. En efecto, la Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos «[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables». [...] como la señora (...) adquirió el estatus pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, al considerar que en esa fecha le faltaban más de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, su ingreso base de liquidación debe ser equivalente al «promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE», de conformidad con lo previsto en los artículos

21 de la Ley 100 de 1993. [...] En relación con la segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL del régimen de transición (...) en el expediente están acreditados los factores salariales devengados por la actora desde 1995 hasta diciembre de 2011 en el IDEAM, en los que aparece que durante los últimos diez años de servicios percibió sueldo; bonificaciones por servicios, de junio y de recreación; sueldo de vacaciones; primas de vacaciones, antigüedad, coordinación, servicios y navidad; quinquenio; horas extras, jornada ordinaria dominical y los reajustes de los anteriores [...]. Igualmente, reposan los emolumentos que la demandante recibió en la Universidad Nacional de junio de 2011 a julio de 2012, en los que se registran la asignación básica; los gastos de representación; las bonificaciones bienestar universitario, por servicios prestados y por productividad académica; las primas de servicios, navidad y vacaciones; las vacaciones intersemestrales; y, las vacaciones

del periodo. En dicha certificación se precisó que «[...] los factores salariales sobre los que se cotiza para pensión son los determinados en el decreto 1158 de 1994 [...]». [...] se observa que, de un lado, la extinguida Cajanal, al liquidar la pensión de jubilación de la accionante, únicamente tomó en cuenta la asignación básica como factor salarial, por lo tanto, omitió incluir los gastos de representación, la prima de antigüedad, la remuneración por trabajo dominical o festivo, las horas extras y la bonificación por servicios prestados, pese a que ella los devengó en una y otra de las dos entidades en las que trabajó durante los últimos diez años de servicios y, de otro lado, que sobre esos factores efectuó cotizaciones en armonía con lo previsto en el Decreto 1158 de 1994. [...] Se precisa que la actora no tiene derecho a que en su IBL pensional se incluyan factores adicionales o diferentes a los enlistados en el Decreto 1158 de 1994 como reclama –entre ellos la prima de coordinación–, lo cual fue concedido parcialmente el a quo, por lo que este aspecto será modificado el fallo apelado”.

Pensión de jubilación para servidores de la Rama Judicial y Del Ministerio Público. Aplicación del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Determinación del ingreso base de liquidación.

421

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-03244-01[1643-2017]

FECHA: 30/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Deyanira Rico Herrera

DEMANDADO: Administradora Colombiana de pensiones [Colpensiones]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿A la accionante, quien es beneficiaria del régimen de transición consagrado por la Ley 100 de 1993, le es aplicable el Decreto 546 de 1971, comoquiera que no se encontraba vinculada a la Fiscalía General de la Nación el 1.º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993?

Tesis: “[...] En la (...) providencia SUJ-S2-021-20 de 11 de junio de 2020 la Sección Segunda de esta Corporación unificó su postura en torno a establecer el ingreso base de liquidación (periodo de liquidación y factores a incluir) de las pensiones de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público regulados por el Decreto 546 de 1971, que causaron su derecho en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. [...] la providencia de unificación no se refirió al caso de los funcionarios a quienes se les aplica el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que no se habían vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. [...] la naturaleza jurídica del régimen de transición consiste en proteger los derechos de las personas que se encontraban próximas

a ser pensionadas o tuviesen cierto tiempo de servicio, a efectos de proteger su expectativa legítima de pensionarse al amparo del régimen al cual se encontraban afiliados por lo que no puede aceptarse la aplicación del Decreto 546 de 1971 a quienes, si bien acreditaron los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no estuvieron vinculados ni a la Rama Judicial ni al Ministerio Público antes del 1º de abril de 1994. Aceptar la aplicación del citado Decreto en los casos de personas que ni siquiera laboraron en las citadas entidades antes del 1.º de abril de 1994, sería desnaturalizar el objetivo del régimen de transición toda vez que aquellos no tenían una expectativa legítima de adquirir el derecho pensional a la luz del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Así entonces, a efectos de obtener el reconocimiento pensional a la luz del Decreto 546 de 1971 y de las pautas jurisprudenciales de la sentencia de unificación SUJ-S2-021-20, de 11 de junio de 2020, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el servidor deberá demostrar, (I) que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, (ii) que estuvo vinculado a la Rama Judicial o al Ministerio Público antes

de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y (iii) deberá acreditar los requisitos de edad y tiempo de servicios que exige el Decreto 546 de 1971. [...] se tiene que, a que a la accionante le fue calculado el IBL con base en lo dispuesto por los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, normas que no debieron aplicarse para determinar el IBL, por cuanto no se vinculó a la Fiscalía General de la Nación antes del 1.º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Bajo tal entendido no le asiste razón a la demandante en que su pensión de

jubilación sea liquidada con el 75% del salario más alto devengado en el último año de prestación de servicios, con inclusión de todos los factores salariales devengados, razón que impone revocar la decisión de primera instancia y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda comoquiera que el régimen cuya aplicación reclama no se trata del que le corresponde en derecho, por lo que no se hará ningún pronunciamiento adicional al respecto con miras a no desmejorar su mesada, que fue en suma superior, a la que en realidad le corresponde”.

Recibir doble pensión de jubilación por prestación del servicio por jornada parcial de cuatro horas en dos entidades públicas diferentes no vulnera la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público. Profesionales con título universitario. Sustitución pensional.

RADICADO: 47001-23-33-000-2014-00205-01[3776-2015]

FECHA: 18/09/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Paulina Forero de Rojas

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El reconocimiento de la pensión de jubilación por dos entidades públicas en las cuales el servidor público prestó sus servicios en jornada parcial de 4 horas vulnera la prohibición de recibir doble erogación del tesoro público, de lo que se deriva la afectación del reconocimiento de la sustitución pensional a la cónyuge supérstite?

Tesis: “[...] Sea lo primero aclarar que el [causante] se desempeñó como médico en dos instituciones (ISS y Empresa Puertos de Colombia), en cumplimiento de una jornada parcial (4 horas) en cada una de esas entidades, ejercicio laboral que no contraviene la legislación de la época, por cuanto no excedía el horario ordinario, situaciones que ameritaron la expedición de las Resoluciones 2457 de 25 de octubre de 1990 y 141322 de 27 de noviembre de 1991, por medio de las cuales se le reconocieron dos pensiones de jubilación y logró el propósito propio de ese tipo de prestación, que no es otro que un respaldo económico en la vejez, como garantía de subsistencia; no obstante, las referidas pensiones, de manera independiente no alcanzarían ese fin, en la medida en que su

ejercicio laboral en cada uno de dichos entes no colmaba la jornada laboral ordinaria. En ese entendido, no le asiste razón a la apelante en lo atinente al argumento que la segunda pensión de jubilación fue concedida en total desconocimiento de la primera, puesto que precisamente el objetivo de la segunda era satisfacer el ingreso pensional de una persona que durante su vida laboral hubiese trabajado en una jornada ordinaria. Al respecto, para la época en que se otorgaron las pensiones de jubilación (25 de octubre de 1990 y 27 de noviembre de 1991), la norma en vigor era el Decreto 1042 de 1978, que en su artículo 32 establece la prohibición de devengar más de una asignación proveniente del erario con algunas excepciones, dentro de las cuales se encuentra la concerniente a los ingresos «[...] que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros de despacho», distinción en la que se hallaba el señor (...), por cuanto ejerció como médico dentro

del horario normal repartido entre las dos instituciones y sin que el valor de ambas llegase al equivalente de dichos altos funcionarios del Estado. Por tal razón, la situación del causante está contemplada como una excepción a la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público primero previs-

ta en el artículo 64 de la otrora Constitución Nacional de 1886 y luego en el 128 de la Constitución Política de 1991 y, por ende, no hay lugar a decretar la nulidad de los actos administrativos por los cuales se concedió la segunda pensión de jubilación reconocida a aquel y sustituida en la accionada [...]”.

La determinación del porcentaje de la disminución de la capacidad laboral es competencia exclusiva de las autoridades médico-laborales, sin que pueda ser modificada por el juez y de allí derivar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

RADICADO: 63001-23-33-000-2015- 00062-01 [4491-2016]

FECHA: 20/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Juan Pablo Zuluaga Torres

DEMANDADO: Nación – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es posible el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a un miembro de la Policía Nacional con fundamento en la modificación del índice de pérdida de la capacidad realizada por el Tribunal Administrativo a través de la sentencia apelada que lo incrementó?

Tesis: “De conformidad con el Decreto 094 de 1989 la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública será determinada por las autoridades médico laborales militares y de policía, entre ellos la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión (art.19). (...) De forma subsidiaria la calificación puede ser realizada por las Juntas de Calificación de Invalidez, en la calidad de peritos, como lo indica el artículo 1 del Decreto 1352 de 2013, que reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, al precisar que dicha normativa no se aplica al régimen especial de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. Sin embargo, el parágrafo de la misma norma habilita su actuación como peritos para los beneficiarios del citado régimen, y en el mismo sentido el numeral 9 del artículo 28 indica que la solicitud de valoración para convocar la Junta puede ser presentada por “Las

autoridades judiciales o administrativas, cuando éstas designen a las juntas regionales como peritos”. Así las cosas, el Tribunal como juez de legalidad de las actas que fijaron el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, actuó fuera del marco de su competencia, cuando concluyó que la pérdida real de la capacidad laboral del accionante correspondía al 52.06%; consideración a la que arribó a partir del análisis de las tablas del Decreto 094 de 1989 y cambiando la edad a la cual en su criterio debió ser valorado el demandante por la Junta Médica Laboral de la Policía y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Dicha facultad reglada de las autoridades competentes frente a la calificación de la pérdida de la capacidad psicofísica, en todo caso, de manera alguna excluye el ejercicio de valoración probatoria que debe realizar el juez frente a los fundamentos del dictamen, máxime en casos como el presente, donde existen varios dictámenes con porcentajes diferentes sobre la pérdida de la capacidad laboral del afectado. Surge de lo expuesto, que como resultado del análisis de la fuerza probatoria de dos dictámenes el juez puede darle más credibilidad a alguno, pero en ejercicio de dicha valoración no es competente para integrar uno nuevo

que varíe el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral. Por consiguiente, no era procedente que el Tribunal Administrativo del Quindío aumentara el porcentaje de disminución de la capacidad laboral, al concluir que se incrementó el índice de la lesión, para un total de 52.06%, otorgándole al actor el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez [...]”.

El ingreso base de liquidación pensional se determina con los aportes realizados durante toda la vida laboral del servidor público cuando le resulte ser más beneficioso.

RADICADO: 25000-23-42-000-2014-03084-01[0268-2017]

FECHA: 11/04/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: María Elena Jiménez de Crovo

DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es posible determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación con el promedio de cotizaciones de toda la vida laboral cuando resulta más beneficioso que lo aportado en el último año de servicios?

Tesis: “[...] Como se extrae del contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el IBL no hace parte del régimen de transición, y por tanto se define para quienes les falte menos de 10 años para obtener el estatus, por el promedio de lo cotizado en ese tiempo faltante, o por lo aportado durante toda la vida laboral si le es

más favorable, que justo es el caso de la actora, quien por razones de su variable remuneración tiene un ingreso acumulado cuyo promedio le permite una liquidación pensional más beneficiosa. Por lo anterior, los cargos del recurso de apelación tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia la demandante tiene derecho a que su pensión se reliquide a partir del ingreso acumulado y actualizado de toda su vida laboral; imponiéndose razones para revocar la sentencia que negó las pretensiones, para en su lugar, estimarlas con las particularidades que se explicarán. [...]”.

Valor probatorio del dictamen de las juntas regionales de calificación de invalidez para el reconocimiento pensional de miembros de la Fuerza Pública.

RADICADO: 73001-23-33-000-2015-00225-01 (0035-2017)

FECHA: 28/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Jhon Carlos Ambuila Carabali

DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Frente a la omisión de la práctica del examen médico de retiro para determinar la capacidad psicofísica de un miembro de la Fuerza Pública, el dictamen de las Juntas Regionales de Invalidez tiene valor probatorio para el reconocimiento pensional?

Tesis: “El Decreto 1796 de 2000 prevé que la Junta Médico Laboral Militar o de Policía y el Tribunal de Revisión Militar y de Policía, son las autoridades competentes para establecer la disminución de la capacidad psicofísica y calificar la enfermedad como de origen profesional o común. (...) Cabe advertir entonces que prima facie la competencia para determinar la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública corresponde a las autoridades militares, no obstante, los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez tienen la calidad de peritajes, que auxilian la valoración del juez sobre el estado de salud del interesado. Por consiguiente, se evidencia que

las autoridades judiciales pueden otorgar valor probatorio a las actas de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, aunque el interesado pertenezca al régimen especial de la Fuerza Pública, caso en el cual el dictamen deberá valorarse como prueba pericial en conjunto con el acervo probatorio y acorde con las reglas de la sana crítica. (...) En cuanto al alcance probatorio del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, se señala que si bien la competencia para evaluar la capacidad psicofísica del ex soldado voluntario correspondía a las autoridades médico militares, en los términos de los artículos 14 a 13 del Decreto 1796 de 2000, lo cierto es que el Ejército Nacional incumplió la obligación de realizarle al actor los exámenes de retiro, según lo ordenaba para esa época el numeral 1 del artículo 5 del Decreto 094 de 1989, y tampoco se acreditó en el proceso la celebración de la Junta Médico Laboral Militar y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar”.

Régimen salarial y prestacional del personal de la Fuerza Pública. Asignación de retiro y reajuste salarial de conformidad con la escala gradual porcentual. Incremento de algunas asignaciones de retiro con fundamento en el índice de precios al consumidor. Prima de actualización.

RADICADO: 25001-23-42-000-2016-03775-01[3823-2019]

FECHA: 29/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Blanca Luz Moreira Casanova y otras

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Armada Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Debe reliquidarse la asignación salarial y prestacional del causante, con base en el IPC, para los años 1997 a 2012, mientras estuvo en servicio activo, y, en consecuencia, reajustarse la pensión de invalidez que les fue sustituida a las accionantes?

Tesis: “[...] para regular los salarios del personal en actividad de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional aplica la escala gradual, razón por la cual, ésta no puede ser modificada por decisión judicial para cada caso individual, comoquiera que es el Gobierno, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, quien fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, acatando lo dispuesto en el artículo 150 de la Constitución Política, para lo cual, el IPC no constituye el único indicador o variable económica que puede ser aplicado para el reajuste de los salarios de los servidores públicos, tal como lo ha señalado la Subsección B de la Sección Segunda, en sentencia de 26 de noviembre de 2018, dentro del proceso radicado 25000234200020150605001 (3602-2017) [...] como lo pretendido por la parte demandante es

que se reajuste la asignación básica del causante conforme con la variación porcentual arrojada por el índice de precios al consumidor desde 1997 a 2012, por considerar que este fue mayor que el realizado de acuerdo con los decretos proferidos anualmente por el Gobierno nacional, resulta improcedente acceder a ello, puesto que, al personal en actividad se le efectúa el reajuste de su salario de conformidad con la escala gradual porcentual, a la cual se hizo alusión en líneas precedentes. [...] según la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1433 de 2000, se tiene que no puede el Gobierno nacional hacer incrementos inferiores al IPC a quien devengue hasta dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] se advierte que los incrementos efectuados a la asignación básica del causante en las anualidades referidas fueron realizados conforme a los lineamientos contenidos en los decretos que para el efecto expidió el Gobierno Nacional, sin que haya probado el quebrantamiento de la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional C-1433 de 2000. Finalmente dirá la Sala que en algunos casos se ha ordenado el incremento de algunas asignaciones de retiro con

fundamento en el IPC, no obstante, dicho sustento jurídico no puede utilizarse para modificar la escala gradual porcentual, toda vez que se trata de una situación diferente, puesto que, el reajuste de las asignaciones de retiro en lo que refiere concretamente a los incrementos realizados a los años 1997, 1999, 2001 a 2004 resulta de las previsiones del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, en virtud de la Ley 238 de 1995, y que

no guarda relación con lo aquí pretendido por las accionantes, que se enmarca en el reajuste del salario devengado en actividad, cuyos reajustes anuales se fijan por el Gobierno Nacional quien profiere los decretos correspondientes con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en la Ley 4ª de 1992, para lo cual no significa que la variación porcentual del IPC del año inmediatamente anterior, sea el único aspecto a atender. [...]”.

Régimen de transición de los empleados de la Aeronáutica Civil. Actividades de alto riesgo para la salud de los servidores públicos de la Aeronáutica Civil. Edad de jubilación y semanas cotizadas. Ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los servidores públicos de la Aeronáutica Civil.

431

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-01276-01[3182-14]

FECHA: 23/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jhon Jairo Cárdenas Rojas

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante tiene derecho al reajuste de su pensión de jubilación de conformidad con la Ley 7.^a de 1961, es decir, con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, o por si por el contrario, la misma debe liquidarse con fundamento en el ingreso base de liquidación previsto en el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 1158 de 1994, como lo consideró la administración en el acto demandado?

Tesis: “[...] [E]l artículo 140 de la Ley 100 de 1993 ordenó al Gobierno Nacional expedir el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo. [...] El Decreto 691 de 1994, preceptuó: «Actividades de alto riesgo. Los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al sistema general de pensiones, pero les aplicarán las condiciones especiales que para cada caso se determinen» [...] En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional (...) expidió el Decreto 1835 de 1994, «Por el cual se reglamentan las actividades de

alto riesgo de los servidores públicos», que en lo atinente a las actividades desarrolladas por algunos empleados de la Aeronáutica Civil, dispuso: Artículo 13. Base de cotización e ingreso base de liquidación. La base para calcular las cotizaciones de los funcionarios y el ingreso base de liquidación serán los establecidos en los artículos 18 y 21 de la Ley 100, y sus reglamentos. [...] el Decreto 2090 de 2003, «Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades» (...) derogó el citado Decreto 1835 de 1994 [...] El artículo 6 del Decreto 2090 de 2003 (...) consagró un régimen de transición: (...) “Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

(...) Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003”. De lo anterior, se puede colegir que (...) El legislador quiso conservar las prerrogativas establecidas en el régimen anterior para las pensiones de alto riesgo, pero solo a propósito de la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de dicha pensión (75%). [...] los factores salariales

que se deben incluir en el IBL son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones con destino al Sistema de Pensiones. [...] para los efectos del IBL, se deberá aplicar el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluyendo únicamente aquellos factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones con destino al Sistema de Pensiones, disposición que resulta aplicable a todos los casos, incluyendo el presente, pues los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo para su salud, se entienden incorporados al sistema general de pensiones”.

**Régimen laboral del personal ejecutivo de la Policía Nacional.
Régimen salarial y prestacional de oficiales, suboficiales y
agentes de la Policía Nacional. Homologación del régimen
laboral del personal ejecutivo de la Policía Nacional.
Improcedencia de la reliquidación de la asignación de retiro.**

433

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-01926-01[1898-2016]

FECHA: 07/02/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Carlos Alberto Castrillón Tepes

DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante tiene derecho a que CASUR le reliquide la asignación de retiro conforme a los factores previstos en el Decreto 1213 de 1990, lo cual venía devengando en su condición de agente, antes del proceso de homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional ocurrido en agosto de 1995?

Tesis: “[...] se puede afirmar que, quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del Nivel Ejecutivo; y, que, a su turno, quienes así lo hicieran debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, pero no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral. [...] De las pruebas relacionadas, la Sala de decisión evidencia que el señor (...) ingresó a la entidad como agente alumno a partir del 20 de enero de 1986 hasta el 31 de julio del mismo año; recibió el grado de agente desde el 1 de agosto de 1986 hasta el 31 de julio de 1995; y fue homologado al nivel ejecutivo mediante Resolución No. 12288 de 1 de agosto de 1995, grado en el cual permaneció hasta el 13 de julio de 2013,

para un total de 27 años, 10 meses y 10 días. Igualmente se advierte que al accionante, en el periodo que se desempeñó como agente, le fueron aplicadas las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en el Decreto 1213 de 1990, y durante el tiempo en que laboró en el nivel ejecutivo su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995. [...] se infiere que durante el tiempo en que el señor (...) permaneció vinculado a la Policía Nacional y una vez optó por la homologación al Nivel Ejecutivo, estuvo amparado por la prohibición de no ser discriminado o desmejorado en sus condiciones salariales y prestacionales, tal y como lo prevén la Carta Política, la Ley 4ª de 1992 y las normas que desarrollaron el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional. En el sub judice no es posible hacer una interpretación factor por factor, como se pretende, porque ello sería tanto como arrogarse la Sala la competencia atribuida constitucional y legalmente al legislador (Congreso de la República) y llegar a crear un tercer régimen salarial y prestacional diferente al previsto para los oficiales, suboficiales y agentes [Decretos 1212 y 1213 de 1990] y para el nivel ejecutivo [Decreto 1091 de 1995].

Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas respecto de la condición de agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante del nuevo nivel le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales. En sentencia de 9 de octubre de 2008, la Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a los principios de favorabilidad e inescindibilidad y la protección de los derechos adquiridos, así como los eventos en los que un cambio de régimen salarial y prestacional implica la pérdida de una prima específica o de unos beneficios laborales pero, al mismo tiempo, la ganancia de otros. Significa que, si bien es cierto, no se desconoció la protección dada a los agentes y suboficiales que se incorporaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tampoco puede adelantarse un estudio de la situación ventilada al margen del principio de inescindibilidad y, por supuesto, del de favorabilidad, ya que mirado en su conjunto, el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1091 de 1995 no desmejoró sus condiciones laborales. Quienes se acogieron al Nivel Ejecutivo vieron aumentados sus ingresos, dando aplicación la accionada de esta manera al principio de progresividad y no solamente manteniendo sus condiciones salariales y prestacionales, sino que éstas fueron mejoradas. [...] Ello traduce que no se desconocen los derechos adquiridos cuando se trata del cambio voluntario de régimen como ocurrió

en el sub examine, teniendo en cuenta que el demandante fue homologado al Nivel Ejecutivo el 1 de agosto de 1995, y estuvo vinculado hasta el 13 de julio de 2013, sin que hubiera manifestado reparo alguno, dado que solo el 22 de octubre de 2013 presentó petición para que le fueran tenidos en cuenta los factores que devengaba en el régimen de agente [Decreto 1213 de 1990]. [...] es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de suboficial, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado ostentaba antes de agosto de 1995. [...] es evidente para la Sala que la parte accionante se benefició ampliamente al cambiar del rango de agente al del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, particularmente en materia salarial, pues en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador. Por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el accionante reclama precisamente porque corresponden al régimen de agentes, al que ya no pertenece, y en cambio sí se le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo, al cual ingresó de forma voluntaria. En consecuencia, es claro que el acto administrativo enjuiciado no adolece de la causal de nulidad alegada por el demandante, pues los salarios y prestaciones a que tiene derecho son los establecidos en el régimen del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se le han aplicado desde su ingreso al mismo. [...]”.

Los docentes universitarios, beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que han consolidado su derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, no pueden ser retirados del servicio por inclusión en nómina de pensionados hasta que cumplan la edad de retiro forzoso de 75 años.

RADICADO: 54001-23-31-000-2006-00766-01(2048-2013)

FECHA: 07/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Rubén Robayo Medina

DEMANDADO: Universidad de Pamplona

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al demandante, dada su condición de docente universitario, le era aplicable el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 por haber cumplido requisitos para acceder al derecho a la pensión de jubilación bajo el régimen anterior al ser beneficiario de la transición pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o le asistía el derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de 75 años, de acuerdo con lo previsto en la Ley 344 de 1996?

Tesis: “[...] La norma aplicable al caso particular del señor (...), era la prevista en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 en el entendido de que al ser beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su derecho pensional se regía bajo las disposiciones anteriores, esto es, la Ley 33 de 1985, consolidando dicho derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. Este criterio de interpretación se armoniza con el principio de irretroactividad de la ley, toda vez que se quebranta el aludido principio al aplicar un nuevo precepto legal a las situaciones definidas conforme a la normativa anterior. La in-

terpretación adecuada del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 frente al derecho fundamental del actor de manifestar en forma libre y espontánea su voluntad de permanecer en el servicio docente durante diez años más con posterioridad a la edad de retiro forzoso prevista en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, esto es, hasta el cumplimiento de los 75 años, tal y como lo permite el citado artículo 19 de la Ley 344 de 1996, es aquella que otorga efectividad al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, lo que significa que el retiro del servicio por la inclusión en la nómina de pensionados, transgrede los derechos fundamentales del demandante. En conclusión el parágrafo tercero del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, normativa que señala como justa causa de retiro que el servidor cumpla con los requisitos para acceder al derecho a la pensión, no es aplicable al demandante toda vez que la ley entró en vigencia con posterioridad al momento en que adquirió el estatus pensional, razón por la cual, además de lo expresado, es nula la decisión de retirarlo del servicio por la inclusión en la nómina de pensionados”.

Liquidación de la pensión de los docentes oficiales con los factores devengados en el último año de servicios. Factores salariales devengados en el último año del estatus pensional.

RADICADO: 66001-23-33-000-2014-00310-01(0092-2017)

FECHA: 06/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Ángela Consuelo López Vargas

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Departamento de Risaralda - Secretaría de Educación Departamental de Risaralda

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El docente oficial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios?

Tesis: “[...] En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. - Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que

será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. [...] de acuerdo con la regla establecida respecto del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 –como es el caso del actor, quien ingresó al servicio el 1.º de febrero de 1976– los factores que deben tenerse en cuenta son únicamente aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. En este orden, las primas de navidad, vacaciones y de alimentación, no pueden incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, por cuanto no constituyen base de liquidación de los aportes. No obstante, lo anterior no puede predicarse frente a las horas extras, en tanto que además de estar enlistado como un factor dentro de la Ley 62 de 1985, fue efectivamente devengado por el actor, tal y como consta en la certificación de servicios, razón por la cual la mesada pensional deberá reajustarse incluyendo las horas extras. [...] si

bien no procedía la reliquidación pensional pretendida, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se realizaron aportes al sistema como se solicitó en la demanda, sí se omitió incluir el factor relacionado con las horas extras, en atención a que fue efectivamente devengado y se encuentra enlistado en la Ley

62 de 1985. [...] En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia apelada en cuanto ordenó reliquidar la pensión de jubilación del señor (...) teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de su status pensional, para en su lugar, reconocer la reliquidación pensional con base, únicamente, en las horas extras devengadas por el actor, en el último año de servicio. [...]”.

Reconocimiento de los tiempos laborados mediante contrato de prestación de servicios del docente oficial para el pago de la pensión de jubilación. Imprescriptibilidad de los aportes pensionales y caducidad del medio de control para su exigibilidad. Trámite conjunto dentro del proceso de reconocimiento pensional de la existencia de contrato realidad.

RADICADO: 54001-23-33-000-2014-00363-01(2960-2015)

FECHA: 06/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Carlos Isidro Díaz Lizarazo

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación al demandante, con la inclusión de tiempos que, según se señala, laboró a través de contratos de prestación de servicios en el departamento de Arauca?

Tesis: “En este caso se tiene que el demandante reclama el reconocimiento pensional a la luz de lo señalado por la Ley 33 de 1985, con la inclusión de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios durante el periodo 1990-1995, con el municipio de Fortul, departamento de Arauca. Tanto la entidad demandada como el Tribunal Administrativo de Norte de Santander estimaron improcedente acceder al reconocimiento pensional al considerar que el demandante debió demandar previamente al departamento de Arauca a efectos de obtener la declaración de existencia de contrato realidad frente al citado ente territorial, siendo improcedente efectuar el reconocimiento pensional en el mismo proceso administrativo y judicial. Considera la Sala que tal argumento no es válido en la medida que existe una clara línea

jurisprudencial de esta Corporación en la que ha considerado que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...] Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado (...) de 25 de agosto de 2016, dentro del

proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015) se indicó que, las reclamaciones «de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo». [...] [En los casos] donde se persigue el cómputo de los tiempos laborales únicamente para efectos pensionales, estima la Sala como válido que

dicha pretensión se trámite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento pensional docente, toda vez que su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda. Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella”.

Régimen pensional aplicable a docente que prestó servicios en el sector público y privado ajeno a la actividad docente.

RADICADO: 76001-23-33-000-2013-00942-01(2075-2018)

FECHA: 28/01/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: José Daniel Penagos González

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y Secretaría de Educación Municipal de Cali

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: “¿Cuál es el régimen aplicable para el reconocimiento pensional para quien acredita tiempos privados ajenos a la docencia y públicos en dicha condición?”.

Tesis : “En la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a esta última norma.(...) la Sala encuentra que el demandante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditaba una edad de 37 años y un tiempo de servicios privados por un espacio de 13 años, periodo durante el cual cotizó a seguridad social al ISS. Asimismo, que durante su vida laboral se ha desempeñado en el sector privado y público por más de 30 años, de los cuales 18 fueron como docente oficial, iniciando el 5 de enero de 1995, periodo durante el cual realizó aportes al FOMAG. Así las cosas, es posible establecer que al actor le es inaplicable el régimen pensional del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues, (...) Por ende, al

establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir que el estudio para el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.es procedente solo para los docentes oficiales que demuestren 20 años de servicios en el sector público, situación que no se predica del actor, dado que a la fecha de la presentación de la demanda únicamente contaba con 18 años de labores en dicha calidad. Es de señalarse, que si bien es cierto el accionante sigue desempeñándose como docente oficial, también lo es, que los tiempos posteriores a la presentación de la solicitud de pensión, esto es, el 10 de abril de 2012, no pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento prestacional por falta de decisión previa de la entidad accionada. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad (sic) y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en

los términos que dispuso el a quo, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994. Por ende, al establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir que el estudio para el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. En ese orden, la Sala encuentra que el demandante tampoco reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, no contaba con 62 años de edad ni acumulaba 1300

semanas, requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, después de cobrar plenos efectos la modificación de tales supuestos instituida por la Ley 797 de 2003. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad (sic) y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en los términos que dispuso el a quo, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994”.

Improcedencia de realizar una segunda evaluación de la trayectoria profesional para efectos del trámite de ascenso al grado de teniente coronel en la Policía Nacional.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00177- 00[0881-2016]

FECHA: 13/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Luis Ariel Tovar Lombo

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos administrativos que niegan la posibilidad de una segunda evaluación de la trayectoria profesional para efectos de tramitar ascenso al grado de teniente coronel de la Policía Nacional desconocen los lineamientos legales sobre la materia y el principio de favorabilidad?

Tesis: “[...] Una vez se evalúe el ejercicio de las funciones policiales del candidato y obtenga la clasificación respectiva y la evaluación resulte positiva, bajo las directrices anteriormente señaladas [artículos 20, 21 del Decreto 1791 de 2000 y Decreto 1800 de 2000], la autoridad competente procederá a proponer el ascenso del uniformado como un estímulo a su buen desempeño dentro de la Institución. Lo expuesto evidencia que las normas por las cuales se regula el ascenso dentro de la Policía Nacional, no contemplan la posibilidad de realizar una nueva «evaluación de la trayectoria profesional del personal» de uniformados de la institución en el respectivo grado, con miras a la promoción en

el escalafón. (...) En consecuencia, dado que la situación normativa que gobierna la presente controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, no se evidencia la trasgresión al referido principio de favorabilidad en materia laboral. (...) Encuentra la Sala que la entidad demandada atendió de manera negativa las solicitudes del accionante encaminadas a que las «juntas de evaluación y clasificación» de la entidad, evaluaran por segunda vez su «trayectoria profesional» hasta el grado de «Mayor», y que posteriormente, lo «recomendaran» para la realización del concurso y del curso de ascenso requeridos para ser promovido al grado de «Teniente Coronel»; por lo que, no se advierte que los actos administrativos demandados estuvieran falsamente motivados, ya que la negativa de la entidad se refiere precisamente, a la petición del actor formulada en el año 2015, de que se evalúe nuevamente su trayectoria profesional en el grado de «Mayor», para de esta manera dar inicio a un nuevo trámite de ascenso en el escalafón”.

Aplicación del tope pensional de 25 SMLMV a los beneficiarios del régimen especial de la Rama Judicial.

443

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-05374-01(2583-2017)

FECHA: 25/02/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Ana Margarita Olaya Forero

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es aplicable el tope pensional de los 25 SMLMV a quienes, por ser beneficiarios del régimen de transición, se les reconoce la prestación con fundamento en el régimen especial de la Rama Judicial, consagrado en el Decreto 546 de 1971?

Tesis: “[...] Teniendo en cuenta que en principio la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 dispuso que sus efectos no podrían trasladarse en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados diferentes al de los congresistas, conforme se analizó, dicho criterio fue replanteado en la sentencia SU-210 de 2017 en la que expresamente al pronunciarse sobre unos fallos de esta corporación, relacionados con la aplicación del tope pensional a un ex funcionario de la Rama Judicial, señaló que a partir del Acto Legislativo 01 de 2005, el parámetro de control constitucional cambió al señalar expresamente que la regla del límite del monto de las pensiones a los 25 SMLMV, aplica no solo para el sistema general de pensiones, sino también para el régimen especial de Congresistas y Magistrados. Así mismo, expuso que tampoco es procedente considerar que la decisión de la sentencia C-258 de 2013 no cobija a las pensiones reconocidas con anterioridad a dicha sentencia de constitucionalidad,

en virtud de que los límites de las mesadas pensionales han sido consagrados, al menos, desde la Ley 4ª de 1976, la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que los efectos de dicho fallo de constitucionalidad resultan aplicables a la situación pensional de la actora, como quiera que si bien se acreditó que le fue reconocida pensión de jubilación en aplicación de lo establecido por el Decreto 546 de 1971 como beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dicha circunstancia no la exime de ello en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-210 de 2017 en la que determinó que dicho mandato es imperativo y categórico, y cobija a todas las prestaciones reconocidas bajo los regímenes pensionales especiales. Así las cosas y teniendo en cuenta la obligatoriedad de las decisiones contenidas en las sentencias de constitucionalidad a la luz de lo previsto por el artículo 241 de la Carta Política, para la sala no son de recibo los planteamientos de la accionante en cuanto a que los efectos de la sentencia C-258 de 2013 le resultan inaplicables y a que la UGPP desatendió las consideraciones de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 12 de septiembre de 2014 por esta sección del Consejo de Estado en el proceso con radicación

250002342000201300632-01 (1434-2012), en la que se reiteró que el fallo C-258 de 2013 excluyó de su objeto a regímenes diferentes al contemplado en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 que tiene como únicos destinatarios a los ex congresistas. (...). Por consiguiente, se impone para esta sala de decisión la obligación de revocar el fallo apelado que accedió a las pretensiones de la demanda, toda vez, que la demandante no logró demostrar que los actos acusados fue-

ron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, en forma irregular y con desconocimiento del debido proceso, como quiera que la UGPP no estaba obligada a adelantar un procedimiento para la reducción del monto de su mesada pensional al no haberse demostrado que su pensión hubiera sido obtenida con fraude a la ley o abuso del derecho, que fueron las condiciones que se plantearon para su viabilidad en la sentencia C-258 de 2013”.

Nulidad de las sentencias que ocasionaron la disminución de la mesada pensional de servidor público, por vulnerar los principios de congruencia, acceso a la administración de justicia y tutela efectiva.

445

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01223-00(3095-2013)

FECHA: 04/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: María Nelly Díaz Álvarez

DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en liquidación

MEDIO DE CONTROL: Recurso extraordinario de revisión

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Opera la causal 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, cuando como consecuencia de la decisión judicial se reduce la mesada pensional a la demandante?

Tesis: “[...] La Sala advierte la incongruencia de los falladores de instancia, dado que en las sentencias por ellos proferidas se desconocieron los límites establecidos en la demanda interpuesta por la señora (...), y por ello, su interés en acudir a la jurisdicción contenciosa, el cual consistía en elevar el monto de su mesada pensional. Nótese que el propósito del legislador al establecer el recurso extraordinario de revisión es corregir una decisión judicial que se mantiene en el ordenamiento jurídico pese a contener una decisión injusta. Dicha injusticia se evidencia en el caso de quien ha laborado gran parte de su vida y ha cotizado sobre su salario, con el propósito de acceder a una pensión para tener unas condiciones de vida dignas en su vejez. Y, acude de buena fe ante la administración de justicia solicitando el aumento de su mesada pensional. Encontrándose con que la decisión judicial ejecutoriada y que finalmente es cumplida por la administración, resulta lesiva de sus intereses, como quiera que el monto reliquidado de la mesada pensional es inferior al inicialmente

reconocido por la entidad administradora de pensiones. Resulta a todas luces contrario a la finalidad de la actividad judicial, al derecho de acceso a la administración de Justicia y al principio de tutela judicial efectiva que un pensionado accione el aparato judicial y espere el trámite de las instancias, para que, como resultado, el fondo administrador de pensiones le reduzca su mesada pensional. Para la Sala la reducción de la mesada pensional de la actora como resultado de la decisión judicial constituye una situación intolerable en un Estado Social de Derecho, cuyos fines esenciales son garantizar los derechos consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; así como que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Por ello, en casos como el presente adquiere especial relevancia el objeto del recurso extraordinario de revisión para que se corrijan con arreglo a la justicia las sentencias censuradas. Así pues, el sub lite constituye una excepción al principio de cosa juzgada, en tanto deben primar la justicia material y el principio de tutela judicial efectiva. Ahora bien, pese a que la demandante conoció la decisión de primera instancia y no interpuso el recurso de ape-

lación; a juicio de la Sala este hecho no conlleva a la improcedencia del recurso extraordinario de revisión. Lo anterior, debido a la naturaleza fundamental del derecho la seguridad social, lo que obliga a que la interpretación de las normas procesales se realice garantizando la efectividad de los derechos sustanciales; en segundo lugar, se aprecia que la providencia del juzgado pretendía ser estimativa de lo pedido por la actora, quien como resultado consideró la sentencia le era favorable a sus intereses. Quien solo notó la desmejora al momento en que la entidad accionada dio cumplimiento a los fallos de instancia. Adicionalmente, la Sala encuentra que se debe dar prevalencia al principio de justicia material,

de tal suerte que la falta de interposición del recurso no obsta para que en el presente caso se tenga por configurada la causal de nulidad originada en la sentencia. (...) la Sala encuentra demostrada la causal de revisión de nulidad originada en la sentencia, consagrada en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA. Esto, en razón de la falta de congruencia entre lo pedido por la señora (...) y lo ordenado por el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, que lesionaron su derecho al debido proceso y desconocieron los principios de favorabilidad, interés en la pretensión, movilidad pensional e intangibilidad y tutela judicial efectiva”.

Revocatoria directa del acto de reajuste de la pensión de jubilación de un trabajador de Foncolpuertos que se obtuvo por medios ilegales.

447

RADICADO: 47001-23-33-000-2015-00317-01(1402-2018)

FECHA: 24/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Luis Emiro Armenta Bustamante

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Le asiste derecho al beneficiario de la pensión de jubilación para que le sea restablecido el reajuste revocado sin su previo consentimiento, por considerar que se obtuvo por medios ilegales con sustento en la condena de carácter penal impuesta al exdirector del Foncolpuertos por peculado por apropiación a favor de un tercero?

Tesis: “La parte accionante alega en sus escritos de demanda y alzada, que para efectos de ajustar su pensión de jubilación debía pedirse su autorización previa, conforme a lo previsto en el artículo 73 del CCA. Al respecto, esta Corporación precisa que, tal como se determinó en precedencia, la revocación directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto requieren el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho cuestionado, y en caso de que ello no sea posible, la Administración deberá demandar su propio acto ante lo jurisdicción de lo contencioso-administrativo; no obstante, cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales es dable su revocación sin autorización del particular, excepción esta que aplica en este asunto, según el contenido y alcance descrito en el acápite precedente.

Por tanto, la ilegalidad evidenciada, en uno de los procesos penales contra el exdirector general de Foncolpuertos, acerca del reajuste de la pensión de jubilación del actor, generó un vicio en la voluntad de la Administración, independientemente de que el acto ilícito provino o no de aquella, sino que en este caso se originó de un tercero (exdirector general de Foncolpuertos), (...) por cuanto constituyó su causa eficiente y se trató de una ilicitud debidamente comprobada y expuesta en la decisión acusada, por lo que carece de asidero jurídico la aseveración del actor de que al no haber sido investigado penalmente, no se podía revocar el acto por la entidad encargada. En relación con el argumento del accionante concerniente a que en la sentencia invocada en el acto demandado no estaba comprendido el reajuste pensional otorgado con Resolución 1347 de 1995, cabe destacar que, por un lado, esta fue analizada en el fallo de 24 de septiembre de 2004, cuya conclusión sobre su ilegalidad se encuentra consignada en la parte motiva del acto acusado como fundamento de la revocación; y, por otro, fueron allegadas al proceso todas las pruebas con las que se evidencia que la Resolución 1347 de 1995 (que reajustó la pensión de jubilación), además

de ser firmada por el señor Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, estaba comprendida entre las decisiones que comportaron la comisión de las mencionadas conductas punibles y, por tal motivo, constituye un acto administrativo expedido de manera ilegal”.

Sujeto de especial protección constitucional. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez del Decreto 546 de 1971. Indemnización sustitutiva cuando no se cumplen los requisitos necesarios para la pensión de retiro por vejez. Régimen de transición e indemnización sustitutiva en vigencia de la Ley 100 de 1993. Liquidación la indemnización sustitutiva. La prescripción no opera en relación con la indemnización sustitutiva.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-02149-01[2544-2017]

FECHA: 01/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Julio Enrique Barragán Garzón

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la «pensión de retiro por vejez» de que trata el artículo 10 del Decreto 546 de 1971, pese a que cuando cumplió la edad de retiro forzoso no se encontraba vinculado a la Rama Judicial?

Tesis 1: “[...] La legislación anterior a la Ley 100 de 1993 tenía previsto una prestación excepcional –la pensión de retiro por vejez-, en aquellos casos en los cuales el trabajador avanzaba a la edad de retiro forzoso y, por ello, le era imposible continuar cotizando con fines pensionales. Así pues, la pensión de vejez excepcional tiene por objeto garantizar el mínimo vital de quien alcanza la edad del retiro forzoso. [...] Por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley 546 de 1971, contenido del régimen especial de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, previó para los referidos servidores una pensión de vejez a quienes llegaran a la edad de retiro forzoso dentro del servicio

judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de 5 años continuos en las citadas entidades. [...] Nótese que el mencionado Decreto 546 de 1971, en lo pertinente, prescribe como requisitos para acceder a la pensión de vejez descrita en el artículo 10: (i) llegar a la edad de retiro forzoso durante la vinculación laboral con la Rama Judicial o el Ministerio Público y (ii) haber laborado para dichas instituciones por un lapso no menor a 5 años continuos. Conviene precisar que la edad de retiro forzoso es una causal de retiro del servicio prevista en la ley. En el caso de la Rama Judicial, el artículo 5º del Decreto 546 de 1971 estableció los 65 años como la edad de retiro forzoso de los funcionarios y empleados a que se refiere el Decreto. Posteriormente, la Ley 1821 de 2016 por medio de la cual se modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas, publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre

de 2016, la aumentó a 70 años de edad. Ahora bien, la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios previstos en el artículo 36 de la citada ley y, en consecuencia «la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados». Frente a la vigencia de la pensión de retiro por vejez [...] la Corte Constitucional en las sentencias T-174 de 2012 y T-080 de 2013, compartió la posición expuesta por el Consejo de Estado respecto de la vigencia de la pensión de retiro por vejez para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que cumplan los requisitos legales para acceder a esta prestación. Así las cosas, para ser beneficiario de la misma, se requiere, al tenor del artículo 10 del Decreto 546 de 1971, (i) haber llegado a la edad de 65 años o retiro forzoso, durante la vinculación laboral, y (ii) haber laborado no menos de 5 años continuos en el servicio judicial o del Ministerio Público, porque el principio filosófico en el que se sustenta esta figura se fundamenta en el hecho de que ante la avanzada edad del trabajador, que le impide continuar prestando el servicio, se hace necesario su retiro forzoso y por tal motivo se le compensa por el tiempo en el que laboró, en la medida en que no pudo causar el derecho a la pensión de vejez. Conforme a lo anterior, se advierte que el espíritu de la pensión de retiro por vejez es que la persona que se encuentra vinculada con la administración y al cumplir la edad de retiro forzoso 65 o 70 años, según el caso, se le hace imposible continuar vinculado por tal motivo y no cuenta con el tiempo de servicio requerido para adquirir derecho a la pensión. [...] en el presente asunto surge diáfano que el libelista no cumple con los presupuestos exigidos en el artículo 10 del De-

creto 546 de 1971, toda vez que no fue retirado del servicio por haber cumplido 65 años de edad como lo disponía la norma aludida, sino que dicha edad la alcanzó 22 años después de su desvinculación y por lo tanto, no tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión que reclama cuando fue desvinculado de la Rama Judicial. Reitera la Sala que la intención del legislador con la mencionada prestación, fue la de proteger a aquellos servidores que por tener la edad de retiro forzoso no podían continuar prestando sus servicios y no cumplían los requisitos para acceder a la pensión ordinaria de vejez o jubilación, en este caso, las cotizaciones mínimas. [...] No obstante, la Sala no pasa desapercibido que el demandante laboró al servicio de la Rama Judicial desde el 1.º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, con lo cual acredita 13 años, 11 meses y 15 días de servicio, motivo por el cual, a continuación procede a analizar si le asiste el derecho a la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias en virtud de lo previsto en el artículo 288 ibídem”.

Problema jurídico 2: ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1994, ya que es una persona de la tercera edad y se encuentra en una situación de especial protección constitucional?

Tesis 2: “[...] la Ley 100 de 1993 prevé que las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y no tengan la posibilidad de continuar cotizando podrán acceder a una indemnización sustitutiva. [...] de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder

a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. [...] Así las cosas, conforme se analizó en precedencia, la pensión de retiro por vejez fue creada con el fin de proteger al servidor que se desvinculó del empleo por el solo hecho de haber llegado a la edad de retiro forzoso y sin el tiempo de servicio requerido para la pensión de jubilación o vejez, circunstancia que no se presentó en el sub-lite, pues es claro que el demandante laboró hasta el 15 de julio de 1982 y solo cumplió los 65 años de edad el 28 de julio de 2004, es decir, después de 22 años, lapso en el cual no existía impedimento legal para continuar efectuando las cotizaciones con destino a pensión. [...] por lo tanto, no tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión que reclama cuando fue desvinculado de la Rama Judicial. Reitera la Sala que la intención del legislador con la mencionada prestación, fue la de proteger a aquellos servidores que por tener la edad de retiro forzoso no podían continuar prestando sus servicios y no cumplían los requisitos para acceder a la pensión ordinaria de vejez o jubilación, en este caso, las cotizaciones mínimas. [...] Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto se demostró que el demandante no tiene derecho a la pensión de retiro por vejez por cuanto no llegó a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial como lo exigía la norma y en tal sentido, no había adquirido ninguna expectativa de pensión. [...] la Sala advierte que en este caso se dan los presupuestos para entrar a proferir una medida de protección judicial contemplada en el ordenamiento jurídico superior como lo es la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta que el demandante es una persona de la tercera edad, pues a la fecha, tiene 81 años de edad, que por tanto, es sujeto de especial protección constitucional; asimismo, consultado el Registro Único de Afiliados,

RUAF, se observa que el señor Julio Enrique Barriga Garzón se encuentra afiliado a salud como beneficiario desde el año 2008 y a la fecha no reporta ninguna afiliación al sistema pensional, por lo que se presume su carencia de ingresos, al no tener una pensión de jubilación como en efecto se verifica en el mismo documento, o una fuente de ingresos para una subsistencia digna. [...] En ese orden, conforme al anterior criterio jurisprudencial y en aras de proteger sus derechos fundamentales se hace evidente la vulnerabilidad del actor en su condición de persona de avanzada edad y, en consecuencia, la procedencia de la indemnización sustitutiva es la única medida de protección que se encuentra en el ordenamiento jurídico para garantizar su mínimo vital, ya que el demandante cuenta con 81 años de edad. De acuerdo con las disposiciones y jurisprudencia expuestas, la Ley 100 de 1993 cobija a todos los habitantes del territorio nacional, por tanto, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios bajo la vigencia de la anterior normativa y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Por tanto, es viable conceder la indemnización sustitutiva con el cómputo de las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado. Lo anterior, por cuanto el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, previó que son válidas y deben tenerse en cuenta todas las cotizaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social para efectos de liquidar las prestaciones contempladas en esa normativa. En efecto, acorde con lo regulado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exi-

gidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. [...] Establecido lo anterior, reitera la Subsección que la jurisprudencia ha sido enfática al afirmar que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, así como sus normas reglamentarias, sobre indemnización sustitutiva, sólo exige que la persona haya alcanzado la edad de jubilación sin cumplir las semanas necesarias para acceder al derecho pensional, pues resulta ilógico que, al no obtener el beneficio esperado, éste se sustituya con otra figura que refleje el esfuerzo realizado. [...] Aunque el señor (...) no cumplió los requisitos para ser acreedor a la pensión de retiro por vejez prevista en el artículo 10 del decreto 546 de 1971, quedó demostrado que sí tiene derecho a la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que cumplió la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a dicha prestación y se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando en razón de su avanzada edad. [...] Conforme lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia impugnada y, se declarará

la nulidad de los actos administrativos demandados, únicamente en cuanto no reconocieron la indemnización sustitutiva como medida de protección contemplada en el ordenamiento jurídico, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la UGPP, reconocer y pagar a favor del señor (...) la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y, para su liquidación, se tendrá en cuenta el salario promedio (actualizado) devengado por el demandante entre los años 1968 a 1982, el número de semanas cotizadas en este período, y el promedio ponderado de los porcentajes cotizados para efectos pensionales. [...] En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha precisado que la prescripción no opera en relación con la indemnización sustitutiva. [...] se debe entender que la reclamación de la indemnización sustitutiva, también ostenta un carácter irrenunciable e imprescriptible, precisamente porque está dirigida a aliviar o disminuir las especiales condiciones de vulnerabilidad de aquellas personas que realizaron aportes para pensión, pero que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a ella, quienes se encuentran en una situación de indefensión mayor, que aquellos que lo lograron”.

El tiempo de servicio prestado y que no fue objeto de cotización por la entidad empleadora es computable para efecto de cumplir con las 750 semanas de cotización exigidas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 para ser beneficiario del régimen de transición.

RADICADO: 23001-23-33-000-2015-00069-01(3037-2019)

FECHA: 08/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Lisbeth Nieves Chima Chima

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se puede computar para efecto de cumplir con el requisito de contar con 750 semanas a la entrada a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario del régimen de transición, el tiempo de servicio prestado por el servidor público y que no fue objeto de cotización por parte de la entidad empleadora?

Tesis: “La demandante acredita haber laborado 5.366 días, correspondientes a 766,5 semanas, antes de la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. (...) se advierte que Colpensiones omitió el periodo laborado -del 30 de junio de 1995 hasta el hasta el 31 de diciembre de 1995- en el que la trabajadora se encontraba vinculada con la gobernación de Córdoba en el cargo de jefe de División de Proyectos Comunitarios; razón la cual, para la entidad demandada la interesada no cumple las 750 semanas laboradas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005, para conservar el régimen de transición (...) Esta Sala destaca que la acumulación de tiempo de servicio laborado, indistintamente de haberse realizado

o no los aportes, debe tenerse en cuenta para efectos pensionales, como quiera que “el hecho de no haberse realizado las cotizaciones no puede convertirse en una circunstancia imputable al empleado, ni se trata de una carga que este deba soportar, mucho menos para efectos del reconocimiento de un derecho pensional”, máxime cuando la entidad de previsión puede repetir contra las entidades obligadas al pago a prorrata del tiempo laborado o de los aportes efectuados, para que cumplan con su obligación, ya sea a través de bono pensional o cuota parte. En virtud de lo expuesto, la Sala desestima las alegaciones realizadas por Colpensiones en cuanto a que la demandante no conservó el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por cuanto la actora contaba con más de 35 años a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial y, como quedó demostrado, acreditó las 750 semanas de cotización a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. [...]”.

Lesividad. Reconocimiento pensión de jubilación. Efectos del traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Inversión de carga de la prueba a favor del afiliado de la demostración de consentimiento informado y libre.

RADICADO: 68001-23-33-000-2013-00253-01[2764-2017]

FECHA: 22/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ministerio de Educación Nacional

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: “¿La demandada en su calidad de ex funcionaria de la Rama Judicial, es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a pesar de haberse trasladado al régimen de ahorro individual, y en consecuencia, la normativa que rige su reconocimiento pensional es el Decreto 546 de 1971?”.

Tesis: “El artículo 12 de la Ley 100 de 1993, instituyó dos regímenes de pensiones a saber: (i) el de prima media con prestación definida y; (ii) el de ahorro individual con solidaridad. [...] Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 ejusdem, reguló un régimen de transición e incorporó tres segmentos protegidos por esta, al establecer que: i) la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión de vejez para las personas que al entrar en vigencia el SGSSP tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraran afiliados; ii) lo dispuesto en el anterior numeral no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se hubieran acogido al RAIS, caso en el cual se su-

jetarán a todas las condiciones previstas para dicho esquema, y; iii) tampoco será aplicable para quienes, habiendo escogido el RAIS, decidan cambiarse al RPMPD. [...] Ahora bien, en lo concerniente a la delimitación de la protección transicional, la cual no sería aplicable en los eventos en los que las personas se acogieran de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues estarían sujetas plenamente a las reglas de este sistema, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia C789 de 2002 condicionó la aplicación de este beneficio excepcional bajo el concepto de las expectativas legítimas, en cuanto consideró que estas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos 15 años de servicio y, de esta manera, avaló que les fuera respetada la transición, con el condicionamiento de que retornaran al régimen de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; no así para quienes únicamente hubieran acreditado el requerimiento de la edad (35 años para mujeres y 40 para hombres). No obstante, en el caso particular la Subsección advierte que es necesario verificar si el traslado

del régimen cumplió o no con los requisitos señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, para conservar su validez. [...] en materia de seguridad social, la responsabilidad de los fondos de previsión social, de brindar la adecuada asesoría no puede ser abstracta o limitada, pues lo que se pretende es recaudar información contundente respecto a las necesidades individuales de cada uno de los afiliados, porque de no hacerse así, se desconocería el postulado de la debida información, esto es, de conocer de manera detallada los hechos y consecuencias de la decisión que el administrado opte por escoger. En consecuencia, los datos sesgados o incompletos serían trascendentes para que las personas tomen decisiones equivocadas. Es por ello que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de brindar información objetiva y transparente a los usuarios es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen onerosos intereses sociales, como lo son la protección de los riesgos de la vejez, invalidez y/o muerte. En resumen, el deber de información que tienen las AFP frente a los administrados es total, puesto que comporta el análisis previo, especializado y global de los antecedentes del interesado, junto con los pormenores que provengan con los regímenes pensionales. De ello que en los casos en que los afiliados sean beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto implicaría una responsabilidad aún superior, por cuanto, de manera indiscutible, aquellos trabajadores tenían una expectativa legítima que se podría ver comprometida a causa del arbitrio de las administradoras al momento de suministrar información. Lo expuesto no conlleva a argüir per se que una persona beneficiaria de la referida transición no pueda optar por el traslado de regímenes y, en principio, perder

dicha expectativa del derecho económico; sino que se torna necesario que la decisión sea tomada con pleno conocimiento de las consecuencias que acarrearán dicho cambio, lo que, en todo caso, supondría una mayor carga probatoria por parte de las administradoras a fin de evidenciar la ilustración y acompañamiento de personas expertas en la materia que le hubieren permitido al trabajador tomar la decisión aún bajo los posibles resultados adversos a sus intereses. [...] la doctrina y la legislación colombiana han elaborado una serie de obligaciones especiales para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, dentro de las cuales se encuentran inmersas las administradoras de pensiones, que provienen de los principios de la buena fe, transparencia, vigilancia y, sobre todo, el deber de información. Así entonces, estos detalles informativos deben comprender todas las etapas del proceso, desde el momento intencional en que el interesado recurre a la AFP en procura de obtener conocimiento sobre la posible afiliación al nuevo régimen, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute prestacional. [...] las administradoras de pensiones, al versar su naturaleza sobre entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, bajo el entendido que, en el escenario que conduce al traslado de regímenes pensionales por parte de los particulares, no se trataba únicamente de completar requerimientos formales como la suscripción de un formato, sino de haber contado con los elementos suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada. [...] vale decir que no podría argüirse que existe un consentimiento informado cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado pudiere tener frente a sus derechos prestacionales, como mucho menos que pueda estimarse satisfecho el requisito de la información clara y responsable con una simple expresión genérica

como lo es el formulario de afiliación del usuario. De allí que desde un inicio se haya impuesto el deber a las AFP de documentar el asesoramiento claro y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz dicho tránsito. [...] En otros términos, no simplemente se debe verificar que existió una transferencia al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino, advertir que el mismo se hubiere realizado bajo los parámetros de libertad informada [...] [Así] el deber de información al momento del traslado de regímenes se configura como una obligación conducida por las administradoras de fondos de pensiones, por lo que es precisamente a estas a quienes les corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del cambio. [...] se evidencia que en el dossier obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito por la demandada el 28 de octubre de 1998, a través del cual Porvenir S.A. procuró demostrar la afiliación libre y voluntaria, acompañada de la presunta asesoría brindada a la señora (...) al momento de incorporarse a la referida administradora de pensiones. No obstante, no existe constancia, ni se allegó prueba adicional al simple formulario, de que la AFP hubiese suministrado a la usuaria la información clara y

precisa sobre las características, condiciones consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la entidad, sobre todo en lo que atañe a la pérdida del régimen de transición del que era beneficiaria, dado que contaba con al menos el requisito de edad exigido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para aducir que tenía una expectativa legítima. [...] Por consiguiente, resulta procedente declarar la ineficacia o invalidez del traslado de la demandada al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica la ficción jurídica de que aquella siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, en consecuencia, no perdió los beneficios del régimen de transición [...] En conclusión: a la señora (...) sí le asiste el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación en aplicación del Decreto 546 de 1971, toda vez que, el proceso del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoleció de ineficacia, por cuanto no se demostró que a la afiliada se le hubiere brindado la correcta asesoría y buen consejo respecto a las consecuencias del cambio de sistema, como mucho menos de la posible pérdida del régimen de transición que acaecía con su decisión. [...]”.

La reliquidación de una pensión convencional por reintegro al servicio en calidad de congresista procede en la medida que el reconocimiento pensional cumpla con los requisitos legales.

RADICADO: 25000-23-25-000-2011-01050-02[0809-2014]

FECHA: 06/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: María Isabel Urrutia Ocoro

DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (FONPRECON) y Empresas Municipales de Cali (EMCALI EICE ESP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La reliquidación pensional por reingreso al servicio oficial es posible aun cuando el origen hubiere sido extralegal y, de ser así, se exige que el derecho que se hubiere reconocido cumpla de los requisitos de ley?

Tesis: “Quien disfrute de una pensión de jubilación, podrá reincorporarse al servicio oficial, previa suspensión de su pago, siempre que se trate de un empleo de elección popular o en uno de los cargos expresamente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o por el Gobierno, de conformidad con la posibilidad prevista en el inciso final de la misma norma en cuanto señaló que «Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.». De igual manera, dicha situación permite la reliquidación pensional, previo cumplimiento de los requisitos legales a saber; i) que la persona reingresada sea pensionada por servicios a una o más entidades públicas, ii) que se reintegre a cargos oficiales autorizados por la ley o de elección popular y, iii) que el jubilado permanezca en el cargo por 3 años o más. El hecho de que la reliquidación estudiada también esté permi-

tida para el pensionado que reingresa al servicio de una empresa particular, a una de sus filiales o subsidiarias, siempre que la reincorporación tenga el mismo tiempo indicado para el sector público, esto es, 3 años.(...) la reliquidación pensional por reingreso establecida en el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, no se encuentra condicionada puntualmente a que el derecho hubiere sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos de algún régimen legal, siendo viable ante cualquier fuente generadora de la obligación, pues en últimas lo allí establecido es la variación del ingreso que sirve de base de liquidación, por acontecer para el pensionado nuevos tiempos de servicio ocurridos por autorización de la ley, y en los cargos o dignidades también permitidas por él. (...) La jurisprudencia ha sido clara en diferenciar estos litigios, de aquellos en donde se discute la legalidad del reconocimiento pensional, y por tanto tal como se concluyó, la reliquidación por reingreso es perfectamente posible tratándose de derechos cuya fuente es extralegal respecto de servidores públicos que por su naturaleza no le es posible beneficiarse de tales instrumentos; pero en todo caso, partiendo del supuesto de que el estatus o perfeccionamiento del derecho hubiere ocurrido de con-

formidad con el ordenamiento positivo, pues no puede desconocerse que la reliquidación o reajuste es accesoria al derecho principal de la pensión. (...) la condición de trabajadora oficial de la parte demandante al momento del estatus, adquirida solo a partir del 1º de enero de 1997, per se no le asignaba el derecho a la pensión convencional de la que pende la pretensión de este proceso, así el reconocimiento no sea discutido por su previsor social, pues además de que su tiempo de servicio comprendió la condición de empleada pública, su situación pensional no se definió antes del límite temporal descrito por el legislador antes del 30 de junio de 1997, para entenderla convalidada. En tal contexto, no puede pasar por alto la Sala que la mayor parte del tiempo de servicio de la parte demandante lo acumuló como empleada pública cuando EMCALI era establecimiento público, y en tal

condición, de acuerdo con los razonamientos jurisprudenciales dicho periodo no resultaba válido para el reconocimiento de su pensión convencional, cuyo espíritu está referenciado a beneficiar principalmente a los trabajadores oficiales, salvo que excepcionalmente hubiere consolidado el derecho siendo empleada pública antes del vencimiento del plazo previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993. (...) Por lo expuesto, a pesar de que el origen extralegal de la pensión es compatible con la reliquidación por reingreso al servicio, en esta oportunidad la Sala, no puede acceder a las súplicas de la demanda, porque el perfeccionamiento del derecho de la demandante no atendió el espíritu de que la convención solo puede beneficiar a los trabajadores oficiales, condición ésta que solo adquirió al finalizar su vida laboral y por un espacio de tiempo insuficiente para el efecto. [...]”.

Compatibilidad entre indemnización sustitutiva de vejez y pensión de vejez. Aplicación del principio de favorabilidad.

459

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-06200-01(0681-2021)

FECHA: 02/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Esperanza Atahualpa Polanco como curadora de Álvaro Enrique Cruz Cortés

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandante puede ser beneficiario de la pensión de vejez, dado que ya percibe una pensión de invalidez de origen laboral y le fue reconocida la indemnización sustitutiva?

Tesis 1: “[...] la indemnización tiene un carácter subsidiario o residual respecto a la pensión de vejez y, en consecuencia, está sujeta a la incompatibilidad señalada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según la cual, ningún afiliado puede recibir simultáneamente rentas que cubran los riesgos de vejez e invalidez; «sin embargo, la asignación previa de una indemnización sustitutiva, no imposibilita el reconocimiento de una pensión», pues «la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión». En consecuencia, «la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de

ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución». Lo anterior, por cuanto si bien se «protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto. [...] «el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 no regula un impedimento para que los fondos de pensiones estudien a cabalidad la probabilidad de reconocer un derecho pensional a un afiliado por el hecho de que le haya sido reconocida una indemnización sustitutiva, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente [...] y [d]e esta forma, se cumple con el mandato de incompatibilidad de las prestaciones, pero también se salvaguarda el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social en garantía de lo más favorable al trabajador».

En consecuencia, «aun cuando la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de vejez, su reconocimiento no impide el eventual acceso a disfrutar de una prestación de jubilación, bajo la condición de devolución de lo ya recibido por dicha indemnización. [...] En efecto, tal y como se indicó en precedencia si el solicitante de una pensión recibió previamente una indemnización sustitutiva, puede acceder a la prestación que más lo favorezca, siempre que se descuente de ésta el valor recibido a título de indemnización. De esta manera, se observa la prohibición de recibir dos erogaciones provenientes del erario y, a la vez, se salvaguarda el principio de favorabilidad laboral establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual debe priorizarse la «situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. [...]».

Problema jurídico 2: ¿Cumple con el requisito de edad para acceder a la prestación?

Tesis 2: “[...] La Sala encuentra que el señor (...) es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al

1.º de abril de 1994 había alcanzado más de 40 años de edad, en tanto que nació el 17 de marzo de 1954. Asimismo, se acreditó que estuvo vinculado a la Rama Judicial por más de 20 años, teniendo en cuenta que prestó sus servicios allí entre el 16 de septiembre de 1983 y el 12 de noviembre de 2005. En consecuencia, tiene derecho al reconocimiento de la pensión con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo señalados en el Decreto 546 de 1971, tal y como lo definió el a quo. En tal sentido, si bien a la fecha de retiro del servicio, esto es, el 12 de noviembre de 2005, no cumplía con el requisito de la edad, lo cierto es que los 55 años exigidos en la norma los alcanzó el 17 de marzo de 2009, fecha a partir de la cual debe considerarse la efectividad de la prestación y no como lo dispuso el a quo, el 13 de noviembre de 2005. Por esta única razón habrá de modificarse la sentencia apelada, pues en lo demás, la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión, en tanto que el Tribunal ordenó, el reconocimiento pensional y su retroactivo «si hay lugar a ello, dadas las compensaciones o descuentos fruto de los reconocimientos dados por las indemnizaciones sustitutivas de vejez e invalidez» [...]”.

No es inmutable la pensión de jubilación reconocida en cumplimiento de una acción de tutela, así no se haya condicionado el derecho de manera transitoria hasta el control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

RADICADO: 47001-23-33-000-2014-00396-02 [1318-2020]

FECHA: 10/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: David Enrique Rondón Palmera

DEMANDADO: Unidad Administradora Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es inmutable la pensión de jubilación concedida, pues se adoptó en cumplimiento de una sentencia de tutela que no condicionó el derecho de manera transitoria hasta cuando se decidiera lo pertinente por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo?

Tesis: “En este asunto, se destaca que la cosa juzgada constitucional o inmutabilidad del referido fallo de tutela se predica respecto de los derechos constitucionales fundamentales amparados por las aludidas autoridades judiciales que ordenaron a Porvenir autorizar el traspaso del actor a Cajanal y trasladar la totalidad de su ahorro pensional, y a esta última responder la reclamación pensional de aquel, pero no frente al reconocimiento de la prestación de manera definitiva. En ese orden de ideas, en el sub lite la cosa juzgada Página 1 de 5 constitucional no cubre el acto administrativo objeto de reproche en este asunto porque existe un ordenamiento especial que otorga a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la facultad de juzgar, a petición de cualquier persona, la legalidad de los actos que expida la Administración. Lo contrario implicaría desconocer la

competencia otorgada tanto por el legislador como por la Carta Política (artículos 236 a 238) a los jueces de lo contencioso-administrativo, para que a través de los medios de control previstos en los artículos 135 y siguientes del CPACA decidan acerca de la legalidad de los diferentes actos que expide la Administración, incluidos, por supuesto, los que se profieran en acatamiento de una orden constitucional de tutela.(...) De este modo, los actos administrativos que reconozcan o reliquiden prestaciones periódicas, que se profieran como consecuencia de una orden de tutela, no están excluidos del control judicial que por mandato constitucional y legal le corresponde ejercer a los jueces de lo contencioso-administrativo, por consiguiente, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, el litigio derivado de la cosa juzgada constitucional en materia de amparo, cobra distancia del debate posterior que surja por la expedición del referido acto, dado que la discusión primaria gira en torno a la protección de derechos fundamentales y la que se origine de esta, concierne a unas causales específicas de legalidad previstas en el ordenamiento. En consecuencia, contrario a lo afirmado en la

sentencia de primera instancia, la Resolución controvertida no incurrió en falsa motivación, sino que, al reconocer la pensión de jubilación al demandante como mecanismo transitorio, procuró que el derecho sustancial se sometiera al análisis del juez natural para que la contienda se definiera de fondo y por el competente, máxime cuando ninguno de los dos fallos de tutela se refirió a la pérdida del beneficio transicional de la Ley 100 de 1993, pues el *thema decidendum* se contrajo a su retorno al régimen de prima media con prestación definida. [...]”.

Régimen pensional de los docentes del Instituto Pedagógico Nacional. Compatibilidad de la pensión de jubilación y el sueldo de docente. Docente nivel preescolar, básica y media. Decreto 224 de 1972.

463

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05129-01(1023-2021)

FECHA: 17/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Ana Cristina Garzón Garzón

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Si la efectividad del derecho pensional de la demandante está condicionada al retiro del servicio o si tiene derecho a devengar la pensión de jubilación desde el momento en que consolidó el estatus pensional, de manera simultánea con la asignación salarial, como lo dispuso el a quo?

Tesis: “[...] La Constitución de 1991 en su artículo 128 mantuvo la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público y prescribió la imposibilidad de desempeñar dos empleos públicos simultáneamente. [...] Se entiende que esta prohibición incluye no solo más de una asignación proveniente de varios empleos públicos sino la de otras remuneraciones como ocurre con las pensiones. [...] Esta norma fue desarrollada por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que consagró: «Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones: (...) g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los ser-

vidores oficiales docentes pensionados.» [...] En ese sentido el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 señaló: «El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario [esté] mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.» Es decir, para los docentes la pensión de jubilación es compatible con el ejercicio de la docencia de tal manera que pueden recibir la prestación social y el salario, en consecuencia, la pensión no debe estar sujeta al retiro del servicio. [...] Estas normas, según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, son aplicables a los docentes que se vinculen con anterioridad a la vigencia de esa norma pues de lo contrario estarían amparados por el régimen pensional de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. [...] La demandante recurrió la decisión a fin de revocar lo relativo al goce de la pensión (...) COLPENSIONES confirmó la decisión por considerar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado

por el Decreto 758 del mismo año, la pensión se reconocerá y será necesaria la desafiliación al régimen para el disfrute de la misma, por lo que debía acreditar el retiro definitivo del servicio oficial, en tanto estableció la incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida y cualquier otra asignación del Tesoro Público en atención a lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política. [...] en el asunto sub judice se trata de una docente que prestó sus servicios educativos en los niveles de preescolar, básica y media en el Instituto Pedagógico Nacional, que es una unidad de la Universidad Pedagógica Nacional pero, precisamente, en razón a la labor desarrollada por la accionante –impartir educación básica primaria–, se rige por las disposiciones establecidas en el Decreto 2277 de 1979 [...] Si bien el artículo 128 de la Constitución Política estableció la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que desarrolló este precepto, determinó como una de las excepciones a esta regla «Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados». [...] Pues bien, uno de los beneficios a que se refiere el literal g) se encuentra en el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 que estableció la compatibilidad entre la pensión de jubilación con el ejercicio docente, esto es, el docente puede pensionarse y recibir la prestación social sin necesidad de condicionar su disfrute al retiro del servicio. Bajo ese entendido, no fue objeto de discusión dentro del proceso que la accionante se vinculó al ejercicio docente con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, desde el 16 de febrero de 1976, tal como consta en el acto administrativo de reconocimiento pensional, así como también en el certificado de información laboral emitido por la Universidad

Pedagógica Nacional. Así las cosas, se encuentra cobijada por la excepción consagrada en el literal g) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y, por consiguiente, es beneficiaria de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el salario en los términos del artículo 5 del Decreto 224 de 1972, no obstante, la entidad demandada supeditó el disfrute de la prestación social a que acreditara el retiro del servicio. En ese sentido, se concluye que en efecto la administración negó la efectividad de la pensión de la señora (...) a partir del cumplimiento del estatus pensional –el 7 de julio de 2012– y su pensión fue liquidada dando aplicación a la Ley 33 de 1985, condicionando el disfrute al retiro del servicio –en aplicación al artículo 128 de la Constitución Política– y posteriormente, le fue modificada con base en la Ley 797 de 2003 por ser más favorable y con una tasa de reemplazo superior –77.65%. Respecto de esto último, se advierte que, si bien al final no le fue aplicado el régimen pensional de los docentes, ello no muta su vinculación ni su condición, así como los beneficios que de ella se derivan, conforme a las normas rectoras que se analizaron de forma precedente y que se relacionan con la naturaleza de los servicios que ofrece el Instituto Pedagógico Nacional y la sujeción de esta institución al Sistema Educativo Nacional. De ahí que la demandante tenía derecho a compatibilidad que reclama y, por ende, a que le fuera reconocida la pensión desde que adquirió el estatus. Así las cosas, la Sala de Subsección concuerda con el Tribunal de primera instancia, y debe declararse la nulidad de los actos administrativos, en cuando dispusieron el pago de la pensión a partir de la fecha en que se concretó el retiro del servicio para, en su lugar, disponer el pago de la prestación desde el 19 de enero de 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2014. [...]”.

Reconocimiento de la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 100 de 1993 sin que medie solicitud en vía gubernativa o se solicite como pretensión en la demanda. Derechos de las personas de la tercera edad. Principio iura novit curia. Tutela judicial efectiva.

465

RADICADO: 23001-23-33-000-2018-00201-01 [5793-2019]

FECHA: 17/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Turys del Carmen Morales de Arias

DEMANDADO: Administradora Colombia de Pensiones [Colpensiones]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El servidor público conserva el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por contar con 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005?

Tesis 1: “[...] el Acto Legislativo 01 de 2005 regula la extinción del régimen de transición en los siguientes términos: “Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. (...) [P]ara el 25 de julio de 2005, la actora no tenía 750 semanas, sino solamente 701,835 (...), la demandante no conserva el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El servidor público que no sea beneficiario del régimen de transición, pero que acredite que cumple con los requisitos pen-

sionales de la Ley 100 de 1993, se le debe reconocer la prestación en la instancia judicial, sin que medie previo agotamiento de la vía gubernativa ni constituya una de las pretensiones de la demandada, en aras de proteger los derechos de las personas de la tercera edad y la aplicación del principio iura novit curia y la tutela judicial efectiva?

Tesis 2: “[...] la Sala no pasa por alto que conforme el citado reporte de semanas expedido por Colpensiones con fecha del 20 de septiembre de 2018, la actora tenía cotizadas 1.373,44 semanas, de modo que cumpliría los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez regulada por la Ley 100 de 1993.(...) la Sala concluye que la entidad reconoció una indemnización aún cuando la actora continuaba en servicio activo y realizaba aportes, indistintamente de que el acto de reconocimiento se haya señalado que la interesada manifestó su imposibilidad de seguir cotizando. En ese contexto y dado que la demandante cumple con el requisito de las 1.300 semanas que exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, se debe realizar el estudio bajo dichas normas. Sobre el particular se re-

salta que esta pretensión no fue incluida en la demanda ni en sede gubernativa. No obstante, en criterio de la Sala se considera procedente estudiarlo con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva, en aplicación del principio *iura novit curia*, toda vez que la actora tiene 80 años.(...) la demandante cumplió la edad de 57 años el 28 de diciembre de 1998 y adquirió el estatus al cumplir 1300 semanas. Por tanto, la Sala modificará la decisión del Tribunal, en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez de la accionante, acorde con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, desde el retiro del servicio, pues si bien obran cotizaciones hasta el mes de agosto de 2018, no consta en el expediente la fecha cierta de desvinculación. La pensión se liquidará en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con los factores sobre los que se realizaron co-

tizaciones en armonía con el Decreto 1158 de 1994. La tasa de remplazo será la prevista en el artículo 34 de la referida Ley 100 de 1993. Conforme lo ordenado por el Tribunal deberá descontarse del retroactivo pensional a la que tiene derecho la demandante, el pago realizado por concepto de indemnización sustitutiva. Por último, debe decir la Sala que la actora por su avanzada edad tiene la calidad de sujeto de especial protección constitucional, por tanto, de forma excepcional, se habilita el reconocimiento pensional pese a que cuando agotó vía gubernativa no tuviese consolidado su estatus pensional por faltarle semanas de cotización. Esto para no someterla a acudir nuevamente ante la administración, lo que en la práctica podría hacer nugatorio su derecho al disfrute de la mesada. [...]”.

La prescripción del derecho al pago de las diferencias pensionales causadas con ocasión a la indexación de la primera mesada se interrumpe con la petición presentada por la pensionada y, al fallecer esta, se suspende la prescripción a favor del hijo interdicto.

RADICADO: 76001-23-33-000-2016-00438-01 [2939-2019]

FECHA: 17/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: David Fernando Collazos Delgado

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente que se tenga en consideración la reclamación de la indexación de la primera mesada pensional presentada en vida del pensionado para efecto de la interrupción de la prescripción, o si como lo afirma la entidad, al fallecer la pensionada era procedente que se abstuviera de pronunciarse por falta de interés jurídico, y la prescripción realmente se interrumpió con la nueva reclamación presentada por su hijo interdicto?

Tesis: “[P]retende el actor se tenga en cuenta la interrupción de la prescripción desde la primera reclamación realizada en vida por la causante el 29 de marzo de 2011. Sobre el particular, la Sala observa, en primera medida, que se debe diferenciar entre la interrupción de la prescripción efectuada por la causante el 29 de marzo de 2011 y la suspensión de la prescripción a favor de su hijo interdicto. Así pues, en lo que respecta a la interrupción se debe decir que la simple reclamación que se presente por escrito por parte del trabajador o empleado ante la administración interrumpe la prescripción por un lapso igual, esto es, por 3 años; tiempo que se cuenta a partir de la

fecha en que el derecho es exigible. (...) Ahora bien, la Sala llama la atención sobre que en el caso sub lite están en discusión derechos de una persona declarada interdicta a favor de quien se suspende la prescripción, tal como se explicó en precedencia. En virtud de lo anterior, se está en el ámbito de la suspensión de la prescripción cuando se trata de incapaces y en general de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, encontrándose en imposibilidad de hacer valer sus derechos. Esto ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia al señalar que como la ley laboral no regula la figura de la suspensión, cabe aplicar, por remisión, las normas del Código Civil, en particular los artículos 2541 y 2530. Por lo anterior, la Sala precisa que, el término de prescripción se suspendió a favor del señor (...) dado que fue declarado interdicto judicialmente, en fallo del 16 de diciembre de 2009. En consecuencia, debe resaltarse que en el caso bajo estudio, la madre del actor, como pensionada, en un primer momento, interrumpió la prescripción cuando inició la actuación administrativa al incoar la solicitud de indexación de la primera mesada pensional el 29 de marzo de 2011. Y,

en un segundo momento, al fallecer la pensionada nació el derecho para su hijo declarado interdicto, en contra de quien se suspendió la prescripción. Sin embargo, la entidad se abstuvo de resolver la solicitud del 29 de marzo de 2011 aduciendo la inexistencia de interés como resultado del fallecimiento de la pensionada, actuación que en criterio de la Sala no tiene soporte jurídico, toda vez que la entidad tenía conocimiento de la existencia del hijo interdicto de la señora (...) Por consiguiente, en el sub lite, la UGPP al decretar la prescripción de las diferencias pensionales anteriores al 10 de febrero de 2012, desconoció la regulación del derecho de petición, y el derecho fundamental a la Seguridad Social del hijo interdicto como sujeto de especial protección constitucional. (...) En este punto, nótese que la naturaleza fundamental del derecho la seguridad social, obliga a que la interpretación de las normas procesales se realice garantizando la efectivi-

dad de los derechos sustanciales. Ciertamente, la Sala insiste en que la pensionada interrumpió la prescripción cuando presentó la solicitud de indexación de la primera mesada pensional el 29 de marzo de 2011, y al fallecer el 16 de junio siguiente, se suspendió la prescripción a favor de su hijo interdicto, de modo que, en principio, habría de entenderse que la demanda tenía que instaurarse dentro de los 3 años siguientes, empero, lo cierto es que los términos de prescripción estaban suspendidos, por disposición del artículo 2530, modificado por el artículo 3 de la ley 791 de 2002. De modo que procede el pago de las diferencias pensionales desde el 29 de marzo de 2008, teniendo en cuenta que la pensionada solicitó la indexación de la primera mesada el 29 de marzo de 2011. Por consiguiente, se modificará el fallo apelado con el fin de ordenar el pago de las diferencias pensionales causadas con efectos fiscales desde el 29 de marzo de 2008. [...]”.

Régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Ingreso base de liquidación determinado con el promedio del salario devengado durante el tiempo que hiciera falta para adquirir el estatus pensional. Ingreso base de liquidación determinado con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales haya cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. Requisitos de edad y tiempo contemplados en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985. Prescripción trienal de los derechos laborales y devolución de emolumentos irregularmente percibidos. Presunción del principio de buena fe.

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00699-00[5398-2019]

FECHA: 24/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social [UGPP]

DEMANDADO: Alfonso Ayala

MEDIO DE CONTROL: Acción Especial de Revisión

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir la sentencia del 29 de marzo de 2019, que reliquidó la pensión de vejez del demandado, incurrió en la causal de revisión prevista en el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003?

Tesis: “[...] se advierte que la Sala Plena del Consejo de Estado a través de sus Salas Especiales de Decisión, admitió expresamente que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social está habilitada para adelantar esta clase de procesos, criterio ratificado por esta Subsección. De igual forma, es conveniente resaltar que según el numeral 6 del artículo 6 del Decreto 575 de 2013, la UGPP tiene com-

petencia para adelantar o asumir acciones de esta naturaleza, en ese sentido, la entidad accionante tiene legitimación en la causa por activa para adelantar la presente acción de revisión. [...] se ha dicho que «el principal objetivo de la introducción de las causales especiales para la acción era garantizarle a la administración que pudiera insistir en un nuevo estudio de las pensiones reconocidas de forma fraudulenta, de modo que pudiera evitar el pago de cantidades injustas que afectaran gravemente al erario». [...] para el caso se deberá determinar si la reliquidación ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca constituyó el reconocimiento de un derecho cuya cuantía excedió lo previsto por la ley. [...] es oportuno recordar que esta Sección en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 consideró que no era taxati-

vo el listado de factores salariales sobre los cuales se calcula el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, porque además, se debían tener en cuenta aquellos factores que constituirían salario, independientemente de la denominación que recibieran, es decir, todos los que se cancelaran de manera habitual como retribución directa del servicio y no solamente los descritos en dicha normativa. Posteriormente, la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-395 de 2017, SU-023 de 2018, entre otras, destacó la relación de correspondencia que existe entre los aportes que hace el empleado a lo largo de su vida laboral ante el sistema general de seguridad social y los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera del sistema pensional. En virtud de lo anterior, mediante sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, unificó su jurisprudencia en relación con el Índice Base de Liquidación-IBL de las pensiones reconocidas con fundamento en el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [...] dispuso que tratándose de personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 les faltare más de 10 años para adquirir el derecho prestacional, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, de lo contrario, esto es, si faltare menos de 10 años, el IBL será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior. De igual forma, precisó que los factores salariales a considerar son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren consagrados expresamente en la Ley. [...] al igual que la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985

«Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público» previó un régimen de transición para los empleados públicos en el parágrafo 2 del artículo 1° [...] En ese sentido, se tiene que la Ley 6 de 1945 en su artículo 17 dispuso una pensión de jubilación para los empleados oficiales equivalente a las 2/3 partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio para quienes acreditaran 50 años de edad y 20 de servicio, continuos o discontinuos, la cual fue modificada por el artículo 3 de la Ley 65 de 1946 y luego por el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, este último en el sentido que dicha prestación social sería equivalente al 75% del promedio mensual percibido en el último año de servicios. Bajo esa línea de ideas, a partir de la Ley 4 de 1966, los empleados oficiales que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios al Estado, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio mensual recibido en el último año. Posteriormente, se expidió el Decreto 3135 de 1968 que integró la seguridad social entre el sector público y privado y reglamentó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. [...] esta Sección del Consejo de Estado ha admitido la aplicación tanto de la Ley 6 de 1945 como del Decreto 3135 de 1968 tratándose de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1983. De acuerdo con lo anterior, y para llegar a un consenso, la Corporación ha adoptado la Tesis según la cual la aplicación de la Ley 6 de 1945 o del Decreto 3135 de 1968, para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, dependerá de la vinculación nacional o territorial del empleado público en los términos a continuación: «Ahora bien, en principio la Ley 6ª de 1945 se aplicó para efectos de las prestaciones sociales de los empleados de los sectores público nacional y privado, así

como a los servidores públicos del nivel territorial, la cual, sobre la pensión de jubilación, dispuso: Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: [...] b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo [...]. Posteriormente, el Decreto 3135 de 1968, aplicable a los servidores públicos del orden nacional, en relación con la pensión de jubilación, previó: Artículo 27.- Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la Ley determine expresamente. El mencionado Decreto 3135 de 1968 fue derogado por la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron disposiciones respecto de las cajas de previsión y las prestaciones para el sector público, que estableció como exigencia para acceder a la pensión ordinaria de jubilación que el empleado oficial hubiera servido 20 años continuos o discontinuos y tuviera 55 años de edad. Sin embargo, en el artículo 1º (parágrafo 2º) de la aludida Ley 33 consagró un régimen de transición consistente en que los empleados oficiales que a la fecha de su entrada en vigor (13 de febrero de 1985) «[...] 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» (se destaca), que para el caso de los servidores públicos del orden nacional era el Decreto 3135 de 1968, y frente a los del orden

territorial, la Ley 6ª de 1945». Tesis que, aunque sea posterior a la providencia que se revisa, se acogerá en esta oportunidad a fin de armonizar las posiciones que hasta este momento se han sostenido y no dar lugar a desigualdades; en consecuencia, teniendo en cuenta que el señor (...) laboró al servicio de la Nación, en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y en la Superintendencia de Notariado y Registro, se aplicará en el sub examine el Decreto 3135 de 1968 en cuanto a la edad requerida por el trabajador para acceder a la pensión de jubilación, en armonía con las reglas de unificación previstas en la sentencia del 28 de agosto de 2018. [...] En el presente asunto, la UGPP presentó acción de revisión contra la sentencia del 29 de marzo de 2019 proferida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual ordenó la reliquidación de la pensión de vejez del señor (...) sobre el 75% de los factores salariales certificados y devengados entre el 1 de mayo de 2004 y el 30 de abril de 2005: la asignación básica, la prima de servicios y el reajuste, la prima de vacaciones, la bonificación por servicios, la prima de navidad y el reajuste, estas cuatro últimas de forma proporcional a una doceava parte, según lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978. [...] la Sala de Decisión advierte que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al proferir la sentencia del 29 de marzo de 2019 que definió la segunda instancia dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor (...) contra la UGPP, debió aplicar el precedente jurisprudencial vigente y vinculante para el momento en que la emitió, esto es, la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de esta Corporación, pues a la fecha de expedición de la decisión ya habían pasado más de seis meses desde que se había proferido, sin embargo, no lo hizo. [...] El demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artí-

culo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que, para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de esa norma para los empleados del orden nacional, contaba con 49 años de edad teniendo en cuenta que nació el 11 de octubre de 1944, es decir, más de los 40 años requeridos por esa norma. De igual manera se observa que es beneficiario del régimen de transición dispuesto en el parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985, por cuanto para su entrada en vigencia, el 13 de febrero de 1985, contaba con 15 años de servicios al Estado [...] en tal sentido, le asistía el derecho a conservar las prerrogativas pensionales sobre edad, establecidas en el régimen anterior, esto es, 55 años de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 [...] También se encuentra acreditado que, para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el 1 de abril de 1994, le faltaban menos de 10 años para adquirir el estatus pensional, el 11 de octubre de 1999, cuando cumplió los 55 años de edad, pues los 20 años de servicios los cumplió mucho antes de esa fecha, el 5 de febrero de 1987. [...] Bajo tal entendimiento, de acuerdo con la Resolución No. 34397 del 27 de octubre de 2005, se evidencia que, si bien CAJANAL reconoció la pensión de vejez al señor (...) de acuerdo con la edad (55 años) dispuesta en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, el tiempo (20 años) y monto (75%) dispuesto en la Ley 33 de 1985, liquidó erróneamente la prestación sobre el promedio del salario que el demandante devengó en 5 años y 2 meses, entre el 1 de octubre de 1999 y el 30 de diciembre de 2004, cuando, según las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia del 28 de agosto de 2018, debía hacerlo con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional o el cotizado durante todo el tiempo en consideración a que en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1 de abril de 1994, le faltaban menos de 10 años para adquirir el estatus pensional, es decir, 5 años, 6 meses

y 10 días, el 11 de octubre de 1999. [...] la Sala advierte que CAJANAL, en la liquidación del IBL pensional, solo tuvo en cuenta la asignación básica y no incluyó la bonificación por servicios y la prima de antigüedad los cuales fueron devengados por el señor (...) durante su vida laboral y se encuentran debidamente enlistados en el Decreto 1158 de 1994. [...] Lo anterior quiere decir que la sentencia del 29 de marzo de 2019 proferida por la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, toda vez que está probado que al señor (...) no le asistía el derecho a la reliquidación de su pensión sobre el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio conforme con lo dispuesto en la sentencia de unificación de esta Corporación expedida el 28 de agosto de 2018, la cual se encontraba vigente para el momento en que se profirió la decisión cuestionada y era precedente judicial obligatorio para definir el caso, por consiguiente el monto del derecho reconocido por el Tribunal excedió lo debido de acuerdo con la ley. En ese sentido, la sentencia del 29 de marzo de 2019 será infirmada y en su lugar, conforme lo demostrado en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se modificará el fallo del 17 de noviembre de 2017 proferido por el Juzgado Cincuenta y Tres Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Segunda – Oral que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor (...) en el sentido que se ordenará a la UGPP que reliquide la pensión de vejez del demandante, pero sobre el 75% (i) del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para adquirir el estatus pensional o (ii) los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, incluyendo como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios y la

prima de antigüedad, según el período que se aplique el primero o el segundo de los supuestos de esta regla de unificación jurisprudencial, en el entendido que en los cinco últimos años de servicio no se tiene constancia que percibió la prima de antigüedad. De igual forma, en cuanto a la prescripción se confirmará la decisión de primera instancia, puesto que en efecto se probó que el reconocimiento pensional se efectuó el 27 de octubre de 2005 y solo hasta el

17 de mayo de 2016 el demandante presentó la solicitud de reliquidación pensional, es decir, las mesadas pensionales anteriores al 17 de mayo de 2013 se encuentran prescritas según lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968. Finalmente, no se ordenará la devolución de las sumas que se hubieran pagado al señor (...) en cumplimiento de la sentencia que se infirma, por cuanto la UGPP no desvirtuó la presunción de buena fe del pensionado”.

Pensión de jubilación reconocida con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992. Tope pensional. Consolidación del derecho.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-04516 -01 [2364-2021]

FECHA: 31/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: José Hugo Enciso Amórtegui

DEMANDADO: Departamento de Cundinamarca – Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca [UAPEC]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es posible que a la pensión de jubilación reconocida el 31 de mayo de 1993, con efectividad al 1.º de enero de 1993 y que superó los 15 SMLMV, le sea aplicado el tope salarial que establece el parágrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 o si, en su defecto, se le debe seguir pagando en los términos en que se dispuso en la Resolución 2404 del 31 de mayo de 1993 expedida por el Director de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca, esto es, con el tope que establece el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988?

Tesis: “[...] De las pruebas relacionadas se colige que al señor(...): (i) el 12 de abril de 1991 le fue reconocida una pensión de jubilación; (ii) el 31 de mayo de 1993 le fue reajustada su prestación, sin embargo, como superaba los 15 salarios mínimos, el Director de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca dio aplicación a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 71 de 1988; (iii) el 12 de julio y 13 de noviembre de 2012 solicitó la reliquidación de su pensión sin este tope pensional, petición que fue negada por cuanto las circunstancias de hecho y de derecho que dieron origen al reconocimiento no habían variado. Al efectuar la valoración integral de las pruebas que obran en el expediente y cotejarlas

con el fondo del asunto, es dable concluir que, en principio, tiene razón el a-quo en cuanto a que no es posible efectuar la reliquidación de su pensión sin el tope fijado en el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, dado que su derecho se consolidó al amparo de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y, además, porque la entrada en vigencia de esta normativa en las entidades territoriales se produjo el 30 de junio de 1995. No obstante, es importante tener en cuenta que [S] i bien es cierto el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 dispuso que las pensiones de jubilación “reconocidas” con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 no estarían sujetas al límite establecido por el artículo 2º de la Ley 71 de 1988, también lo es que, el supuesto normativo y/o verbo de este articulado, no hace referencia a “consolidar” sino a “reconocer” situaciones que, si bien pueden asemejarse, son muy diferentes entre sí; basta con examinar su significado en el diccionario de la Real Academia de la Lengua para llegar a tal conclusión, pues mientras que la primera se entiende como “[d]ar firmeza y solidez a algo” y/o “[c]onvertir algo en definitivo y estable”, la segunda es sencillamente “[e]xaminar algo o a alguien para conocer su identidad, naturaleza y circunstancias”. Bajo

ese contexto, no es posible exigir un requisito que la propia ley no ha establecido, como es el hecho de consolidar un requisito, pues, para efectos del tope pensional y aplicación del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, solo es necesario el reconocimiento como tal, pues se presume que ya ha consolidado su derecho. (...) Bajo esta premisa, según la cual, el reconocimiento del derecho se produce cuando el responsable del pago expide el acto administrativo que compromete a la administración, no hay razón para que se niegue la reliquidación de una prestación bajo la condición de que era necesario que se consolide un derecho, por ende, el parágrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 debe entenderse de acuerdo con el límite que estableció la Ley 100 de 1993, esto es, veinte (20) salarios mínimos. (...) Así las cosas, como el 31 de mayo de 1993 se efectuó un reconocimiento pensional al señor (...) que superó los 15 salarios mínimos, con efectividad al 1º de enero de 1993, es decir, con posterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, (...) al señor (...) le es aplicable el tope de los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque si bien la Ley 33 de 1985 la cual regía su derecho pensional no preveía dicho límite, es preciso remitirse a las normas de carácter general que lo fijan, esto es, el artículo 2 de

la Ley 71 de 1988, que en virtud del principio de favorabilidad rige el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, aunado a ello, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 rige un nuevo tope pensional para las pensiones que son reconocidas a partir del 18 de mayo de 1992. (...) [P]or criterios de favorabilidad laboral, ha de aplicarse la norma más beneficiosa para el trabajador, en este caso, el parágrafo 3º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de expedición de la Resolución 2404 de 31 de mayo de 1993. En este orden de ideas, como el límite que previó la Ley 100 de 1993 respecto del monto máximo de la prestación y al que pueden aspirar los pensionados que se benefician con las prerrogativas que señala el artículo 35, es de 20 salarios mínimos, se deberá revocar la sentencia del a-quo, declarar la nulidad de los actos acusados y ordenar la reliquidación de la pensión del señor (...) sin que sobrepase del límite máximo de 20 salarios mínimos establecido en el Sistema General de Pensiones, desde el 1º de enero de 1993, tal y como lo dispuso la Resolución 2404 de 31 de mayo de 1993, pero con efectividad al 12 de julio de 2009, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación del señor (...) fue presentada el 12 de julio de 2012. [...]”.

Reajuste especial de los excongresistas a los exmagistrados de las altas cortes pensionados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4.^a de 1992. Reajuste especial consagrado en los decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994.

RADICADO: 25000-23-42-000-2018-01347-01 [2817-2020]

FECHA: 31/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Amancio Rodríguez Queruz

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Procede el reajuste especial de la pensión de jubilación que se le reconoció al demandante, en su condición de exmagistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en los términos de lo dispuesto en los Decretos 1359 de 1993 y 104 de 1994?

Tesis: “Con fundamento en el artículo 150 de la Constitución Política de 1991, literales e) y f), el Congreso de la República expidió la Ley 4.^a de 1992 «mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones». La citada disposición en su artículo 17 ordenó al Gobierno Nacional establecer un régimen de pensiones para los congresistas, así como su reajuste y sustitución que no podían ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que devenguen éstos. [...] Con posterioridad, el presidente de la República expidió el Decreto 1359 de 1993 reglamentario de la Ley 4.^a

de 1992, que estableció el régimen especial de pensiones de los senadores y representantes a la Cámara. [...] De lo anterior, se tiene que el régimen especial pensional de los miembros del Congreso de la República sólo regía la situación de quien a la fecha de vigencia de la Ley 4.^a de 1992 (18 de mayo de 1992) tuviera la calidad de senador o representante a la Cámara, lo cual fue corroborado en el artículo 4.^o de Decreto 1359 de 1993, que la fijó como requisito para acceder a él, con el agregado de estar afiliado a la entidad pensional del Congreso y efectuar los correspondientes aportes [...] Por su parte, el artículo 17 del mentado decreto, modificado por el artículo 7.^o del Decreto 1293 de 1994, reguló el reajuste de la mesada pensional de los excongresistas pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4.^a de 1992 (18 de mayo de 1992) [...] De conformidad con lo anterior, el reajuste especial de la mesada pensional era equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tenían derecho los congresistas para ese momento, y se estableció únicamente para los exparlamentarios que se pensionaron antes de la entrada en vigor de la Ley 4.^a de 1992 (18 de mayo de

dicho año). En conclusión, el Decreto 1359 de 1993 en su artículo 17, modificado por el artículo 7.º del Decreto 1293 de 1994, reguló el reajuste de la mesada pensional y estableció que aquel debía hacerse i) por una sola vez; ii) en un porcentaje equivalente al 50% del promedio de las pensiones a que tendrían derecho los actuales congresistas; iii) únicamente para los excongresistas que se pensionaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 4.ª de 1992 (18 de mayo de dicho año); y, iv) con efectos fiscales a partir del 1.º de enero de 1994. (...) Posteriormente, con la entrada en vigor del Decreto 104 de 1994, el presidente de la República en desarrollo de las normas señaladas en la Ley 4.ª de 1992, dictó algunas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar (...) El citado artículo, determina que a los magistrados de las Altas Cortes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los congresistas, como un sistema de liquidación para definir el monto del valor de la prestación pensional de dichos funcionarios, que no es otro que el específicamente determinado en los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993. Teniendo en cuenta ello, la jurisprudencia de la Sección 10 ha considerado que el reajuste en la mesada pensional contemplado por el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 para los congresistas pensionados antes de la vigencia de la Ley 4.ª de 1992, de igual manera se debe extender a los exmagistrados de las Altas Cortes con pensión reconocida antes de entrar en vigor dicha ley, ello en acogimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-975 del 2003. [...] La anterior situación no se presentó entre los exmagistrados y los magistrados de las Altas Cortes, en atención a que el Decreto 104 de 1994 no previó esa realidad a la que quedaban expuestos aquellos pensionados antes de la Ley 4ª de

1992 frente a los que obtuvieron el reconocimiento pensional después de su vigencia; lo cual denota una clara desproporción en el trato para ambos, a pesar de desempeñar funciones y tener obligaciones similares. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia ha considerado procedente llenar ese vacío normativo mediante la aplicación analógica a los exmagistrados de las altas cortes pensionados con anterioridad a la expedición de la Ley 4.ª de 1992 de la regla jurídica que establece el reajuste especial para los excongresistas. [...] De conformidad con lo expuesto en el análisis jurisprudencial citado en líneas anteriores, se concluye que es viable la aplicación del reajuste especial de los excongresistas a los ex magistrados de las Altas Cortes pensionados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4ª de 1992 [...] De acuerdo con lo anterior, los ex magistrados de Altas Cortes pensionados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992 pueden aspirar al mismo reajuste ordenado legalmente a los excongresistas. Sobre el particular, es preciso reseñar que para efectos de obtener el reajuste de excongresistas aplicable a exmagistrados, ha de atenderse a lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993, modificado por el artículo 7º del Decreto 1293 de 1994; esto es, el reajuste pensional al que tienen derecho por una sola vez los excongresistas y exmagistrados de las Altas Cortes asciende al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los congresistas para el año 1994. Esta interpretación no solo atiende al alcance de la facultad que tenía el Ejecutivo en desarrollo de la Ley Marco de salarios y prestaciones, sino a la diferenciación existente entre excongresistas y exmagistrados de las Altas Cortes, por un lado; y, congresistas y magistrados, por el otro, lo cual impide que sean tratados de forma igual. De acuerdo con lo expuesto, los ex magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, pensiona-

dos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, pueden aspirar al reajuste ordenado legalmente a los excongresistas, por cuanto la cercanía entre los regímenes pensionales y la condición similar existente entre los citados funcionarios así lo imponía. Dentro de ese entendimiento, para resolver la presente alzada no se puede perder de vista que el régimen salarial y prestacional aplicado a los magistrados de los diferentes tribunales del país y demás empleados de la Rama Judicial, es diferente, por disposición legal, al expuesto hasta este momento para los magistrados de las Altas Cortes. Bastaría con revisar los Decretos emitidos con posterioridad a la expedición de la Ley 4 de 1992 para soportar dicha afirmación. Adicionalmente, se itera, las reglas jurisprudenciales fijadas tanto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el caso particular del

reajuste especial del 50%, se refiere únicamente al grupo de servidores a los que se ha hecho énfasis en esta providencia, por la similitud de sus dignidades y cargos. Así pues, al entrar a verificar el material probatorio aportado al plenario, es claro que las circunstancias fácticas del caso impiden el reconocimiento del reajuste especial consagrado en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, comoquiera que tal figura aplica por analogía únicamente para los magistrados de las Altas Cortes que se hayan pensionado con anterioridad al 18 de mayo de 1992, y en este asunto se estableció, que si bien es cierto la prestación le fue reconocida al demandante con anterioridad a dicha fecha, también lo es que al momento de concretar el derecho pensional ostentaba la calidad de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [...]"

Procede la reliquidación pensional sobre nuevos factores reconocidos como consecuencia de la homologación salarial efectuada con posterioridad al retiro del servicio, que se encuentren dentro del lapso que determinó el ingreso base de liquidación.

RADICADO: 23001-23-33-000-2013-00345-02 [2012-2021]

FECHA: 07/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Ramón Antonio Castillo Marsiglia

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al beneficiario del régimen de transición le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo el valor de los nuevos factores que le fueron reconocidos como consecuencia de una homologación salarial con posterioridad al retiro del servicio, y que comprende el periodo sobre el cual se determinó el ingreso base de liquidación?

Tesis : “[...] [E]n el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliadas al entrar en vigor aquella, por lo que se someten al mandato contenido en tal norma o en el artículo 21 ib, según corresponda, tal como lo hizo la extinguida Cajanal en el presente caso; lo que además guarda relación con el artículo 48 superior, en cuanto dispone que «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones [...]». No obstante, la UGPP insiste en su negativa frente a la petición de calcular

la pensión de jubilación del demandante sobre los nuevos valores de los factores que sirvieron de base para los aportes, como consecuencia de la homologación salarial de la cual fue objeto con posterioridad a su retiro del servicio, pese a que el período de nivelación (octubre de 1997 a septiembre de 2001) se encuentra dentro del lapso que constituye el ingreso base para liquidar esa prestación (1° de abril de 1994 a 17 de septiembre de 2001); además, conforme a certificado de salarios mes a mes de la gobernación de Córdoba, «FORMATO No. 3(B)», el accionante cotizó de abril de 1994 a septiembre de 2001 sobre la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, el sobresueldo y la prima técnica (no incluida al momento del reajuste pensional por finalización del vínculo laboral), por lo que la Sala no halla imprecisión en la orden de reliquidación dictada por el a quo. Agregase a lo anterior que el reconocimiento de la pensión de jubilación no es un derecho consolidado de la administradora de pensiones, sino del jubilado, quien, además, puede solicitar en cualquier tiempo su reliquidación al tratarse de una prestación periódica. Por tal razón, en el caso sub examine una vez

finalizó la homologación y nivelación salarial y se realizaron los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, en los términos de la normativa aplicable, el actor tenía la posibilidad de solicitar el reajuste de la mencionada prestación, con ocasión del incremento del valor de los factores salariales que fueron liquidados por Cajanal al momento de otorgarle su pensión. [...]”.

Para ser beneficiario de la pensión de jubilación por actividades de alto riesgo de la Ley 32 de 1986, en aplicación del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003, se debe acreditar 500 semanas de cotización a su vigencia, sin que se deban cumplir, adicionalmente, los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

RADICADO: 17001-23-33-000-2020-00281-01[3914-2021]

FECHA: 23/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: María Elina Beltrán Alvarado

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Para obtener el derecho pensional bajo la Ley 32 de 1986, en virtud del régimen de transición del artículo 6.º del Decreto 2090 de 2003, aplicable a la pensión de jubilación de los servidores de alto riesgo, se debe acreditar a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, esto es, el 28 de julio de 2003, cuando menos 500 semanas de cotización especial y cumplir en adición los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003?

Tesis: “[...] [E]n cumplimiento del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, que autorizó al Gobierno Nacional para la expedición del régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, se expidió el Decreto 2090 de 2003, (p)or el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, que en su artículo 6º estableció un régimen de

transición para obtener el derecho pensional bajo la norma anterior, que para el caso analizado es la Ley 32 de 1986.⁴⁷ Por consiguiente, para obtener el derecho pensional bajo la Ley 32 de 1986, en virtud del régimen de transición del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003, visto con anterioridad, se debía acreditar a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, esto es, el 28 de julio de 2003, cuando menos 500 semanas de cotización especial y cumplir en adición los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.⁴⁸ Es de señalar, que frente al segundo supuesto, es decir, con relación al cumplimiento de los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha establecido, como se dijo con anterioridad, que exigirlo resulta desproporcionado y más gravoso cuando el servidor aspira al reconocimiento en los términos de la norma anterior, por cuanto conllevan una situación más desventajosa en virtud del tránsito legislativo, razón por la que

en el asunto no interesa que el accionado para la fecha en que entró en vigencia del el Sistema de Seguridad Integral de que trata la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, no acreditara 40 años de edad o 15 de servicios, pues solo lograba demostrar 10 años y 15 días de servicios y 35 de edad.⁴⁹ En esta medida, lo procedente para el reconocimiento de las pensiones bajo el régimen anterior, que regulaba las actividades de alto riesgo, es el estudio del cumplimiento del primer supuesto, esto es, acreditar cuando menos 500 semanas de cotización especial al 28

de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003. Visto lo anterior, se tiene que el señor (...) (Q.E.P.D) inició labores al servicio del INPEC el 13 de marzo de 1984, por lo que al 28 de julio de 2003, fecha en la que entró a regir el Decreto 2090 de 2003, acreditaba 7076 días que equivalen a 19 años, 4 meses y 15 días de cotización, esto es más de 500 semanas de cotización cumpliendo los supuestos establecidos para conservar la transición y por ende, regirse por la norma anterior, esto es, bajo las disposiciones de la Ley 32 de 1986 [...]”.

**Improcedencia de reconocimiento del bono pensional.
Imposibilidad de consolidar el derecho a pensión de vejez.
Vinculados al sistema general de pensiones sin afiliación a
alguno de los respectivos regímenes. Inexistencia de vulneración
del derecho a la igualdad. Régimen de ahorro individual con
solidaridad, pago y reliquidación de la indemnización sustitutiva.**

RADICADO: 66001-23-33-000-2016-00692-01(0927-2019)

FECHA: 28/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Luz Ofelia Castaño Gaviria

DEMANDADO: Municipio de Pereira, Fondo Territorial de Pensiones y
Municipio de Santa Rosa de Cabal

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es procedente ordenar en virtud del principio de igualdad el reconocimiento y pago directo del bono pensional a favor de la demandante por los tiempos de servicio oficial prestados al municipio de Pereira entre el 14 de diciembre de 1970 y el 17 de enero de 1977, así como al municipio de Santa Rosa de Cabal del 1.º de febrero de 1985 al 15 de agosto de 1988, bajo el entendido de que las cotizaciones a pensión fueron efectuadas a las respectivas cajas de previsión territoriales, y que la demandante en ningún momento se afilió o trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis 1: “[...] De conformidad con el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales «constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones». Aquellos fueron contemplados por el legislador como una herramienta para solucionar los inconvenientes presentados con el traslado de cotizaciones entre los dos regímenes del Sistema General de

Pensiones, de manera que se puedan utilizar los aportes para pensión que un afiliado haya realizado a una administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) como el entonces Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), así como a las diferentes cajas o fondos pensionales del sector público, a fin de aumentar el capital requerido para el reconocimiento pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) al que se haya trasladado el administrado. De hecho, el artículo 113 de la norma ejusdem prevé que la expedición del bono pensional tiene lugar precisamente cuando ocurra un traslado de afiliación de una persona que se encuentra en el RPMPD y decide pasar al RAIS. En el evento contrario, se tratará de un giro o transferencia de saldos de la cuenta individual hacia el fondo común de la administradora pública, para acreditarlo en forma de semanas de cotización en cabeza del afiliado. [...] Ahora, frente a los requisitos para la constitución de este bono, el referido artículo 115 ibidem contempló los siguientes, respecto de los cuales se exige el cum-

plimiento de al menos alguno de estos: «[...] Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público; b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos; c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones; d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones. PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono. [...]». Adicionalmente, la norma en comento señala cuáles son las clases de bonos pensionales y quiénes deben ser sus emisores (artículos 118 y 119). En todo caso, los cánones 121 y 122 consagran cómo se deben expedir aquellos instrumentos tanto por la Nación como por los fondos, cajas o entidades públicas que no hubiesen sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. [...] De acuerdo con lo expuesto, los bonos pensionales representan el pasivo que debe ser objeto de atención por las entidades que recaudaron cotizaciones a pensión de sus entonces afiliados, y que dejaron de serlo cuando estos decidieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, caso en el cual, efectivamente se debe emitir un título de deuda que permita convertir un tiempo de servicio calculado en aportes por semanas laboradas, en un monto determinado de capital líquido destinado a engrosar el ahorro personal del afiliado a la administradora privada, en orden de que este pueda acceder materialmente a una pensión de vejez. [...] es relevante precisar

que el instrumento de deuda bajo estudio, se otorga en procura de consolidar el requisito del capital exigido para concretar el reconocimiento de una pensión de vejez, pues debe recalcar el hecho de que el bono pensional es una suerte de «capital de garantía» que solo se hace exigible cuando el beneficiario cumple las exigencias mínimas para su redención tal como lo señala el artículo 67 de la Ley 100 de 1993. Es decir, en esencia no se trata de una suma de dinero disponible a voluntad del reclamante, sino que su ejecución estará condicionada a la situación jurídica que aquel haya estructurado respecto del derecho prestacional deprecado, bien sea la pensión propiamente dicha o una eventual devolución de saldos según corresponda. [...] resulta evidente que la demandante se encuentra en una situación jurídica totalmente diferente en materia prestacional a la de cualquier persona formalmente afiliada al RAIS, pues aquella dejó de realizar aportes a pensión a alguna de las entidades previstas para el efecto, y por lo tanto solo adquirió la calidad de vinculada al sistema, la cual por su misma naturaleza, solo le permitía acceder a las previsiones normativas del régimen general público, que frente al supuesto de una imposibilidad material para laborar y acumular semanas de cotización con fines pensionales, tiene como efecto propio el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva y no de un bono pensional como lo deprecia la recurrente en su demanda. [...] el hecho de que quienes se encuentran en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad puedan acceder a la devolución de los saldos que tengan en sus cuentas personales con inclusión de los montos por concepto de bonos pensionales, no significa que se advierta un tratamiento desigual vulneratorio de los intereses de la demandante al ser beneficiaria de otra figura contemplada en el RPMPD como lo es la indemnización sustitutiva, pues a pesar de tener fines semejantes, se trata de figuras ju-

rídicas concebidas por el legislador de manera diferente precisamente por la esencia distinta que ostentan los recursos recaudados en cada caso, unos a manera de tiempo de servicio con fines de reconocimiento de pensiones con base en la fijación de una prima determinada por un fondo público y solidario, y otros a título de capital individual y atribuible directamente a cada afiliado que dependerá del monto acumulado para el otorgamiento de la respectiva prestación. Tal divergencia es la que denota y justifica constitucional y legalmente la necesidad de que se haya estimado en la Ley 100 de 1993 un trato disímil entre desiguales en razón de las características propias de cada régimen pensional, al punto de que no es procedente acceder a la pretensión de la libelista tendiente a que se aplique la figura de la devolución de saldos con el pago del bono pensional, esto por ser un pedimento impropio a su situación jurídica particular, en la que lo adecuado es el reconocimiento de una indemnización sustitutiva conforme al artículo 37 de la norma ejusdem. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Se debe reliquidar el monto de la indemnización sustitutiva reconocida a favor de la libelista por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira en virtud de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, esto en aplicación de artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001?

Tesis 2: “[...] se concluye que la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante cumplió la edad para obtener la pensión de vejez sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, y adicionalmente manifiesta su imposibilidad de seguir efectuando aportes. Pues bien, en el sub iudice se determinó previamente que, en efecto, a la demandante le debe ser reconocida una indemnización sustitutiva por los tiempos

de servicio prestados a las entidades territoriales demandadas, ello ante la imposibilidad material de consolidar el derecho pensional luego de haber cumplido la edad necesaria para lo propio, razón por la cual debe confirmarse la decisión de primera instancia que ordenó al municipio de Santa Rosa de Cabal otorgar este derecho. No obstante, en este punto se recuerda que la señora (...) apeló además la negativa de la quo de reliquidar la indemnización concedida por el municipio de Pereira, al estimar que esta no fue calculada de conformidad con las previsiones del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, por lo que será necesario verificar lo propio. [...] efectivamente el monto de la indemnización sustitutiva reconocida por el municipio de Pereira a través de la Resolución 2951 del 5 de julio de 2016, es errado y afecta el total de la suma de dinero a la que tenía derecho la libelista por dicho concepto, pues según la imagen adjunta relacionada con el cálculo adoptado por aquella autoridad, se observa que esta tomó un valor inferior de salario base de cotización semanal (SBC), así como del número de semanas cotizadas (SC), y adicionalmente tuvo en cuenta a título de promedio ponderado de porcentajes de cotización (PPC), el 45,45% de que trata el artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001 como si este hubiese sido el valor real de los aportes para los años 1970 a 1977, lo cual es inadecuado. [...] Es decir se deberá realizar el cálculo con el promedio ponderado de las cotizaciones efectuadas exclusivamente a pensión desde 1970 a 1977 equivalente al 10%, o en caso de que los aportes no se hubiesen separado del riesgo de salud, este último porcentaje tendrá que multiplicarse por el 45,45% para obtener el monto definitivo de PPC correspondiente a la fórmula en comentario. En todo caso, el valor a reconocer a favor de la demandante no podrá ser inferior a la suma reconocida de \$1.900.736. En conclusión: debido a que el derecho a reconocer a favor de la libelista es el de la indemnización sustitutiva a

cargo de las entidades demandadas, efectivamente se tendrá que reliquidar el monto que por tal concepto fue reconocido a favor de la libelista por parte del Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Pereira en virtud de la Resolución 295 del 5 de julio de 2016, ello en orden de que se dé aplicación correcta a las previsiones del artículo 3.º del Decreto 1730 de 2001, con base en los planteamientos expuestos en esta providencia, pues no se tuvieron en cuenta valores exactos y adicionalmente se realizó el cálculo errado del promedio ponderado de cotización aplicable en la fórmula prevista en dicha norma”.

Régimen de transición pensional de docentes oficiales. Decretos anuales de salarios expedidos por el Gobierno Nacional para el personal docente. Asignación adicional del 20 % por coordinación y el factor denominado “HE Adultos Lic. y Prof. 2A con especialización (D127)”.

RADICADO: 66001-23-33-000-2019-00076-01(0411-2021)

FECHA: 25/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Betty del Carmen Trujillo Chaverra

DEMANDADO: Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En la liquidación de la pensión de jubilación de la docente deben incluirse, además de la asignación básica y las horas extras, el 20 % adicional por coordinación y el factor denominado “HE adultos Lic. y Prof. 2 A con Especialización (D 127)”?

Tesis: “Para resolver el Problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 (...) en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas: a) En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado

artículo. b) Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. [...] El 6 de diciembre de 2017, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó que la docente (...) entre el 27 de junio de 2016 y el 27 de junio de 2017 devengó los siguientes factores salariales: asignación adicional coordinador 20%, asignación básica, «HE adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización (d.127)», sueldo de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones docentes. El certificado no contiene información que permita establecer cuáles factores fueron objeto de aportes al FOMAG durante este periodo. El 11 de diciembre de 2017, la demandante radicó

solicitud de reconocimiento pensional ante la Alcaldía de Pereira. La petición fuere suelta de manera negativa [...] El a quo ordenó reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la actora, a partir del 27 de junio de 2017, fecha en que consolidó el estatus de pensionada, en porcentaje equivalente al 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, comprendido entre el 27 de junio de 2016 y el 27 de junio de 2017, en el caso particular de la demandante, advirtió que solo debían incluirse la asignación básica y las horas extras. Por su parte, el apoderado de la apelante alega que, además de los mencionados factores, deben tenerse en cuenta la asignación adicional del 20% por coordinación y el factor denominado «HE adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización (D127)». [...] de acuerdo con la regla establecida, el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante comprende: i) el período correspondiente al último año de servicio, anterior a la consolidación del estatus pensional, y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que, se repite, son: 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. Contrastados los factores enlistados en la disposición con los devengados por la actora durante el mencionado periodo, comprendido entre el 27 de junio de 2016 y el 27 de junio de 2017, —asignación adicional coordinador 20%, asignación básica, «HE adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización (d.127)», sueldo de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones docentes—, se concluye que los únicos factores salariales que coinciden son la asignación básica y las horas extras, razón por la cual, en principio, serían los únicos a incluir en

la base de liquidación, de conformidad con la sentencia de unificación. Sin embargo, advierte la Sala que la asignación adicional que devengó la demandante durante el año anterior a la adquisición del derecho, pese a no estar señalada de manera expresa en el listado de la Ley 62 de 1985, debe ser incluida, por disposición de los respectivos decretos anuales de salarios expedidos por el Gobierno nacional para el personal docente. En efecto, como lo recordó esta Sala (...) los sucesivos decretos por los cuales se fija la remuneración de los servidores públicos sometidos al régimen especial del Estatuto Docente —Decreto Ley 2277 de 1978— y del Estatuto de Profesionalización Docente —Decreto Ley 1278 de 2002— han establecido unas asignaciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con las funciones asignadas y las jornadas en que laboren, las cuales deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del ingreso base de cotización al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio. [...] Por consiguiente, de conformidad con las respectivas disposiciones de cada uno de los decretos citados, la mencionada asignación adicional debe tenerse en cuenta para el cálculo del ingreso base de cotización al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En ese sentido, es deber de la entidad empleadora efectuar las respectivas cotizaciones. [...] aunque en el plenario no existe prueba de que sobre dicha asignación se hayan efectuado aportes, comoquiera que el certificado de salarios expedido por la entidad no contiene dicha información, ello no obsta para ordenar su inclusión en la liquidación de la pensión de la demandante, por cuanto constituye factor salarial para efectos pensionales. Lo anterior no desvirtúa la regla de unificación fijada por la sentencia del 25 de abril de 2019, en tanto allí se definió que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 20013 (sic), como es el caso de

la demandante, son aquellos sobre los que se hayan efectuado las respectivas cotizaciones, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, el cual dispone, en su inciso final, que «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». Por otro lado, en relación con el factor «HE Adultos Lic. Y Prof. 2A con especialización», la Sala advierte que este corresponde a las horas extras que certificó la directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Pereira, y que se incorporaron al Formato Único para la Expedi-

ción de Certificados de Salarios, expedido por el FOMAG, las cuales ordenó incluir el a quo. [...] En conclusión, el ingreso base para la liquidación de la pensión de la demandante estará integrado por la asignación básica, las horas extras y la asignación adicional coordinador 20%. Por consiguiente, se modificará la sentencia apelada en el sentido de precisar que a la actora le asiste derecho a que en la liquidación de su pensión de jubilación se incluya, además de los factores ordenados por el a quo, la «asignación básica adicional coordinador 20%» que devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional.”.

Determinación del ingreso base de liquidación en el régimen pensional del afiliado al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. Reliquidación de la pensión de jubilación del docente nacionalizado en el régimen de transición pensional.

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-01576-02 (1107-2022)

FECHA: 25/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: María Cecilia Quintero Correa

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Antioquia – Secretaría de Educación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante, en su calidad de docente afiliada al FOMAG, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo todos los factores devengados en el último año de servicios o únicamente aquellos previstos en la Ley 62 de 1985, conforme a la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 para los docentes oficiales?

Tesis: “[...] La accionante se vinculó al servicio docente desde el 6 de septiembre de 1974, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo tanto la pensión de jubilación estaría sujeta al régimen previsto en la Ley 33 de 1985, según lo dispuesto en el literal B) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta que la señora (...) era docente nacionalizada. De acuerdo con este análisis, a la accionante le es aplicable la sentencia de unificación SUJ -014 -CE-S2 -2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, que se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al FOMAG, la cual se relaciona con el ingreso

base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FOMAG. En la mencionada sentencia de unificación se estableció, de manera expresa, lo concerniente a los efectos de la decisión, y en ese sentido, se determinó que constituye precedente obligatorio que se aplica en forma retrospectiva a los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada. Con base en lo expuesto, la Sala procede a aplicar las reglas de unificación al presente caso bajo las aclaraciones advertidas previamente, así: (i) La pensión de jubilación de la señora (...) en su calidad de docente oficial, vinculada antes de la Ley 812 de 2003, debía ceñirse al periodo de liquidación del año anterior a la adquisición de su estatus jurídico, con inclusión de los factores sobre los cuales realizó aportes, siempre y cuando sean aquellos enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y en un monto equivalente al 75% del IBL calculado de la forma indicada. (ii) En el asunto sub judice se verifica que la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación de la deman-

dante mediante la Resolución 35983 del 10 de mayo de 2005 y efectuó un cálculo a partir del salario devengado por aquella durante el último año de servicios anterior al estatus –reconocido el 14 de diciembre de 2004–, aplicando el 75% como tasa de reemplazo, sobre un ingreso base de liquidación –IBL– en el que incluyó la asignación básica por valor de \$1.384.973. (iii) Posteriormente, la entidad reajustó la pensión con base en el retiro definitivo del servicio para lo cual tuvo en cuenta el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior al retiro –1 de enero de 2010– y el IBL lo constituyó la asignación básica devengada por valor de \$2.023.854. (iv) En relación con los factores salariales para incluir en el IBL, se determinó que debían tenerse en cuenta solo aquellos sobre los cuales se hubieran efectuado los respectivos aportes con destino a pensión, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto no podía incluirse ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. (...) Resulta evidente que su pretensión se dirigió a obtener que se incluyera la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, siendo dicha pretensión contraria a las reglas establecidas y de aplicación obligatoria que solo autorizan la inclusión de aquellos previstos en el Ley 62 de 1985, sobre los cuales se efectuaron los respectivos aportes a pensión, de modo que, no encontrándose enlistado ninguno de los factores reclamados por la apelante, no es posible atender favorablemente el recurso presentado. [...] a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación con base en lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, por lo que se advierte que la edad con la que fue adquirido el estatus pensional fue de 50

años y no de 55, sin embargo, ello no será objeto de modificación dado que no hizo parte de la litis, con base en el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral y de la seguridad social. Se debe indicar que la pensión de jubilación de los antiguos docentes territoriales que después se convirtieron en educadores nacionalizados, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 – conforme a la Ley 91 de 1989– se someten al régimen legal aplicable a ellos anterior a la Ley 100 de 1993 (salvo caso de excepción debidamente comprobada), que corresponde a la Ley 33 de 1985, y la regla general que establece para tener derecho a dicha prestación, exige que haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. En este caso, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la actora acreditó tener al 13 de febrero de 1985, 10 años, 5 meses y 7 días de servicios, pues empezó a laborar el 6 de septiembre de 1974, por lo que no quedó excluida de la aplicación de la Ley 33 de 1985 y en consecuencia, no podía regirse por las normas anteriores, como lo son entre otras, la Ley 6 de 1945, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, los cuales fueron derogados expresamente y no revivieron en virtud de la mención que del Decreto 3135 de 1968 hizo la Ley 91 de 1989. Según la normatividad legal, la demandante es docente nacionalizado, vinculada al Departamento de Antioquia, pero no le es aplicable la excepción restrictiva del parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, debido a que no había cumplido quince años de servicios al momento en que entró en vigencia esta ley, y por lo tanto, su pensión de jubilación está sujeta a lo exigido por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985”.

Régimen de transición establecido artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación previsto en la Ley 33 de 1925. Reintegro de prestaciones periódicas pagadas a los particulares y aplicación del principio de buena fe. Prueba de la conducta fraudulenta para la obtención de los requisitos de la pensión de jubilación.

RADICADO: 41001-23-33-000-2018-00184-01[1062-2022]

FECHA: 01/09/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Departamento del Huila

DEMANDADO: Avelino Olaya Leyva

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Resolución 467 de 12 de octubre de 2006, expedida por el gobernador del Huila y a través de la cual le reconoció la pensión de jubilación al demandado, se encuentra afectada de nulidad por violación del ordenamiento jurídico superior y falsa motivación, en la medida que el demandado no cumplió con el requisito de 20 años de servicios para el reconocimiento de la pensión, previsto en la Ley 33 de 1985?

Tesis: “[...] del análisis crítico del acervo probatorio allegado no se desprende que el demandado haya laborado en calidad de servidor público del departamento del Huila en el lapso comprendido entre 1969 a 1976, toda vez que ni en los expedientes e historias laborales que reposan en el archivo de la entidad, ni en el Fondo de Pensiones se encuentra ningún documento que sustente dicha vinculación o la remuneración que percibió. La certificación del 25 de febrero de 2005 expedida por el profesional universitario de la Secretaría General del departamento del Huila a que alude el apelante, en la que se hace constar que aquel sirvió

como ayudante en la hacienda San Julián, dependiente de la Secretaría de Agricultura del Huila, desde el 1º de enero de 1969 hasta el 30 de diciembre de 1976, carece de la historia laboral y de los actos de nombramiento que le den soporte a dicha información, siendo estos documentos esenciales para evidenciar el tiempo de servicio y el cargo desempeñado por el demandado. Aunado a ello, la Contraloría Departamental del Huila, en diciembre de 2017 realizó auditoría en el Fondo Territorial de Pensiones del Huila en la cual detectó múltiples inconsistencias en 28 reconocimientos pensionales efectuados entre el 2001 y el 2011, dentro de las cuales refiere el hallazgo relacionado con el señor (...). [...] Sobre la existencia de tales irregularidades también da cuenta la testigo (...) quien tenía una experiencia de 29 años de labores en el departamento del Huila, y desde el 2016 se desempeñaba como líder del proceso de archivo, quien relató que, a raíz de los hallazgos detectados por la Contraloría, expidió unas constancias laborales tomando como referente la documentación física que reposa en los expedientes de cesantías, histo-

rias laborales, actos administrativos, inventarios y nóminas de funcionarios. Sostuvo la testigo que con relación al demandado, emitió las constancias de los años 2017, 2018 y 2019 visibles en los folios 25, 201 y 337 del expediente, en las que da cuenta de que no encontró soporte de las vinculaciones que se relacionan en los kárdex, así mismo, que se registraban nombramientos antiguos de la década de 1950 y anteriores, y que para el año 2007 fueron digitalizados, pero que es extraño que se desaparezca toda la historia laboral, los expedientes de cesantías y pagos prestacionales (nóminas), o todos los actos administrativos de nombramiento, incluso, advirtió que sí reposan los expedientes de otros empleados que laboraron en la época discutida (liquidaciones prestacionales, permisos, sanciones, memorandos, actas de posesión) pero no los del señor (...) del que no se halló prueba sobre vinculaciones anteriores a 1977. En ese orden, para la Sala es claro que para el 19 de abril de 2005, fecha de la solicitud de reconocimiento pensional, el demandado no cumplía con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicios, además, tampoco demostró ser beneficiario de la transición prevista en el artículo 1 parágrafo 2 ibidem, pues no es cierto que para el 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de dicha norma, acreditara más de 15 años de servicios como lo manifestó en su solicitud, acompañando para tal efecto una certificación carente de soporte probatorio, pues del conjunto probatorio es posible establecer que tan solo acreditaba 8 años de servicios. [...] como consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución 467 del 12 de octubre de 2006 resulta procedente la cesación del pago de la pensión ilegalmente reconocida. En lo concerniente al reintegro de las mesadas pensionales recibidas con ocasión del acto ilegal, esta Corporación ha sostenido que para que proceda el

reintegro de prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, se debe probar por parte de la administración que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que se utilizaron documentos falsos dentro de la actuación administrativa, y que ello conllevó al reconocimiento de un derecho pensional. [...] dentro del proceso se acreditó que el demandado incurrió en conductas fraudulentas al brindar información y aportar una certificación carente de soporte probatorio en documentos esenciales para acreditar su historia laboral y actos de nombramiento, aspecto que es corroborado con el interrogatorio de parte del propio demandado, quien afirmó que «con el apoyo de su padre, en el año 1969 logró trabajar en una hacienda ubicada en el municipio de Yaguará (exactamente a mano izquierda de la entrada al pueblo), de la cual no recuerda el nombre. Se dedicaba a alimentar unos pescados, a traer leña y a conducir una máquina. Allí nació su inclinación hacia la conducción y la mecánica. Cuando llegaba la hora del pago, se acercaban unas personas y le entregaban una bolsita con “mil y pico de pesos” como salario por la labor diaria; nunca preguntó, ni se interesó por saber quiénes eran esas personas, incluso sostiene que no recuerda quien era el gobernador de esa época», de lo cual se logra inferir que no se trató de una vinculación laboral como servidor público, pues no refirió acto de nombramiento, ni posesión, ni mucho menos tener la edad necesaria para una vinculación al servicio público, pues contaba con la escasa edad de 15 años, es decir, no reunía la mayoría de edad que le permitiera una vinculación laboral legal y reglamentaria con el sector público. Es así como el reconocimiento ilegal de la pensión de jubilación, no se motivó en una errónea interpretación de la ley sino en la aducción de una certificación carente de cualquier respaldo probatorio como una his-

toria laboral, un acto de nombramiento o cualquier otro documento soporte para su reconocimiento, documento aportado directamente por el demandado de suerte que es palmaria su actuación fraudulenta en la obtención del reconocimiento pensional. Además, existe una evidente inmediación entre la expedición del certificado de información laboral del 25 de febrero de 2005 (fs. 373 y 374) y la presentación de la petición el día 19 de abril de 2005 (f. 23), esta cadena de indicios, desvirtúan la buena fe del demandado y, por lo tanto, se confirmará la orden de reintegro de las prestaciones pagadas por la entidad demandada. En criterio de la Sala, de acuerdo con la realidad procesal acreditada en este medio de control de legalidad, la actuación del demandado fue decisiva para que la administración de manera indebida le otorgara un derecho prestacional que usufructuó sin tener razón jurídica para ello. Ahora bien, el apelante plantea como argumento en esta instancia la afectación a su mínimo vital y el de su esposa dada su avanzada edad. Al respecto, al proceso no se acompañó prueba que otorgue certeza de esa afectación, así mismo, como se indicó, el demandante nació el 14 de mayo de 1954 por lo que en la actualidad contaría con 68 años de edad. Esta circunstancia permite inferir que aquel aún se encuentra en el rango límite de 70 años de edad para configurar una situación de retiro forzoso conforme a lo previsto por la Ley 1821 de 2016, de modo que incluso podría, si lo considera plausible, efectuar cotiza-

ciones al sistema por 2 años más hasta completar el tiempo de servicios exigido por el ordenamiento jurídico para adquirir el estatus pensional. Por lo expuesto, no se presentan las condiciones que involucren una afectación a la vida digna o al mínimo vital, y tampoco resulta procedente efectuar estudios extra petita bajo la aplicación de otros regímenes pensionales diferentes al que fue formulado en la demanda al exponer el concepto de violación. Incluso, con la confirmación de la sentencia apelada tampoco se vulneraría el derecho fundamental a la seguridad social, toda vez que la decisión de fondo en este caso consiste en revocar el reconocimiento de la pensión de jubilación con aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985 que establecía la edad de 50 años, por no ser este el régimen aplicable, pero sin que se haya realizado pronunciamiento respecto de tal reclamación a la luz de los preceptos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por ello, claramente al margen de lo resuelto en esta causa judicial, lo cierto es que el demandado podría solicitar el pago de una pensión de jubilación ante la entidad demandada, o las demás competentes según el con texto jurídico que se plantee en su momento, con base en la aplicación de esta última normativa. Lo anterior cuando acredite la satisfacción de los requisitos y condiciones específicas que le sean aplicables, de acuerdo con las reglas de unificación jurisprudencial de la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018”.

Régimen especial de pensiones del DAS antes de la entrada en vigor del Sistema General de Seguridad Social. Cobro y traslado de los aportes para pensión no efectuados respecto de la prima de riesgo por el Departamento Administrativo de Seguridad o de la entidad que haya asumido la obligación.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-03385-01[2039-2018]

FECHA: 15/09/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Arturo Hernández Hernández

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante, quien se desempeñó como detective del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de la prima de riesgo percibida en los 10 años anteriores a su retiro del servicio?

Tesis: “De conformidad con las reglas de unificación fijadas en sentencia SUJ-028-CE-S2-2022 del 28 de julio de 2022, el personal que desarrollaba actividades de alto riesgo en el DAS y que estuviera cobijado por los regímenes de transición regulados en los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003 se rige en materia pensional por lo siguiente: i) Tendrán derecho a que se respeten las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, este es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en

el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. ii) Los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones aquí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de cotización para pensión. En el caso del personal del DAS de que tratan los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo prevista en este decreto debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley, es decir: - En el 40%, desde el 26 de diciembre de

2003 hasta el 30 de diciembre de 2007. - En el 50%, desde el 31 de diciembre de 2007 hasta la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades, por disposición del Decreto 4057 de 2011. iii) Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia. De igual forma, las anteriores reglas son de aplicación retrospectiva en el entendido que resultan vinculantes para todos los casos pendientes de solución tanto en sede administrativa como judicial, salvo en aquellos procesos donde hubiere operado la cosa juzgada. [...] la pensión del señor (...) como ex detective del DAS, debe liquidarse con el promedio de lo devengado en los 10 años anteriores a la adquisición del estatus pensional o, como en este caso, al retiro definitivo del servicio, como ocurrió con los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional citados. Ahora, en cuanto a los factores salariales, se precisa que en el caso de los ex detectives del DAS solo son computables, por regla general, aquellos regu-

lados en el Decreto 1158 de 1994 y, adicionalmente, la prima de riesgo en los términos estipulados por el artículo 2 de la Ley 860 de 2003. En ese orden de ideas y conforme a lo probado en el plenario, la parte demandante solo tiene derecho a que se compute su pensión con la inclusión de la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados en una doceava parte y la prima de riesgo. Con todo, de las pruebas obrantes solo se acreditó que se hicieron descuentos con destino a pensión sobre los dos primeros factores, sin que se observe la misma situación respecto de la prima de riesgo, razón suficiente para considerar procedente, tal como lo dispuso el a quo, en ordenar la reliquidación de la pensión de la parte demandante con la inclusión de este último por tratarse de un factor a incluir en el IBL pensional en los términos de la Ley 860 de 2003. Finalmente, y en concordancia con lo dispuesto por la sala plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la tercera regla de unificación contenida en la sentencia del 28 de julio de 2022, no se ordenará efectuar descuento alguno a cargo del pensionado por concepto de los aportes no efectuados por el empleador. En ese sentido, corresponderá a la UGPP adelantar los procedimientos o acciones pertinentes para lograr el cobro y traslado de los aportes para pensión no efectuados respecto de la prima de riesgo por el Departamento Administrativo de Seguridad o de la entidad que haya asumido tales obligaciones, luego de su supresión. [...]”.

Reconocimiento de la pensión de jubilación del docente oficial. Aplicación del régimen de transición de la pensión de jubilación y pensión por aportes. Ingreso base de liquidación de la pensión para beneficiario del régimen de transición pensional por factores salariales.

RADICADO: 15001-23-33-000-2019-00103-01 [3083-2022]

FECHA: 19/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: César Eduardo Martínez Cuevas

DEMANDADO: Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Al demandante, en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988 en cuantía del 75 % del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio?

Tesis: “[...] sobre el particular la parte demandada esgrime que el nombramiento formal del libelista como docente del magisterio oficial, solo ocurrió hasta el 15 de marzo de 2004 conforme al Decreto 166 del 25 de febrero del mismo año. Empero, el señor (...) aduce que a pesar de este hecho, lo cierto es que el desempeño de sus funciones como educador en las instituciones educativas públicas de la Secretaría de Educación de los municipios de Jenesano y Samacá, tuvo lugar desde el 2 de agosto de 1989 en razón de múltiples contratos de prestación

de servicios para ejercer la labor de maestro estatal. [...] sin perjuicio del vínculo contractual existente en los lapsos aludidos, y sin que en esta sentencia se emita pronunciamiento sobre una eventual declaratoria de existencia de una relación laboral para aquella época, sí debe entenderse que el señor (...) ejerció funciones propias e inherentes a la condición de docente estatal en cada uno de sus interregnos de ejecución. [...] esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, en la cual se precisó que «[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones

durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]». [...] Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en cuanto a las previsiones normativas sobre requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho. [...] se resalta que a lo largo del proveído aludido, el Consejo de Estado precisó que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes oficiales tanto nacionales, nacionalizados y territoriales, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso al servicio educativo estatal [...] Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 tanto nacionales como nacionalizados, y de los nombrados a partir del 1.º de enero de 1990 pero en todo caso antes del 27 de junio de 2003 cuando entró a regir la Ley 812 de 2003, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas: - Edad: 55 años para hombres y mujeres - Tiempo de servicios: 20 años - Tasa de remplazo: 75%. - Ingreso Base de Liquidación: Que comprende i) el período del último año anterior a la adquisición del estatus y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62

de 1985, que son: 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. [...] se colige que la aplicación de uno u otro régimen está condicionada a la primera fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente. Para el asunto de marras, tal como se expuso en el acápite referente a la condición de educador estatal del libelista, este debe ser considerado como tal desde el 2 de agosto de 1989 cuando ejerció funciones inherentes a la mentada profesión para el municipio de Jenesano, ello a través de órdenes de prestación de servicios que comenzaron su ejecución desde dicha data conforme a la certificación laboral emitida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, la cual en todo caso es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003). [...] dicha providencia se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo, como sucede en el sub iudice, el educador también tiene acumulados tiempos cotizados como contratista y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS (hoy Colpensiones). [...] encuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes al ISS al igual que al FNPSM (...) la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 71 de 1988. Esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados ante la actual Administradora Colombiana de Pensiones y a la vez al aludido fondo, esto a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. [...] el señor (...) en su calidad de docente oficial afiliado al FNPSM, con acumulación de aportes al ISS como contratista y al referido fondo como

docente oficial con vinculación legal y reglamentaria, y además, con el ejercicio comprobado de dicha actividad como educador antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación ordinaria con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, efectiva desde la fecha de adquisición del estatus jurídico respectivo y liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica y las horas extras devengadas durante el año anterior a la referida consolidación prestacional, es decir, del 3 de abril de 2012 al 3 de abril de 2013. [...] la falta de reconocimiento pensional a favor de la parte activa se encuentra injustificada, pues se demostró con base en la argumentación precedente que aquel reunió y acreditó con suficien-

cia los requisitos consagrados en la Ley 71 de 1988 a fin de obtener el derecho a percibir una pensión de jubilación, pues acumuló más de 20 años de cotizaciones derivadas de servicios prestados tanto en calidad de contratista como de docente con una relación legal y reglamentaria vigente, y además, cumplió 60 años de edad así como se evidenció en el cuadro precedente. [...] no es procedente la inclusión de todos los emolumentos percibidos por aquel en ese mismo período como lo deprecia en la demanda, pues conforme a la línea interpretativa de cierre referida, solo pueden computarse los factores sobre los cuales el docente hubiese realizado aportes y que estuviesen enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985. En este caso como se analizó, solo corresponde incluir la asignación básica y las horas extras, no así las primas de navidad y de vacaciones. [...]”.

Procede el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez frente a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

RADICADO: 66001-23-33-000-2017-00521-01 [3657-2019]

FECHA: 09/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Dolores Medina Villaquirá

DEMANDADO: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Procede el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de su pensión de vejez a la servidora pública que se vinculó al servicio con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993?

Tesis 1: “[...] La Sala llama la atención en el sentido de que la disposición transcrita [artículo 37 de la Ley 100 de 1993] supone tres supuestos fácticos para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión: i) que el empleado haya cumplido la edad para obtener la pensión de vejez; ii) que no haya cotizado el mínimo se semanas exigidas y, iii) que declare su imposibilidad de continuar cotizando. Se encuentra debidamente acreditado en el expediente que la señora (...), prestó sus servicios laborales en su momento al Hospital Universitario San Jorge, entre el 11 de julio de 1977 cuando fue posesionada como ayudante de anestesiología hasta el 9 de febrero de 1988 cuando se declaró vacante el cargo de auxiliar de enfermería que ocupaba. Por tanto, estuvo vinculada por más de diez años a la entidad de salud demandada (...) De acuerdo con las anteriores pruebas, resulta evidente que la señora (...) estuvo vinculada al sector público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley

100 de 1993 -que en las entidades territoriales comenzó a partir del 30 de junio de 1995-, que contaba con 58 años de edad para el año 2016 cuando solicitó de la administración la indemnización sustitutiva de pensión y, que estaba en imposibilidad de seguir cotizando. Por tanto, no cabe duda que los tres requisitos legales del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, son cumplidos por la señora (...), por cuanto no alcanzó a laborar en el servicio público por más de 20 años, a pesar de ya haber superado los 50 años de edad. Como la accionante laboró entre los años 1977 y 1988, su derecho pensional estaba configurado bajo el marco normativo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. Continuando la disertación, el legislador del año 1993 concibió la figura de la indemnización sustitutiva de pensión, precisamente ante situaciones como la expuesta en la que los afiliados al sistema pensional tienen la posibilidad de acceder a esta prestación económica, con el fin de lograr el reintegro de los dineros ahorrados a lo largo de su vinculación laboral ante la contingencia inexorable del cumplimiento de la edad mas no del tiempo de servicio para pensionarse, previo el lleno de ciertos requisitos exigidos según el tipo de indemnización sustitutiva que solicite, esto es por vejez, por invalidez o por muerte del

afileado. (...) Los supuestos fácticos exigidos en el literal a) del artículo 1° del Decreto 4640 de 2005 se avienen al caso en estudio, como quiera que fue con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que la señora (...) encontrándose ya retirada del servicio desde el año 1988, cumplió el requisito de la edad -58 años al año 2016- pero no acreditó el número mínimo de semanas de cotización para tener derecho a su pensión de vejez, quien además declaró su imposibilidad seguir cotizando. (...) no obstante la indemnización sustitutiva de pensión haber sido tipificada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 de Seguridad Social Integral, ello no quiere decir que no se deba reconocer a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de esta legislación como ocurrió en el caso sub judice, dado el fin principal que no es otro que el de garantizar los derechos constitucionales de la población vulnerable, es decir, el de las personas que ya han cumplido la edad para pensionarse, que no se encuentran en capacidad de continuar laborando ni de seguir cotizando. Por otra parte, el legislador no previó para el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de pensión, exigencias distintas a las consignadas en los artículos 37 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001 modificado en su artículo 1° por el Decreto 4640 del 19 de diciembre de 2005, normas transcritas en precedencia..(...)la entidad accionada ha manifestado como argumento defensivo que no está en capacidad de desembolsar la indemnización sustitutiva reclamada por la actora, como quiera que en la época en que transcurrió la vinculación laboral no se efectuaron los descuentos de la nómina de la señora (...), para lo cual aportó las respectivas copias de los certificados mensualizados de salarios devengados por la accionante entre junio de 1977 y enero de 1988, con el fin de acreditar que los aportes a la seguridad social no se efectuaron,

razón por la que dijo se está lejos de configurar un supuesto enriquecimiento sin justa causa. La Sala no acoge esta inconformidad, por cuanto resulta innegable también, de acuerdo con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Salud, que a pesar de no haberse descontado para seguridad social como lo consignó la casilla 31, los aportes fueron efectuados por el propio Hospital Universitario San Jorge, tal y como así lo acredita la casilla 32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES. Nombre HOSPITAL U. SAN JORGE (...) no sirve de excusa el afirmar que la ESE Hospital Universitario San Jorge en su momento, no trasladó los aportes a una caja o fondo prestacional, por cuanto a pesar de que la relación laboral con la accionante se hubiera terminado, lo cierto es que la entidad empleadora asumió los descuentos que debieron haber sido aportados a la seguridad social de la demandante, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. La anterior afirmación se corrobora, porque durante el periodo comprendido entre los años 1995 y 2016, es decir, entre la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral y el momento en que la accionante reclamó en sede administrativa, la entidad hospitalaria debió cumplir el mandato consignado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, por cuanto no obra en el expediente prueba que acredite el traslado de las cotizaciones obligatorias de la señora (...) a la respectiva entidad pensional, por lo que en principio le correspondería a la ex empleadora responder por la totalidad del aporte a pesar de que no hubiera efectuado los respectivos descuentos en su oportunidad a la trabajadora. Es pues con fundamento en las anteriores motivaciones, que no cabe duda alguna en el sentido de que a la (...) le asiste el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, en el marco del artículo 46 de la Constitución Polí-

tica, que le otorga especial protección por parte del Estado a las personas de la tercera edad, dada su situación de debilidad manifiesta, por lo que resulta apremiante garantizarle su derecho a la protección social. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez le corresponda al departamento de Risaralda, en su condición de llamado en garantía?

Tesis 2: “[...] el certificado de beneficiarios 9 del 18 de septiembre de 1997 en el que aparece el nombre de la demandante en el orden 1095, al hacer parte integrante del contrato de concurrencia 858 de 1998, ubica a la señora (...) como beneficiaria del fondo del pasivo prestacional del sector salud, que implica per se que lo sea del bono pensional como acertadamente lo afirmó el impugnante y por ende de la consecuente indemnización sustitutiva de pensión, no obstante de tratarse de dos eventos distintos. Por tanto, al haberse presupuestado los bonos pensionales en el ítem reserva pensional de activos, la Sala considera que encaja en la situación de la señora (...) a quien le fue reconocido su derecho a bono pensional como ya se analizó y, que la expresión “activos”, no implica que la vinculación laboral no se haya extinguido como erradamente lo interpretó la apoderada del departamento de Risaralda al descorrer los alegatos de conclusión, al afirmar que “dicho acuerdo no opera en el caso de la señora (...) por cuanto no es posible para la gobernación de Risaralda, ..realizar el pago de bonos pensionales del personal retirado del Hospital Universitario San Jorge de Pereira”. La expresión “activo” no implica en este caso, que el vínculo laboral no haya terminado dejando por fuera la situación de la señora (...) quien desde el año 1988 se retiró del servicio de lo cual no hay duda, sino que la obligación en favor del trabajador se encuentra activa o vigente, tal y como en el presente caso operó en virtud del certificado N° 9 del 18 de septiembre de 1997.

Ahora bien, la Sala no puede perder de vista, que muy seguramente la señora (...) no alcanzó a que la partida presupuestal que le fue reservada en el contrato de concurrencia del 30 de diciembre de 1998 en el rubro “retirados con derecho a bono pensional”, se concretara como tal en bono pensional, como quiera que en el año 2016 declaró la demandante su imposibilidad de continuar cotizando para pensión pues vivía en otro país y porque dada su edad no alcanzaba a acceder a la pensión”. Ante tal situación y en aras de garantizar los derechos superiores de la demandante, no obstante tenerse la certeza en cuanto a las diferencias que existen entre los bonos pensionales y la indemnización sustitutiva de pensión, desde la óptica de la forma en que se adquieren, se liquidan y se cancelan, lo cierto es que se considera que en el sub judice ante la imposibilidad de hacerse efectivo el bono pensional reconocido en el contrato de concurrencia en favor de la actora, este derecho enervará el de la indemnización sustitutiva de pensión reclamada. (...) la Sala no puede hacer abstracción de los supuestos fácticos contemplados en el artículo 7° del Decreto 306 del 2 de febrero de 2004 “Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001”, legislación que derogó el Decreto 530 de 1994 con fundamento en el cual se expidió el contrato de concurrencia 000858 de 1998 (...) Mediante sentencia del 21 de octubre de 2010 radicación número 11001-03-25-000-2005-00125-00 (5242-2005) M.P. Alfonso Vargas Rincón, fue declarada la nulidad parcial de la expresión “y las instituciones hospitalarias concurrentes” contenida en el literal d) artículo 3°, en los incisos 3° y 4° del numeral 1 del artículo 7° y en los artículos 10° y 11° del Decreto 306 de 2.004, al considerar que “el gobierno al incluir a las instituciones hospitalarias como responsables financieras del pasivo prestacional del sector salud en forma concurrente, introdujo modificaciones sustanciales a la estructura de la ley reglamentada y

excedió su potestad al actuar sin competencia, ya que esta materia, por virtud de la Carta Política, es de competencia exclusiva del legislador ordinario”. (...) Finalmente el Decreto 0700 del 12 de abril de 2013 “Por el cual se reglamentan los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001” prescribe: Artículo 1°. Financiación del pasivo prestacional del sector salud. La financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto

Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales.(...) En conclusión, de acuerdo con el marco legal y el precedente jurisprudencial transcrito, el pago de la indemnización sustitutiva de pensión a la que tiene derecho la señora (...) le corresponderá hacer a la entidad territorial llamada en garantía departamento de Risaralda, atendiendo el procedimiento legal previsto en el Decreto 0700 de 2013 que derogó el Decreto número 306 de 2004. [...]”.

El régimen de transición pensional del Decreto 1835 de 1994, que remite a los decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo de los detectives del DAS, se encuentra supeditado para su aplicación al cumplimiento de 750 semanas cotizadas o 20 años de servicios a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

RADICADO: 08001-23-33-000-2018-00613-01(0288-2020)

FECHA: 09/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia.

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Jorge Luis Pérez Pianeta

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El exdetective del suprimido DAS tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por riesgo, de conformidad con los decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989?

Tesis: “[...] la Ley 860 de 2003 dispuso una transición que remite a la aplicación del citado Decreto 1835 de 1994 que a su vez, reguló una transición (art. 4) que permite acudir a las normas vigentes anteriores a la Ley 100 de 1993, que para el DAS son los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. En esa medida, como el Decreto 1835 de 1994 fue expedido en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993, las normas anteriores a las que aquel remite solo son aplicables vía transición, por lo que, debe observarse el límite temporal de 750 semanas para conservar la transición, previsto en el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005. Por otra parte, se tiene que, de acuerdo con el párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley 860 de 2003, son beneficiarios del régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1835 de

1994, los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994, que a la fecha de entrada en vigencia de la referida Ley hubieren cotizado 500 semanas. Pues bien, el señor (...) estaba vinculado a la entidad al momento de entrar en vigencia el referido Decreto, toda vez que al 4 de agosto de 1994 [Fecha de entrada en vigencia del Decreto 1835 de 1994] laboraba para el suprimido DAS. Y, además, para el 29 de diciembre de 2003 contaba con un poco más de 674 semanas, dado que su ingreso al servicio figura el 20 de noviembre de 1990, de suerte que superaba con las 500 requeridas. En consecuencia, se precisa que para el derecho pensional del actor, serían aplicables las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, el Decreto Ley 1933 de 1989, que remite al Decreto 1047 de 1978, conforme lo dispone el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994, que regula el régimen de transición para las pensiones especiales por riesgo. Empero, la aplicación de los referidos Decretos 1933 de 1989 y 1047 de 1978, tal como se dijo en precedencia, debe entenderse en consonancia con lo ordenado por

el Acto Legislativo, cuyo parágrafo transitorio 4 dispone que “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. Pues bien, el 25 de julio de 2005, fecha en la que entró en vigencia

el referido Acto Legislativo, el señor (...) contaba con 5240 días de servicio (se descuentan 45 días correspondientes a las interrupciones certificadas por el empleador), que equivalen a 748,5 semanas. Así las cosas, en atención a que en este proceso no se acreditaron más tiempos de servicios anteriores al 25 de julio de 2005, el señor (...) no tiene derecho a conservar el régimen especial previsto para los detectives del extinto DAS (Decreto 1047 de 1978 que solo exigían 20 años de servicios), hasta el 31 de diciembre de 2014. [...]”.

Pensión de jubilación convencional de trabajador de Foncolpuertos. Buena fe en materia pensional.

RADICADO: 25000 23 42 000 2014 02376 02 [4517-2021]

FECHA: 30/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: José Arturo García Betancourt

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El recurso de apelación elevado por la UGPP presenta reales razones de disenso frente a la sentencia de primera instancia o si, por el contrario, se configura una apelación fallida?

Tesis 1: “[...] [L]a parte demandante interpuso el presente medio de control con el propósito de que se declare la nulidad de las Resoluciones (...) por medio de la cuales se reconoció y reliquidó, respectivamente, una pensión convencional proporcional de jubilación en favor del señor (...); como consecuencia de lo anterior, que se revoque dicha mesada prestacional y se ordene la devolución de las sumas pagadas por ese concepto. En sentencia de primera instancia (...) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, accedió a todas las pretensiones de la demanda, toda vez que declaró nulos los actos citados, revocó la pensión cuestionada y ordenó el reembolso de los dineros cancelados al demandado en razón de esa prestación, al encontrar desvirtuada la presunción de buena fe. (...) A pesar de lo anterior, por medio de memorial visible (...) la Unidad presentó recurso de apelación en contra del fallo de primer nivel, en donde reiteró los argumentos propuestos en la demanda relacionados

con la devolución de sumas pagadas de más, a pesar de que dicho aspecto le fue resuelto favorablemente por parte del tribunal. En ese sentido la Sala advierte que no existen disensos reales por parte de la Unidad, toda vez que la sentencia que recurre le fue favorable en todos los aspectos. En este punto vale la pena traer a colación el artículo 320 del Código General del Proceso, extensible por remisión normativa del artículo 306 de la Ley 1437 del 2011, que señala que el recurso de apelación podrá ser interpuesto por la parte a quien le haya sido resuelta desfavorablemente una providencia. De acuerdo con lo anterior, lo relacionado con la mala fe el reintegro de los dineros pagados por concepto de pensión al demandado no es un aspecto que le haya sido resuelto desfavorablemente a la parte accionante, lo que quiere decir que carece de toda lógica jurídica que presente argumentos en contra de esa decisión. Visto lo anterior, la Sala concluye que se encuentran configurados los presupuestos necesarios para declarar fallida la apelación propuesta por la UGPP, pues su alzada versa sobre una pretensión que le fue concedida por el juez de primera instancia, lo que quiere decir que no existen razones reales para efectuar un estudio de fondo sobre lo planteado por la demandante”.

Problema jurídico 2: ¿Hay lugar a revocar la pensión convencional proporcional de jubilación que le fue concedida al señor José Arturo García Betancourt en la Resolución 097 del 12 de febrero de 1991 y reajustada por medio de la Resolución 2236 del 21 de noviembre de 1996?

Tesis 2: “[...] [L]a empresa Puertos de Colombia estaba constituida como una empresa industrial y comercial del Estado, razón por la cual, se precisa que estaba compuesta principalmente por trabajadores oficiales y los cargos de dirección y confianza por empleados públicos. (...) Los reconocimientos y pagos de pensiones de jubilación originados en convenciones colectivas, ordenanzas, acuerdos municipales o de establecimientos públicos, etc. deben sujetarse a las normas que para el efecto han fijado el constituyente y el legislador, pues, de lo contrario, estarían viciados por falta de competencia y, por contera, de ilegalidad. (...) conforme a los criterios orgánico y funcional que ha implementado la legislación, la jurisprudencia y la doctrina para distinguir quién es empleado público y quién es trabajador oficial, y dado que se halla acreditado que el demandado era gerente general de la empresa, designado de forma directa por el Gobierno nacional, aquel ostentaba funciones de manejo y estricta confianza y, por ende, tuvo la calidad de empleado público con funciones directivas, circunstancia que, por demás, no ha sido discutida por el demandado.(...) Bajo esas consideraciones, los empleados públicos no son beneficiarios de las convenciones colectivas previstas para los trabajadores oficiales, toda vez que para esa clase de servidores públicos existen otros mecanismos de concertación que, en todo caso, no culminan con la suscripción de una convención, sino con, por ejemplo, un acuerdo con el empleador. En ese sentido, el señor (...) no podía ser beneficiario de la Convención Colectiva de trabajo de los años 1977 y 1978 suscrita entre las organizaciones sindicales portuarias y la

Empresa Puertos de Colombia. Además, debe tenerse en cuenta que el propósito de las convenciones colectivas de trabajo es el de mejorar, de algún modo, las condiciones contractuales de la relación laboral, es decir, que dicha necesidad no puede predicarse, precisamente, de los empleos públicos de dirección y confianza que, valga la pena decir, ostentan mayores y considerables beneficios salariales y prestacionales en relación con los trabajadores oficiales, dadas las exigencias y compromisos propios del cargo. (...) Entonces, el derecho pensional del demandado fue concedido con base en un acta de junta directiva, según propuesta del gerente general de la empresa, quien resulta ser el mismo demandado en esta oportunidad, con absoluto desconocimiento de los términos legales en materia de convenciones colectivas de trabajo y con fundamento en un acuerdo que no se refiere, en ninguno de sus apartes, a temas prestacionales, pues se limitó a fijar los incrementos salariales de los beneficiarios de la convención. (...) En virtud de lo anterior, es claro que las prestaciones sociales reconocidas a partir de los beneficios concedidos por convenciones colectivas de trabajo fueron saneadas por el legislador a través de la Ley 100 de 1993; sin embargo, esa norma es clara al indicar que ello solo procedía en situaciones de derechos adquiridos, en aras de garantizar las expectativas legítimas de los trabajadores beneficiarios. Sobre ello, debe decirse que la consecución irregular de una prestación no puede ser entendida como un derecho adquirido, ni mucho menos como una expectativa legítima, toda vez que la titularidad de un derecho solo se adquiere a partir de la plena satisfacción de los requisitos legales para ello, circunstancia que no se encuentra demostrada dentro del particular, toda vez que el demandado nunca fue beneficiario de la convención colectiva que otorgaba el derecho pensional proporcional discutido, pues ello obedeció a una interpretación y aplicación anormal de sus

disposiciones.(...) De acuerdo con lo expresado, la Sala considera que la omisión de las normas en materia de convenciones colectivas de trabajo, la adopción de decisiones sin sustento ni consideraciones legales, y la modificación de una convención colectiva de trabajo de forma unilateral que, posteriormente, llevó a la obtención de beneficios pensionales propios a partir

de una convención que, por la calidad de empleado público de dirección y manejo no le era aplicable, es suficiente para dar por desvirtuada la presunción constitucional de buena fe y, en consecuencia, confirmar la decisión del a quo de devolución de las sumas pagadas por concepto de pensión de jubilación. [...]”.

Requisitos de la pensión de jubilación del docente oficial y pensión de jubilación por aportes. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

509

RADICADO: 68001-23-33-000-2019-00830-01[1340-22]

FECHA: 11/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTE: Dora Ligia Martínez Vargas

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

APARECE SIN NOTA DE RELATORÍA

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿A la demandante, en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75 % del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha, sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio, o si lo propio está regulado, en su caso, por la Ley 100 de 1993?

Tesis: “[...] En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado ar-

tículo. [...] es necesario destacar que la parte apelante basa su impugnación en el hecho de que debido a la realización de aportes derivados de contratos de trabajo de carácter privado, y posteriormente en razón de su relación legal y reglamentaria como maestra oficial, la normativa aplicable a su situación pensional sería la Ley 71 de 1988, ello al asegurar que por esta última calidad de servidora pública adscrita al magisterio, tiene derecho al régimen de transición de la Ley 812 de 2003 por haber laborado y aportado al entonces ISS (hoy Colpensiones) antes del 27 de junio de 2003, así lo propio no hubiese ocurrido como docente del Estado. [...] una vez verificados los hechos probados, se advierte que la libelista detentó una serie de relaciones contractuales de trabajo sostenidas con diferentes empleadores privados, particularmente con los señores (...) así como con los colegios Nuestra Señora del Rosario y Provincia del Sagrado Corazón. Lo anterior tuvo lugar durante el período comprendido entre el 1.º de abril de 1979 y el 31 de enero de 2019. [...] En el sub examine se encuentra debidamente demostrado y sin contradicción al respecto, que la fecha a partir de la cual la se-

ñora (...) comenzó a ejercer funciones propias de una docente del Estado fue el 30 de abril de 2007, cuando esta tomó posesión del mentado cargo para el cual fue nombrada mediante el Decreto 0440 del 25 de abril de dicha anualidad, expedido por el municipio de Florida Blanca, data que definitivamente es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003). [...] la Sala encuentra que al haberse comprobado en el litigio bajo estudio que la demandante solo ha tenido una relación legal y reglamentaria con el Estado como maestra oficial, pero consolidada con posterioridad a la promulgación de la norma precitada, se torna inviable verificar su situación pensional conforme a las previsiones anteriores de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, en la medida en que lo propio estaría regulado por la Ley 100 de 1993. [...] Pues bien, en el entendido de que el acto administrativo presunto que es objeto de censura en esta causa judicial, conlleva la negativa de la prestación bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988 solicitados por la actora, se logra concluir que

tal decisión es acertada, en la medida en que se ajusta a los aludidos planteamientos jurisprudenciales de unificación, pues, en efecto, no era procedente que la parte pasiva reconociera la pensión de jubilación por aportes tal como fue deprecada, sino que tendría que haber efectuado el estudio de configuración del derecho conforme a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. [...] la Sala considera que la señora (...) no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988, pues debido a que su vinculación como docente oficial ocurrió con posterioridad al 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia la Ley 812 del mismo año, no resultaba aplicable a su caso la normativa especial de los educadores estatales en materia prestacional que remitía a la norma deprecada, sino que su situación jurídica tenía que resolverse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que denegó los pedimentos de la parte activa [...].”.

Negación de la pensión de jubilación del docente.
Reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.
Requisitos de la pensión de jubilación por aportes.
Inaplicación del régimen de transición pensional.

RADICADO: 66001-23-33-000-2019-00181-01(2077-22)

FECHA: 18/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTE: Luis Alfonso Granada Granada

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al demandante, en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75 % del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha, sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio, o si lo propio está regulado en su caso por la Ley 100 de 1993?

Tesis: “Para resolver el problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989. Ahora bien, adicional a lo planteado en dicha providencia sobre el cálculo de la prestación en comento, lo cierto es que, al verificar las reglas jurisprudenciales contenidas en el mentado fallo, se deduce que esta

también desarrolló postulados específicos y de obligatorio acatamiento acerca del entendimiento de los diferentes regímenes pensionales aplicables a los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio oficial, debido a la expedición de la Ley 812 de 2003. [...] sobre los efectos de la aludida decisión judicial, se destaca que esta los estimó de manera retrospectiva según el ordinal segundo de la parte resolutive, ello en orden de que se extendieran a todas las situaciones pendientes de definición jurídica que no hayan sido objeto de consolidación del fenómeno de cosa juzgada, tal como se presenta en el caso bajo estudio. La sentencia de unificación en comento fijó en síntesis las siguientes reglas de interpretación normativa: a) En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de

1985 y, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b) Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. [...] En primer lugar, con fundamento en lo expuesto previamente, resulta necesario determinar el marco normativo que gobierna el caso del reclamante en virtud de la fecha de ingreso de aquel al servicio educativo oficial [...] verificado el material probatorio, se advierte que el actor detentó una relación contractual de trabajo sostenida con un empleador privado, particularmente con la sociedad comercial Nicole S.A. Lo anterior tuvo lugar durante el período comprendido entre el 10 de enero de 1989 y el 31 de mayo de 1999, tiempo en el que realizó cotizaciones a Colpensiones equivalentes a 518,43 semanas, tal como consta en el reporte emitido por dicha entidad. Aun así, en vigencia de dicho lapso, lo cierto es que no se alega en la demanda ni se demostró a través del acervo probatorio, que el señor (...) hubiese realizado aportes a pensión ante el ISS (hoy Colpensiones) provenientes de relaciones legales y reglamentarias con entidades públicas del sector educativo, así como tampoco efectuados por él mismo en calidad de contratista del Estado bajo la modalidad de educador por OPS, situación que eventualmente habría permitido considerarlo factualmente como docente oficial en las mencionadas fechas. Lo que sí se extrae con claridad del certificado de información laboral emitido por el departa-

tamento de Risaralda, es que el demandante ha ejercido labores como empleado público nombrado en el cargo de docente oficial del orden nacional al servicio del departamento de Risaralda, esto luego de haber tomado posesión de aquella plaza desde el 21 de abril de 2004, y al menos, conforme al hecho tercero del escrito introductor, hasta la fecha de presentación de la demanda (7 de febrero de 2019). Sobre el punto se recuerda conforme al desarrollo del marco jurídico y jurisprudencial propio del presente caso, que, en lo atinente a los servidores del magisterio, la aplicación de uno u otro régimen pensional está condicionada a la acreditación de la primera data de vinculación de cada docente como tal. [...] la Sala encuentra que, al haberse comprobado en el litigio bajo estudio, que el demandante solo ha tenido una relación legal y reglamentaria con el Estado como maestro oficial, pero consolidada con posterioridad a la promulgación de la norma precitada, se torna inviable verificar su situación pensional conforme a las previsiones anteriores de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, en la medida en que lo propio estaría regulado por la Ley 100 de 1993. [...] lo que se advierte a partir del acto administrativo censurado en esta causa judicial (Resolución 2018 del 7 de noviembre de 2018), es que la entidad demandada al momento negar el reconocimiento de la prestación debatida a favor del reclamante, tuvo en cuenta el referido marco jurídico con fundamento en el momento exacto de ingreso de aquel al magisterio, por lo que según los aludidos lineamientos jurisprudenciales de unificación, la parte demandada aplicó en debida forma la normativa sobre la pensión de jubilación a la que tendría derecho el reclamante, es decir, negó el pago de la prerrogativa con base en la Ley 71 de 1988 por ser aplicables los preceptos de la Ley 100 de 1993, los cuales tampoco acreditó en su momento

para que se accediera a la petición. Por consiguiente, se concluye que el señor (...) no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988, pues debido a que su vinculación como docente oficial ocurrió con posterioridad al 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia la Ley 812 del mismo año, no resultaba aplicable a su caso la regulación especial de los educadores estatales en materia prestacional que remitía a la norma deprecada, sino que su situación jurídica tenía que resolverse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993 como en efecto lo determinó la entidad demandada al negar su reclamación [...] Lo anterior sin que sea del caso verificar la

situación particular de aquel de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993, toda vez que, en primer lugar, lo propio no fue instado de manera subsidiaria en la demanda, y aun así, lo cierto es que se afirma que el docente todavía se encuentra activo al servicio del Estado en la referida calidad, por lo que debe percibir salario, prestaciones de la protección social que no la ubican en un estado de indefensión o posible vulneración de su derecho al mínimo vital, lo cual le permite esperar la respuesta formal a su petición, o bien radicar una nueva con base en la normativa realmente aplicable a su contexto fáctico y jurídico, ello en garantía igualmente del pronunciamiento previo de la administración”.

Reconocimiento de la pensión de jubilación de docente oficial. Fecha de efectividad de la pensión y retroactivo de mesadas adeudadas.

RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00853-01 [0276-21]

FECHA: 22/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTE: Hugo Marín Mejía

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La pensión de jubilación reconocida en primera instancia a favor del demandante debe ser efectiva desde la fecha de adquisición de su estatus jurídico como jubilado por ser compatible con la percepción del salario como docente oficial, o si dicha prestación no podía devengarse de manera concomitante con la remuneración por su servicio como educador en actividad?

Tesis: “[...] la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide la coexistencia de dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos. En este sentido, la norma comprende dos prohibiciones, i) desempeñar dos empleos de forma simultánea y ii) recibir más de una asignación del tesoro público. [...] el artículo 128 Constitucional fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4.^a de 1992 [...] se advierte que la prohibición establecida por la Constitución Política de recibir dos o más pagos con fuente de financiación de recursos públicos, abarca también a las pensiones, en términos generales, siempre y cuando su origen provenga de aportes derivados de vinculaciones con el Estado. De hecho, este postulado fue advertido por

legislador en desarrollo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, toda vez que en el artículo 279, inciso 2° de dicha norma, se consagró expresamente la compatibilidad de las prestaciones y salarios docentes [...] esta Corporación ha reconocido que la excepción a la prohibición prevista en la norma relativa de no recibir una pluralidad de asignaciones provenientes del tesoro público, para el caso de los docentes, se refiere a los siguientes eventos: i) la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación; y ii) la pensión de jubilación y el salario percibido por el ejercicio de la docencia. [...] En consecuencia, el personal docente está exceptuado de la prohibición de doble asignación del tesoro público, consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, en el entendido de que de conformidad con el Decreto 224 de 1972 pueden seguir ejerciendo la docencia y percibir además su mesada pensional. En el referido contexto jurídico, resulta pertinente recordar que en su momento, con la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, el Gobierno Nacional consideró necesario contemplar un régimen de incompatibilidades para los educadores oficiales [...] No obstante, debe recordarse que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1157 de 2003 declaró inexecutable

dicha norma [...] En suma, efectivamente los educadores del Estado (tanto nacionales como territoriales sin distinción), a quienes les sea aplicable el régimen especial de pensiones del magisterio, están habilitados normativamente para encontrarse jubilados en pleno goce de su respectiva prestación, y al mismo tiempo continuar en el ejercicio de su cargo como educadores del Estado, esto por lo menos hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso equivalente a 70 años conforme a la Ley 1821 de 2016. [...] el demandante fue vinculado en vigencia del Estatuto Docente contenido en el Decreto 2277 de 1979 y no en el Decreto 1278 de 2002, el cual, en todo caso, así hubiese sido la norma aplicable a su situación, no sería la que regularía su petición pensional como docente oficial, dado que lo propio se ha contemplado es en virtud de la fecha de vinculación del educador en contraste con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, o bien por remisión para tales efectos a la Ley 91 de 1989, que a su vez dirigía el asunto bajo la Ley 33 de 1985, o bien en atención a la Ley 100 de 1993, normas que sí son las que contemplan preceptos específicos en materia prestacional. Por lo tanto, no resultaría viable la Tesis del tribunal de origen que negó la compatibilidad entre la pensión y el salario del educador con motivo del Decreto 1278 de 2002, pues no es esta la norma que regula la situación pensional del reclamante, sino que ello debe someterse a los postulados que sobre la materia han previsto los artículos 19 de la Ley 4ª de 1992, 5 del Decreto 224 de 1972 y 279, inciso 2º de la Ley 100 de 1993. Bajo el referido contexto, es claro que el señor (...) al ser un maestro oficial con derecho a una pensión de vejez conforme a las reglas y condiciones del régimen de la Ley 33 de 1985, sí tiene derecho devengar la aludida prerrogativa y a la vez continuar en ejercicio de su cargo directivo docente hasta el cumplimiento de los 70 años de edad, considerados como la edad de retiro forzoso en

virtud de la Ley 1821 de 2016. Esto es, la prestación reconocida en la presente causa judicial, no debe estar condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio del apelante, sino que tiene que ser efectiva sin restricción alguna desde la fecha de adquisición del estatus jurídico pensional de aquel, ocurrida el 22 de mayo de 2014 como lo determinó el tribunal de origen en la sentencia recurrida, y que corresponde al momento cuando el accionante cumplió 55 años de edad, que es el requisito etario previsto en la Ley 33 de 1985 aplicable a su caso, bajo el entendido de que ya tenía acumulados los 20 años de servicio público. Por lo tanto, es evidente que, contrario a lo estimado por el tribunal de origen, el actor sí tiene derecho al pago del retroactivo de las mesadas pensionales adeudadas desde el 22 de mayo de 2014, cuando la entidad demandada ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación. [...] Ahora bien, tal como se verifica de la parte considerativa de la Resolución 3397-6 del 27 de abril de 2015, el señor (...) reclamó el derecho prestacional en mención con la aludida coexistencia de su salario el 23 de julio de 2014, pero radicó la demanda el 4 de diciembre de 2017, esto es, después del vencimiento de los 3 años siguientes a la única interrupción por la presentación de la petición inicial, por lo que en el presente caso se consolidó la figura bajo estudio respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de diciembre de 2014, lo cual también será declarado en la parte resolutive del fallo. En conclusión, la Sala considera que el señor (...) sí tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación con base en los preceptos de la Ley 33 de 1985, no obstante, contrario a lo estimado por el tribunal de primera instancia, ello es dable con efectividad desde la fecha de adquisición de su estatus jurídico respectivo, esto es, desde el 22 de mayo de 2014, sin condicionar su goce a la demostración del retiro definitivo del servicio, por lo que también consolidó la prerrogativa al

pago del retroactivo causado desde esa data, pero en todo caso, con efectos fiscales desde el 4 de diciembre de 2014 por configuración de la prescripción trienal. Por lo tanto, habrá de revocarse y modificarse parcialmente el fallo impugnado”.

Reconocimiento de la pensión de jubilación por actividad de alto riesgo. Reconocimiento de la pensión de jubilación a detective del DAS.

517

RADICADO: 44001-23-33-000-2015-00103-01 (4208-2016)

FECHA: 06/07/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTE: William Giraldo Díaz

DEMANDADO: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez con el régimen especial del DAS por haberse desempeñado como detective de esa entidad por más de 18 años, pese a no haber cumplido los requisitos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

Tesis: “En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5.ª de 1978, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1047 del 7 de junio del mismo año, el cual en su artículo 1.º dispuso que los empleados que desempeñaran funciones de dactiloscopistas en el DAS, por 20 años continuos o discontinuos y que hubieran aprobado el curso de formación impartido por el instituto de dicho ente, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación a cualquier edad. Adicionalmente, en el artículo 2 ordenó que los servidores que hubieran aprobado el curso ya referido y permanezcan al servicio de la entidad por un término no inferior a 18 años continuos como dactiloscopistas, pueden acceder a la prestación al cumplir 50 años de edad, siempre que para ese momento estuvieran vinculados. [...] El Decreto Ley 1933 del 28 de agosto de 1989 dispuso que los emplea-

dos del DAS serían beneficiarios de las prestaciones sociales previstas para las entidades públicas del orden nacional, en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984 y en las demás reglas que los adicionen o modifiquen y, en el artículo 10 previó que se regirían por los cánones generales sobre pensión de jubilación, al tiempo que quienes desarrollaran funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado, en sus diferentes grados y denominaciones, se gobernarían por lo previsto en el Decreto Ley 1047 de 1978. [...] El Decreto 691 de 1994 extendió el régimen general de pensiones a los servidores que laboraran en actividades de alto riesgo para su salud. No obstante, bajo los parámetros de la Ley 4.ª de 1992, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1835 de 1994, que reglamentó las actividades de alto riesgo de los servidores públicos [...] Dicha norma también estableció un régimen de transición especial para aquellos que a su entrada en vigencia (4 de agosto de 1994) laboraran en dicha actividad, con el beneficio de acceder a la pensión en las condiciones indicadas por las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, es decir, los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 [...] El Decre-

to Ley 2090 de 2003 derogó el Decreto 1835 de 1994 y definió una vez más cuáles actividades son consideradas de alto riesgo, sin incluir las desarrolladas por el personal del DAS. No obstante, la Ley 860 de 2003 se ocupó de regular la materia pensional para quienes desempeñaran labores de alto riesgo en el DAS y en su parágrafo 5.º previó un régimen de transición [...] en reciente sentencia de unificación, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó las siguientes reglas: i) Que los servidores que desarrollaron actividades de alto riesgo del DAS, cobijados por los regímenes de transición de que tratan los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003, tienen derecho a que se respeten las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. Sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. ii) Que los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones allí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de cotización para pensión. En el caso del personal del DAS, la prima de riesgo debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley. iii) Que si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado, destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con

los parámetros indicados en esta sentencia. [...] La parte apelante considera que el demandante no tiene derecho al reconocimiento pensional toda vez que no acreditó ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sin discutir la aplicación de la norma especial que permite a los detectives pensionarse con 18 años de servicio y 50 de edad, ni la forma en que el tribunal reconoció la prestación. [...] En ese sentido, esta subsección ha considerado que la pensión de jubilación especial que se reclama, por virtud de lo dispuesto en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003, se aplica a los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de detective agente, profesional o especializado, y 'se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto-ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones'. [...] Del primer artículo transcrito se puede concluir que el decreto dispuso que los empleados que se desempeñaran como dactiloscopistas en el DAS por 20 años y que hubieran aprobado el curso de formación impartido por el instituto de dicho ente, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación a cualquier edad. Sin embargo, en el artículo 2, ordenó que los servidores que hubieran aprobado el curso ya referido y permanezcan al servicio de la entidad por un término no inferior a 18 años continuos como dactiloscopistas, podrían acceder a la prestación al cumplir 50 años de edad, siempre que para ese momento estuvieran vinculados. [...] Frente a la edad, bajo el supuesto del artículo 2 del Decreto 1047 de 1978, el interesado debe acreditar 50 años 'siempre que para esta época fueren funcionarios de ese Departamento', esto es, al servicio del DAS; sin embargo, el señor (...) alcanzó la edad cuando su relación con la entidad había fenecido. Ahora, esta Subsección también ha señalado que la interpretación que

corresponde otorgar a esta disposición, en el caso concreto, es que no es necesario el cumplimiento de los 50 años de edad en vigencia del vínculo legal y reglamentario, cuando el interesado ya había acumulado el tiempo de servicio indispensable para estructurar la prestación, aunque la edad sí sea una condición para otorgar el derecho, de manera que la adquisición del estatus jurídico de pensionado ocurrirá cuando se alcance ese momento. [...] Lo anterior, en atención a que, como lo ha indicado la Sala en asuntos similares, la exigencia de cumplir 50 años de edad a fin de consolidar una pensión de vejez, pero que además esto ocurra en la época de vinculación oficial con la entidad, resulta violatorio del derecho a la igualdad y desproporcionado frente a la situación de quienes logran acreditar 20 años de labor, pues a estos últimos no se les exige la permanencia en el servicio estatal, con lo que, además, se vulnera el principio de favorabilidad de quienes acreditan el cumplimiento de los requisitos de tiempo de servicio y edad necesarios para ser titular de una pensión especial de jubilación. [...] De modo que si un detective se vincula, incluso en la edad máxima posible de ingreso (26 años), al alcanzar el tiempo de servicio (18 años) cumpliría apenas 44 de edad, y no colmaría el requisito de permanecer hasta los 50 años

en vigencia del vínculo legal y reglamentario, como lo establece la norma; lo que se traduce en que dicha disposición carecería de un efecto útil, ya que ningún servidor lograría acreditar esos supuestos y, a la postre, le correspondería una carga mayor y de imposible cumplimiento. [...] En cuanto a los factores salariales a tenerse en cuenta, serían los previstos en el Decreto 1158 de 1994 y la prima de riesgo en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la Ley 860 de 2003. De manera que de aquellos que el demandante percibió solo tiene derecho a que sean incluidos en el IBL la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, pero no se computará la prima de riesgo, toda vez que esta constituye factor salarial a partir de la Ley 860 de 2003 y el demandante se retiró en el año 1999, por lo que, en ese sentido, se modificará la sentencia de primera instancia. [...] Finalmente, se advierte que el demandante adquirió el derecho a percibir la pensión el 27 de mayo de 2010, fecha en la cual adquirió el respectivo estatus jurídico por cumplir la edad exigida en la ley; no obstante, aquel presentó la reclamación administrativa ante la UGPP el 23 de diciembre de 2014, mientras que la demanda la promovió el 14 de julio de 2015, por lo que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 23 de diciembre de 2011”.

Beneficiario de la pensión de jubilación convencional. Improcedencia de la pensión de jubilación convencional para empleado público. Inexistencia de derecho adquirido.

RADICADO: 76001-23-33-000-2016-01755-01 [4165-2022]

FECHA: 27/07/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Jorge Iván Duque Gutiérrez

DEMANDANTE: Gerardo Solarte Escobar

DEMANDADO: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante, en su calidad de ex empleado del Instituto de Seguros Sociales, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por dicha entidad con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004?

Tesis: “[...] los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales. No obstante, se debe determinar si las cláusulas convencionales que mejoran las condiciones salariales y prestacionales de dichos trabajadores se siguen aplicando aun cuando cambie su condición y pasen a ser empleados públicos. La Sala precisa que si bien el artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, dicha prerrogativa admite excepciones legales como la misma norma lo prevé. [...] los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, y si bien es cierto no se les puede vulnerar su prerrogativa a buscar medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan no

puede quebrantar la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente concretas de fijar, de forma unilateral, sus condiciones laborales. En esas condiciones, se hace necesario analizar los efectos que la escisión del ISS ocasionó en las prerrogativas de la convención colectiva vigentes hasta ese momento para sus trabajadores, cuya vinculación se transformó de trabajadores oficiales a empleados públicos. Para la Subsección, aquellos servidores que pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, como consecuencia de la escisión del ISS y la creación de las Empresas Sociales del Estado, pueden beneficiarse de una convención colectiva de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C314 de 2004. [...] si bien a los ex trabajadores oficiales del ISS que pasaron a ser empleados públicos ya no se les permite celebrar negociaciones colectivas por la naturaleza de su vínculo con el Estado, los derechos laborales y prestacionales obtenidos por esos mecanismos de negociación deben ser reconocidos, por lo menos por el tiempo en que fueron pactados, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004. [...] si bien es cierto los derechos adquiridos en virtud de la Conven-

ción Colectiva de Trabajo por los servidores públicos que hacían parte del ISS deben ser protegidos, los beneficios que se desprenden de dicho instrumento no podían extenderse más allá de su vigencia, lo que significa que después del 31 de octubre de 2004 y dada la nueva categoría que adquirieron al vincularse a la ESE, ya no están cobijados por las disposiciones allí contenidas, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias C349 de 2004, SU897 de 2012 o SU260 de 2021, entre otras, y el Consejo de Estado. Se destaca que la pensión convencional podía obtenerse de dos maneras, la primera, según el artículo 98 de la Convención Colectiva por haber prestado 20 años de forma exclusiva al ISS, caso en el cual se reconocía un monto equivalente al 100 % de lo percibido, con variables en su cálculo según la fecha en que se consolidara el derecho pensional y, la segunda, en términos del artículo 101, con el cómputo de los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público, caso en que se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año. La Sala observa que el demandante

no se encuentra dentro del primer supuesto en mención, dado que si bien al 31 de octubre de 2004 –fecha límite de la vigencia de la convención– contaba con más de 20 años de servicios ante el ISS (contados de manera interrumpida desde el 10 de agosto de 1983), lo cierto es que cumplió los 55 años de edad hasta el 12 de enero de 2011. En consecuencia, no acreditó los supuestos fácticos definidos por el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, antes del 31 de octubre de 2004, por lo que no tenía derechos adquiridos frente al régimen pensional allí regulado, de modo que solo tenía una expectativa de gozar de tal beneficio, sin que exista fundamento legal o constitucional que en su caso le conceda tal derecho. [...] el demandante no es beneficiario de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004, pues esta solo rigió hasta el 31 de octubre de 2004 y para dicha fecha no había consolidado el derecho a la pensión, por lo que la Sala debe concluir que no tenía derechos adquiridos frente al derecho convencional reclamado [...]”.

Pensión gracia

Requisito del tiempo de servicio para el reconocimiento de la pensión gracia.

RADICADO: 81001-23-33-000-2013-00285-01(2806-2015)

FECHA: 16/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Nancy Esther Santamaría Sarmiento

DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social – Hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión gracia, en los términos de lo dispuesto en las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 91 de 1989?

Tesis: “[E]stima la Sala que la exigencia planteada por la parte recurrente, referida a la acreditación de los actos de nombramiento y posesión de la señora (...) es propia del antiguo sistema de tarifa legal que, debe decirse, no sólo resulta contrario al principio de libertad probatoria que orienta en el ordenamiento jurídico colombiano, sino también al in dubio pro operario, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política. Así las cosas, se define, para el caso en concreto, que los documentos aportados al plenario constituyen medios de prueba idóneos para acreditar que la demandante laboró como docente en el Departamento del Cesar, entre el 26 de febrero de 1975 y el 1 de marzo de 1979; y en la Alcaldía de Barranquilla, entre el 15 de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1996; y del 11 de marzo de 1997 hasta el 7 de junio de 2012, para un total de 22 años, 7 meses y 18 días de servicio. [...] las

certificaciones fueron expedidas por autoridades competentes y contienen los datos trascendentes para el reconocimiento de la pensión gracia tales como el cargo desempeñado, clase de plantel y el nivel de educación del respectivo centro educativo. (...) [...] es preciso señalar que la vinculación temporal de la actora entre el 15 de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1996, es plenamente válida para efectos de acreditar parte de los 20 años de servicio requeridos por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 para el reconocimiento de una pensión gracia de jubilación, por las siguientes razones: Las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928 concibieron la prestación gracia de jubilación como una dádiva o recompensa a favor de quienes ejercieran la actividad docente en el nivel territorial, razón por la cual, y conforme lo disponen las normas en cita y la jurisprudencia de esta Corporación, la única exigencia válida para efectos de reconocer la prestación pensional en cita es haber acreditado 20 años al servicio de la docencia oficial sin importar la modalidad de la vinculación, siempre que esta responda a cualquiera de las previstas en la ley. En efecto,

si bien el ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza temporal, como una forma de proveer cargos docentes, dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva

prestación de los servicios educativos. Lo anterior, en todo caso, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso de la demandante”.

Requisitos de la pensión gracia. Beneficiario de la pensión gracia. Docente nacionalizado que prestó sus servicios en interinidad.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-04688-01(3811-16)

FECHA: 06/09/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Elizabeth Cuan Sánchez

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Cómo se cumple el requisito de 20 años de servicios en la docencia departamental, distrital o nacionalizado, según las exigencias establecidas en leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 91 de 1989, régimen aplicable a la pensión gracia para los docentes territoriales o nacionalizados?

Tesis: “Se tiene que una de las condiciones exigidas para ser beneficiario de la pensión gracia, ya sea por servicios docentes en primaria, secundaria o normalista, es que se hayan prestado en entidades territoriales, pues la comparabilidad pensional que consagra la ley es con pensiones reconocidas por los departamentos o municipios. [...] De las consideraciones que anteceden, se concluye que el reconocimiento y pago de la pensión gracia se obtiene: i) por haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años; ii) estar vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; iii) haber cumplido la edad de cincuenta años; y, iv) haberse desempeñado con honradez [...] [S]e tiene que en esencia la pensión gracia cubre a aquellos docentes que hubieren prestado sus servicios en establecimientos públicos de enseñanza, que cumplan

20 años de servicios con nombramientos del orden departamental, distrital, municipal o nacionalizado, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional. [...] [L]a figura de la interinidad debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos [...] Se requiere que la respectiva autoridad nominadora certifique de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial; o en su defecto, también se puede acreditar con copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales. [...] Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias

provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —situado fiscal— cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy sistema general de participaciones. [...] Conforme a las certificaciones aportadas por el grupo de certificaciones laborales de la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de los oficios del 14 de diciembre de 2012 y del 1.º de junio de 2018, se señaló que la demandante se vinculó como docente interina en la concentración Rafael Pombo a partir del 4 de septiembre de 1979; y en el establecimiento educativo Sotavento a partir del 28 de marzo de 1980, sin que se determine el periodo de duración de tales vínculos al encontrarse que «no se registró fecha de terminación». [...] Lo anterior, cobra cabal sustento por tratarse de una forma de

vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, la cual da lugar a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso del demandante. Así las cosas, la Sala estima que ante la ausencia temporal del titular de un empleo docente, la administración cuenta con la posibilidad de proveer dicho empleo en forma transitoria, a través de un nombramiento interino con el fin de evitar cualquier tipo de traumatismo en la prestación normal del servicio educativo oficial. Una interpretación en contrario, proharía un trato abiertamente discriminatorio y, en consecuencia, violatorio del principio a la igualdad, frente a quienes, como la demandante, prestaron sus servicios como docente en virtud a un nombramiento en interinidad, sin tener en cuenta que estos, en desarrollo de dicha actividad, cumplen idénticas funciones a los designados en propiedad. [...]”.

Para el reconocimiento de la pensión gracia es computable el tiempo de vinculación del docente en comisión de estudios.

RADICADO: 13001-23-33-000-2012-00209-01 (1073-2014)

FECHA: 13/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Jesús Alberto Hurtado Medina

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Para el reconocimiento de la pensión gracia es computable el tiempo de servicios que el docente se encuentre vinculado en comisión de estudios?

Tesis: “[...] El demandante laboró como docente durante más de veinte (20) años en instituciones educativas de carácter departamental, sin embargo, se advierte que entre el 3 de marzo de 1962 y el 3 de marzo de 1967, lo hizo vinculado en comisión de estudios, motivo por el cual la entidad demandada no accedió al reconocimiento pensional, pues, según aduce, este período no es válido para tenerlo en cuenta con el propósito de obtener la pensión gracia. Sobre este aspecto, esta Sala considera que en

atención a que el nombramiento como maestro en comisión del causante se efectuó a través de acto administrativo, generó una asignación básica mensual, continuó ostentando la calidad de profesor y permaneció inscrito en el escalafón docente, el lapso comprendido entre el 3 de marzo de 1962 y el 3 de marzo de 1967 debe tenerse en cuenta para efectos de calcular la pensión de jubilación gracia, tal como lo dispuso el a quo. Así las cosas, se tiene que el demandante acreditó plenamente el tiempo de servicios exigido para el reconocimiento pensional aquí deprecado, esto es, haber laborado como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años”.

Devolución de dineros percibidos por reconocimiento irregular de la pensión gracia. Fraude global y aplicación del principio de la buena fe. Prescripción para la devolución de las mesadas pensionales pagadas irregularmente.

527

RADICADO: 68001-23-33-000-2013-00231-03(1024-16)

FECHA: 26/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Ángela Beatriz Rodríguez de Moreno

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se encuentra desvirtuada la buena fe de la señora demandada, que habilita la devolución de las sumas percibidas, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de reconocimiento pensional?

Tesis 1: “De conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, se tiene que «las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas». [...] el principio de la buena fe «debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, pues el Constituyente quiso que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de la buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume». En el derecho administrativo, este principio hace referencia a que el poder público no puede defraudar la legítima confianza que los ciudadanos aprecian objetivamente en su actuación, en razón a que se fundamenta en criterios sólidos e incuestionables «que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apa-

riencia de legalidad de una actuación administrativa concreta. No puede deducirse de manera subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivas». El criterio que impera en esta Corporación se ha encaminado a proteger a los particulares que, de buena fe, han percibido prestaciones periódicas como consecuencia de decisiones tomadas de manera errónea por la administración; pese a ello, tal postulado no tiene cabida en los casos en los cuales se dieron una serie de dudosas actuaciones de tipo global para obtener el reconocimiento de la pensión gracia. [...] es dable predicar que se presenta un fraude global en los siguientes eventos: i) cuando la entidad de previsión social haya negado el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto cuando luego de la negativa prestacional por parte de la entidad de previsión social, el docente acuda a través del ejercicio de la acción de tutela en un lugar apartado de su domicilio, del último lugar de prestación de servicios, o ii) del lugar de expedición de los actos administrativos previos, pues tales situaciones ponen en entredicho la buena fe de su actuar. [...] se encuentra plenamente acreditada la mala fe de la señora (...) como quiera que i) presentó la acción de tutela

en la ciudad de Bogotá cuando su domicilio y el último lugar donde prestó el servicio docente fue en el Departamento de Santander; y ii) mediante sentencia de 19 de mayo de 2004 el Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá, ordenó reconocerle la pensión gracia y a 34 accionantes más, para cuyo caso sólo acreditó 12 años y 6 meses como docente territorial. [...] En consecuencia, queda claro que la actuación de la parte demandada no se rigió por el principio de la buena fe, y por ello procede la devolución de las sumas que le han sido canceladas por concepto del reconocimiento pensional. Para el efecto, la UGPP deberá suscribir con la demandada un acuerdo de reembolso, que preste mérito ejecutivo, en condiciones tales que los montos y plazos acordados para tal efecto no pongan en condiciones de indignidad a la obligada, para lo cual deberá tenerse en cuenta sus condiciones socio económicas actuales, por tratarse de una persona mayor que hoy cuenta con 67 años de edad”.

Problema jurídico 2: ¿Opera la prescripción trienal para el reintegro de dineros percibidos como consecuencia del reconocimiento irregular de una pensión gracia?

Tesis 2: “Con fundamento en la normativa anterior, la Subsección ha considerado que esta

no hizo diferencia alguna entre que la acción sea interpuesta por un empleado o por una entidad pública en acción de lesividad, de modo que se decretará la prescripción del derecho a recobrar las mesadas pensionales pagadas desde la fecha a partir de la cual se efectuó el reconocimiento pensional, esto es, 20 de abril de 2003, hasta los tres años anteriores al momento en que presentó la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, 26 de febrero de 2010, fecha a partir de la cual se interrumpe la prescripción. [...] Así las cosas, se declarará la prescripción de las mesadas pagadas entre el 20 de abril de 2003 y el 25 de febrero de 2010. En razón a ello, se ordenará el pago entre el 26 de febrero de 2010 y el 1.º de octubre de 2013, fecha a partir de la cual la entidad demandada, suspendió el pago de la pensión gracia. En consecuencia, se revocará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, ordenar a la señora (...) reintegrar a favor de la UGPP las sumas que hubiera podido devengar por concepto de la pensión gracia que le fue reconocida a través de la Resolución 27155 de 8 de septiembre de 2005, entre el 26 de febrero de 2010 y el 1º de octubre de 2013, por haber operado la figura de la prescripción trienal”.

Error inducido. Causales de revisión de los literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. Acuerdo conciliatorio y reconocimiento de la pensión gracia. Vulneración del derecho al debido proceso.

529

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00943-00 [3189-2018]

FECHA: 24/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Rita Elvira Clavijo de Hernández

MEDIO DE CONTROL: Acción de Revisión

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: “¿Se configuran las causales de revisión previstas en los literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, al haberse aprobado el acuerdo conciliatorio, que dispuso reconocer y pagar la pensión gracia en favor de la señora (...), con fundamento en documentos presuntamente falsos, en relación con su vinculación como docente oficial nacionalizada anterior a 1980?”.

Tesis: “El artículo 20 de la Ley 797 de 2003 prevé que, además de las causales consagradas para el recurso extraordinario de revisión, la acción de revisión también procede «Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso». Sobre el debido proceso es importante indicar que está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho de rango fundamental que está constituido por todas las garantías que se deben respetar en las actuaciones adelantadas bien sea en procesos judiciales o en trámites administrativos, y que están concebidas para proteger a las personas dentro de dichos trámites y se logre la aplicación correcta de la justicia. [...] En el presente caso, la UGPP estima que la aprobación del acuerdo conciliatorio se produjo con base

en certificaciones presuntamente falsas que llevaron al Tribunal a una decisión errada. Tal situación se enmarca en el defecto que jurisprudencialmente se ha denominado error inducido. [...] es viable colegir que el error inducido es identificado como aquel que se presenta cuando la autoridad judicial es engañada por terceros y ello la conduce a adoptar una decisión judicial que afecta los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso. En otras palabras, el error inducido es externo al funcionario judicial, pero este lo admite como cierto, debido a la manipulación de otras personas que conlleva a que se profiera una decisión judicial equivocada. [...] La parte demandante consideró que se presenta la causal descrita en el literal a) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, porque el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, a través de providencia del 11 de octubre de 2017, aprobó un acuerdo conciliatorio, mediante el cual se dispuso reconocer una pensión gracia en favor de la señora (...) con base en documentos presuntamente falsos que ella misma aportó en el trámite ordinario, con el fin de acreditar su vinculación como docente nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980. Ello

por cuanto, según el informe de seguridad 5386-2016 del 16 de febrero de 2016, los certificados que dan cuenta de su vinculación como docente interina con la Gobernación de Cundinamarca, Secretaría de Educación, no fueron expedidos por tal entidad. [...] dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no fueron objeto de discusión ni tachadas de falsas las certificaciones 2012589364, 2012084299, 2013014785 emitidas por la gobernación de Cundinamarca, ni los Decretos 3899 de 1979 y 3426 de la misma anualidad, por medio de los cuales se nombró a la señora (...) como docente interina, así como tampoco de sus respectivas actas de posesión; documentos que fueron aportados por ella con el fin de acreditar su vinculación como docente de carácter nacionalizada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 [...] la UGPP no contestó la demanda, no solicitó pruebas en el decurso procesal ni discutió la autenticidad de aquellas que aportó la demandante. Su actuación estuvo limitada a radicar los poderes para su representación judicial y, a presentar la decisión adoptada en Acta 389 por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial, mediante la cual se recomendó conciliar, en el sentido de reconocer y pagar la pensión gracia solicitada. En dicho acto se expuso, como hechos relevantes, que la señora (...) prestó sus servicios como docente durante dos periodos, a saber, i) del 22 de junio de 1979 al 2 de agosto de 1979 y ii) del 14 de septiembre de 1982 al 30 de diciembre de 2007. En estos términos, era claro para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que las probanzas obrantes en el dossier podían ser analizadas sin ningún tipo de exclusión, en tanto aquellas no fueron desconocidas ni tachadas por parte de la entidad pensional. En esa medida, una vez verificó el cumplimiento de los presupuestos para acceder al derecho pensional y examinado el acuerdo para evitar afectación al erario, estimó adecuado impartir su aproba-

ción. En otras palabras, la decisión judicial objeto de revisión se adoptó siguiendo los presupuestos del debido proceso. [...] La UGPP a través del auto ADP 001805 del 5 de marzo de 2018, se abstuvo de cumplir la decisión emitida por el Tribunal, bajo el argumento de que las constancias con el núm. 2012589364, así como las 2013014785 y 2013025645, proferidas por la gobernación de Cundinamarca, son presuntamente falsas, según informe de seguridad del 16 de febrero de 201655. Por ese motivo, promovió acción de revisión ante esta corporación, con la cual allegó, además del expediente administrativo, el informe que le sirvió de fundamento para denegar el derecho pensional a la docente [...] Aunado a lo anterior, también aportó el Oficio 2016503267 del 14 de enero de 2016, mediante el cual la Gobernación de Cundinamarca afirmó que no había expedido un certificado con la nomenclatura 2012589364 del 13 de diciembre de 2012 correspondiente a la señora (...). Igualmente, indicó que los certificados de factores salariales 2013025645 del 13 de diciembre de 2012 y 2013014785 del 14 de febrero de 2013 son falsos por cuanto corresponden a otras entidades. Sobre el punto, la Subsección estima necesario destacar que tanto el informe, como el oficio, citados, no fueron puestos en conocimiento del Tribunal Administrativo ni discuten la autenticidad de los decretos de nombramiento y actos de posesión que son útiles para demostrar de forma idónea la vinculación de la señora (...) como docente territorial con anterioridad al 31 de diciembre de 1980. Respecto de tales actos no existe ninguna duda y, sobre ellos el Tribunal sí pudo efectuar un análisis en conjunto con los demás documentos, para concluir que era viable aprobar el acuerdo conciliatorio entre la docente y la entidad pensional. Es de anotar que, aun cuando el Oficio 2016503267 del 14 de enero de 2016 y el informe de seguridad del 16 de febrero del mismo año, con base en los cuales la UGPP

fundamenta la presente acción, fueron proferidos con anterioridad a la decisión del 11 de octubre de 2017, hoy en discusión, y que eran conocidos por la entidad pensional, esta omitió entregarlos al juez de conocimiento para que se pronunciara sobre su contenido. Sin embargo, sí allegó el acta expedida por el Comité de Conciliación, en la que se recomendaba conciliar en el sentido de reconocer la prestación reclamada. Así, es claro que la UGPP incumplió con uno de los deberes legales que le asiste como parte en el sub judice, esto es, aportar todas las probanzas que tiene en su poder con el fin de que aquel adopte la decisión que en derecho corresponda (antes art. 71 del CPC, hoy art. 78 CGP en armonía con el art. 175 del CPACA), falencia que no puede pretender subsanar a través de la acción de revisión, a lo que se agrega que no expone las razones por las cuales se abstuvo de allegarlas o que estuviera en la imposibilidad de ello. Al respecto, es importante recordar que este mecanismo no habilita una tercera instancia para objetar los problemas jurídicos debatidos en sede ordinaria, para corregir los yerros probatorios que cometieron las partes ni para subsanar aquellas situaciones que pudieron evitarse durante la gestión del proceso que dio origen a la decisión objeto de revisión. Por lo tanto, de configurarse el presunto error en la decisión que se revisa, es razonable concluir que aquel también le sería atribuible a la conducta pasiva de la entidad frente a la carga probatoria que le correspondía, tendiente a desvirtuar los medios probatorios allegados por la parte contraria, aunque se encontraba en la posibilidad

de hacerlo. Ahora, si bien, en principio podría pensarse que la actuación desplegada por la UGPP podría dar lugar a que se configure el defecto alegado, lo cierto es que, tal como se explicó en párrafos precedentes el Tribunal pudo valorar los actos de nombramiento que demuestran la vinculación de la docente con anterioridad a 1980 y que no fueron, ni lo son ahora, objeto de discusión. De tal suerte que no puede afirmarse que se configuró el mencionado defecto y, por ende, una vulneración del derecho al debido proceso, en la medida en que, aun admitiendo que las certificaciones no pueden ser tenidas en cuenta porque adolecen de inconsistencias, lo cierto es que, los actos de nombramiento y posesión no han sido desconocidos ni tachados de falsos por parte de la gobernación, por la UGPP, ni tampoco se han sacado de la vida jurídica, por lo que su contenido se presume legal y, sirven como prueba para acreditar el tiempo de servicio prestado por la aquí demandada durante 1979. [...] Conclusión: No se configura la causal contenida en el literal a) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, en la medida en que la decisión del 11 de octubre de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, aprobó el acuerdo conciliatorio formulado por la UGPP, con el fin de reconocer la pensión gracia a la señora (...) fue emitida por el Tribunal de manera razonada, con el fundamento normativo y jurisprudencial aplicable al caso, sin incurrir en error alguno que desconozca el derecho al debido proceso de la entidad pensional”.

Para el reconocimiento de pensión gracia por invalidez se debe acreditar 15 años de prestación del servicio docente.

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-01327-01{1735-2017}

FECHA: 26/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA:

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Yolanda Manyoma de Boder

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Procede el reconocimiento de la pensión gracia sin el cumplimiento del requisito de los 20 años de servicio como docente territorial o nacionalizado, en razón al estado de invalidez que impida continuar en la labor de enseñanza, si se acredita mínimo 15 años de vinculación, que corresponde a las tres cuartas partes del tiempo del servicio?

Tesis: “[...] la pensión gracia de jubilación se reconoce a aquellos docentes que hubiesen laborado de manera continua o discontinua antes del 31 de diciembre de 1980 y cumplan 20 años de servicios en establecimientos educativos del orden departamental, distrital o municipal, cuya vinculación es de carácter territorial o nacionalizado, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional. Sea lo primero precisar, que el señor (...) era acreedor de una pensión de invalidez reconocida por el departamento de Antioquia, mediante Resolución núm. 788 del 29 de noviembre de 1971, y aunque en esta no se especificó el grado de discapacidad que padecía el causante, lo cierto es que se precisó que la incapacidad para el ejercicio de la labor en el magisterio era considerada una inhabilidad o incapacidad

total para el desempeño de toda ocupación u oficio, conforme a la Ley 6 de 1945.(...), la Sección Segunda de esta Corporación en algunas providencias [reiteró], (...) que para que sea procedente el reconocimiento de la pensión gracia sin colmar los 20 años de servicio, se requiere alcanzar las dos terceras partes de dicho interregno, ello en el marco de que las labores de enseñanza cesaron por el estado de invalidez del docente. (...) la Sala considera pertinente hacer claridad sobre el interregno de tiempo que deben acreditar quienes por causa de invalidez no hubieren podido concretar el derecho a la pensión gracia de jubilación. En ese sentido, la sentencia referida ut supra del 30 de septiembre de 2010, acogió como plazo razonable el término de 15 años de servicio, para quienes, habiendo perdido la capacidad laboral por razones no imputables al trabajador, pudieran acceder a la pensión gracia de jubilación acreditando dicho lapso de tiempo. Sin embargo, aunque se señaló con claridad que el término era de 15 años, lo cierto es que este, en proporción, equivale a las tres cuartas partes o al 75% de 20 años de servicio, y no a las dos terceras partes, como desacertadamente se indicó en la citada pro-

videncia. Con fundamento en la citada sentencia del 30 de septiembre de 2010, la Sala procederá a verificar si el finado señor (...), al ser beneficiario de una pensión de invalidez por incapacidad total, cumple con los requisitos para el reconocimiento de una pensión gracia post mortem, con las tres cuartas partes del tiempo legalmente exigido, esto es, con mínimo 15 años de servicio como docente territorial o nacionalizado, dada la imposibilidad de completar el tiempo de servicios, como resultado de su estado de invalidez. (...) El se-

ñor (...) demostró contar con 14 años, 2 meses y 10 días de servicio como docente oficial con carácter territorial, labor que desempeñó en diversas instituciones educativas del departamento de Antioquia, con lo cual no acredita los 20 años requeridos por la Ley 114 de 1913 para su reconocimiento, ni los 15 años mínimos exigidos, equivalentes a tres cuartas partes del tiempo total, para aquellos docentes cuyo retiro ocurrió como consecuencia de la declaratoria de invalidez en un porcentaje superior al 95%”.

Naturaleza jurídica de la pensión gracia. Beneficiario de la pensión gracia y falta de cumplimiento de requisitos para la pensión gracia. Improcedencia de reconocimiento de la pensión gracia por mala conducta por cometer el delito de peculado por apropiación.

RADICADO: 63001-23-33-000-2014-00041-01(3232-2015)

FECHA: 16/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Gloria Inés Ríos de Aguirre

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante acreditó haberse desempeñado en el empleo con honradez, consagración y buena conducta, para efectos de cumplir todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión gracia?

Tesis: “La pensión gracia fue consagrada mediante el artículo 1 de la Ley 114 de 1913, en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. En ese sentido, respecto de los condicionantes para acceder a la pensión gracia, la Ley 114 de 1913 exige a los docentes que aspiran a su reconocimiento, además de los 20 años de servicio, lo siguiente: i) haberse desempeñado en los empleos con honradez, consagración y buena conducta; ii) no haber recibido o recibir otra pensión o recompensa de carácter nacional; y iii) cumplir 50 años de edad. Por su parte, se reitera, la Ley 91 de 1989 exige que el docente se haya vinculado al servicio oficial con anterioridad al 1 de enero de 1981. [...] Para acceder al reconocimiento de la pensión gracia se debe acreditar que él o la docente laboró 20 años en establecimientos oficiales, depar-

tamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública, o en calidad de docente nacionalizado, con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando se demuestre que se ostentó dicha vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y demuestre cumplir con los demás requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913. [...] No cualquier actuación reprochable realizada por un docente puede originar la pérdida de su derecho a percibir la pensión gracia. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado dos circunstancias específicas pasibles de la consecuencia descrita: i) el comportamiento censurable fue realizado repetitivamente durante toda la vigencia de su relación laboral, y ii) cuando a pesar de ser realizado una sola vez, reviste tal gravedad que la conducta implica peligro para la comunidad educativa o el ejercicio de la docencia. Así las cosas, en cada caso se deberá analizar la naturaleza de la conducta atribuida al docente, la frecuencia con que esta se realizó y la incidencia o grado de afección de la comunidad educativa, lo anterior, a fin de evitar que un hecho aislado o sin repercusión

alguna constituya una causal de impedimento para el reconocimiento de un derecho pensional. [...] De acuerdo con el marco normativo relacionado, esta Sala considera que la condena impuesta a un educador por la comisión de un delito ha de entenderse como una causal de mala conducta que, conforme a lo previsto por el legislador en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1993, impide el reconocimiento y pago de la pensión gracia. Bajo ese supuesto, la Sala observa que en el presente caso, la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso extraordinario de casación en sentencia del 7 de diciembre de 2011, ordenó redosificar la pena impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, a la pena principal de 60 meses de prisión y multa por (...) e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, al encontrar responsable a la señora (...), como interviniente a título de determinadora del delito de peculado por apropiación. [...] De acuerdo con los razonamientos que anteceden, el hecho de que sobre la aquí accionante se registrara una condena privativa de la libertad por hechos directamente relacionados con el trámite orientado al reconocimiento y pago de la pensión gracia –pues, se deduce del contenido de las sentencias relacionadas que se presentaron documentos falsificados

con la finalidad de adelantar de manera irregular los trámites para obtener la prestación y beneficiarse económicamente de las sumas relacionadas con el retroactivo–, cuando aún se encontraba vinculada como docente, impide el reconocimiento de la pensión gracia. En efecto, a juicio de la Sala, la conducta sancionada, esto es, el delito de peculado por apropiación claramente constituye causal de mala conducta de tal gravedad que, como quedó visto, ameritó no solo la imposición de una sanción privativa de la libertad sino también, la inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. [...] Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala estima que la señora (...) no cumple la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación especial, conforme al régimen jurídico vigente, ya que se reitera, dado el carácter excepcional con el que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de todos y cada uno de sus requisitos especiales, entre las cuales se encuentra la prevista en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, es decir, haber observado buena conducta, sin que esta ley hubiera limitado tal requisito solo a la época de terminación de labores y reclamación pensional como lo pretende hacer ver la recurrente. [...]”.

Falta de cumplimiento de requisitos para la pensión gracia. Causal de mala conducta del docente por abandono del cargo. Concepto de buena conducta para efectos de condicionar el reconocimiento de un derecho. Hecho aislado que carece de la entidad suficiente para enervar el posible derecho de gozar de la pensión gracia.

RADICADO: 15001-23-31-000-2010-00894-01 [1733-2015]

FECHA: 27/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Laura Pava Téllez

DEMANDADO: CAJANAL, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante tiene derecho a que la UGPP le reconozca la pensión gracia, en aplicación del régimen consagrado en la Ley 114 de 1913 y demás normas que regulan dicha prestación?

Tesis: “El artículo 1° de la Ley 114 de 1913 dispuso que los maestros de escuelas primarias oficiales «que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley». Por su parte, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 consagraron la posibilidad de que los docentes obtuvieran la pensión gracia computando los años laborados en la enseñanza secundaria, normalista o como inspectores de instrucción pública, siempre y cuando cumplieran los demás requisitos fijados por el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, pues estos no fueron modificados por la normativa posterior. [...] el alcalde de Tasco a través del Decreto 060 del 26 de mayo de 1991, suspendió provisionalmente a la actora, hasta tanto la Junta de Escalafón

decidiera sobre la sanción definitiva aplicable por el abandono del cargo, ya que no asumió el empleo de profesora en la Concentración Rural Nacionalizada de Llanitos del referido municipio dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en la que se le comunicó el traslado a dicha institución. El 14 de abril de 1993, el presidente de la Junta de Escalafón de Boyacá falló el proceso disciplinario iniciado en contra de la docente (...) por la causal «mala conducta de abandono del cargo» y dispuso aplazar su ascenso en el escalafón nacional docente por el término de seis meses, al considerar que sí incurrió en la causal anotada. [...] es importante precisar que la Ley 114 de 1913 que estableció la «pensión de jubilación vitalicia» para los maestros de escuelas oficiales que hubiesen prestado sus servicios en el magisterio por un tiempo no menor de 20 años, exigió además que se acreditaran los siguientes requisitos: i) haberse desempeñado en los empleos con honradez, consagración y buena conducta; ii) no haber recibido o recibir otra pensión o recompensa de carácter nacional; y iii) cumplir 50 años de edad. [...] la

norma ibidem en el artículo 47 definió el abandono del cargo cuando el docente sin justa causa no reasume sus funciones dentro de los 3 días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias; cuando deja de concurrir al trabajo por 3 días consecutivos; cuando en caso de renuncia, hace dejación del cargo antes de que se le autorice para separarse de él o antes de transcurridos 15 días después de presentada; y, cuando no asume el cargo dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. [...] el concepto de buena conducta para efectos de condicionar el reconocimiento de un derecho debe ser aplicado en forma objetiva a partir del propio ordenamiento, tal como lo ha establecido la Corte Constitucional [...] la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que «es necesario que la conducta considerada como reprochable se haya reiterado en el tiempo o que, habiéndose consumado en una sola ocasión, afecte gravemente otros derechos y libertades de la comunidad educativa, impidiendo el cumplimiento de los deberes y fines estatales, especialmente, el concerniente a la eficiente prestación del servicio público de educación». [...] la Sala encuentra que la señora (...) tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia reclamada, tal como lo determinó el a quo y lo consideró el ministerio público, toda vez que:

- i) El concepto de buena conducta se encuentra delimitado por los deberes y prohibiciones que regula el ejercicio de la labor docente. En tal sentido el análisis que el operador debe realizar para establecer el cumplimiento de este requisito es objetivo y razonable, esto es, a partir del ordenamiento jurídico y en consonancia con las normas que rigen la situación en concreto.
- ii) Desde esa perspectiva, en concordancia con los derroteros jurisprudenciales a los que se hizo referencia, considera la Sala que la conducta desplegada por la demandante y que es objeto de reproche, constituye un hecho aislado que

carece de la entidad suficiente para enervar el posible derecho que le asiste de gozar de la pensión gracia reclamada. iii) No resulta equitativo tener en cuenta un solo hecho desfavorable que no fue recurrente o reiterado en el tiempo, habida cuenta que después de que la actora se vinculó nuevamente al ejercicio docente para la Secretaría de Educación de Boyacá, no se le impuso ninguna otra sanción, tal como se puede inferir del certificado de antecedentes disciplinarios emitido por la Procuraduría General de la Nación en el que se indicó que a la fecha de su expedición no registraba sanciones o inhabilidades, así como de los certificados expedidos por el grupo de escalafón del departamento de Boyacá. iv) Así las cosas, luego del transcurso del ejercicio profesional de 34 años en el área de la docente, no se registran nuevas anotaciones disciplinarias. v) No se demostró que la conducta desarrollada por la libelista haya afectado gravemente otros derechos y libertades de la comunidad educativa, al impedir el cumplimiento de los deberes y fines estatales, esto es, la eficiente prestación del servicio de educación, si se tiene en cuenta que el acto administrativo que ordenó su traslado a la Concentración Rural Nacionalizada de Llanitos, el cual no asumió dentro de los 10 días hábiles siguientes, fue revocado directamente por el alcalde del municipio de Tasco a través de la Resolución 126 del 30 de mayo de 1991. [...] Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en las directrices jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en casos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, se concluye que la decisión del a quo debe ser confirmada por cuanto la conducta desplegada por la demandante y que es objeto de reproche en el caso constituye un hecho aislado que carece de la entidad suficiente para enervar el derecho a la pensión, acreditó en el proceso los requisitos exigidos para ser beneficiaria de esta [...]”.

Pensión gracia post mortem. Causal de mala conducta y prueba de la mala conducta. Delito penal y falta disciplinaria relacionados con la gestión docente. Pensión de sobreviviente y requisito de la convivencia.

RADICADO: 54001-23-33-000-2016-00180-01[6446-2018]

FECHA: 27/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Lidy Elxy Ragua Chacón

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿A la demandante le asiste razón jurídica para reclamar de la UGPP el reconocimiento de la pensión gracia post mortem del docente (...) (Q.E.P.D.), en cumplimiento de los requisitos exigidos por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 y demás normas que la regulan?

Tesis 1: “[...] el a quo precisó que al causante le fue impuesta sanción de suspensión mediante el Decreto 000933 del 28 de septiembre de 1995, cuando este aún no había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión gracia y, en ese orden, incurrió en mala conducta de acuerdo con lo dispuesto en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, por haber sido condenado por delito. [...] no fue posible aportar al proceso material probatorio que dé certeza respecto de la conducta realizada por el señor (...) por la que, luego de haberse adelantado proceso penal le fuera impuesta sentencia en contra. Es decir, en el sub iudice se desconoce el delito por el cual fue investigado, los hechos acaecidos o la pena que le fuera impuesta y solo se tiene conocimiento del decreto que cumplió con una orden emitida por la jueza penal que

impuso la sentencia condenatoria al causante en el sentido de suspender lo del cargo por 6 meses. De acuerdo con lo anterior y atendiendo la jurisprudencia de esta Corporación, sin esos elementos resulta para la Sala imposible determinar si el señor (...) con la conducta desplegada incurrió o no en mala conducta, pues la pena por sí sola no resulta per se, elemento que evidencie su responsabilidad e intención en contravenir los postulados de honradez, consagración y buena conducta que se asumen implícitos en el servicio público docente. [...] atendiendo al principio de buena fe, la accionante no puede ver afectado su derecho a percibir la pensión gracia, pues contrario a lo manifestado por el a quo, esta Sala considera que no es posible afirmar que por el hecho de haber sido su cónyuge y haber convivido con él deba tener conocimiento sobre la sanción penal impuesta al señor (...) de manera que no se le puede ubicar en la misma situación del causante, exigiendo que sea ella quien acredite lo concerniente a la ocurrencia o no de un hecho punible cometido por este. [...] en aras de la protección de los derechos prestacionales y el mínimo vital, en armonía con los principios de favorabilidad

que rigen los asuntos laborales y con el fin de viabilizar en condiciones de justicia y equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, la Sala ha de manifestar que dado que no existe certeza sobre la conducta desplegada por el docente fallecido, se dará aplicación también al principio del *in dubio pro operario* consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política. Lo anterior, y toda vez que no se encuentra debidamente comprobado que la conducta objeto de la sanción penal sea de aquel la que se enmarca entre las que constituyen mala conducta y mucho menos que sea objeto de reproche disciplinario, pues inclusive, en el Decreto 000933 de 1995 se ordenó remitir copias a las autoridades disciplinarias, pero el proceso no da cuenta de que el causante hubiera sido sancionado disciplinariamente, lo cual impide sostener que la razón por la que fue sentenciado penalmente afectó la prestación del servicio docente que pretendió proteger el legislador al establecer la causal de mala conducta como una falta disciplinaria. Adicionalmente, esta Sala observa que la sanción penal que conllevó a la suspensión por el término de 6 meses permite considerar que es derivada de un delito culposo, dado que, por regla general, las sanciones impuestas por estos términos suelen responder a esa clase de delitos. Sin embargo, se desconoce como se ha mencionado, si el delito tuvo origen en una situación que tuviera relación con sus funciones o si pudo tratarse de otros que se dan en esferas distintas y que no interfieren de forma alguna con la gestión como docente. Sobre el tema, esta Corporación en reiteradas oportunidades ha manifestado respecto a la mala conducta que hace nugatorio el acceso a la pensión gracia, que la misma debe observarse en el ejercicio profesional del docente, para lo cual concluyó que los hechos aislados no son fundamento para negar la prestación social, con excepción, de aquellos catalogados como graves, y que justifiquen la imposición de la sanción. [...] Indubitable-

mente, las graves consecuencias sobre los derechos del docente por el no reconocimiento de la pensión gracia, hacen imperioso establecer que la conducta considerada como reprochable sea reiterativa o que, realizada en una sola ocasión, afecte en forma grave la prestación del servicio, la que impide el cumplimiento eficiente de la educación, situación que en el presente caso no fue posible determinar fehacientemente. [...] Adicionalmente, no obra indicio alguno que corrobore que en su contra se adelantó un proceso disciplinario tendiente a censurar la conducta objeto de sentencia penal y tampoco obra en el plenario, que el causante haya sido disciplinado a lo largo de su carrera docente al servicio del Departamento de Norte de Santander, por lo que habrá de entenderse que el señor (...) reunió la totalidad de los requisitos consagrados en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 para tener derecho a la pensión gracia. [...].”

Problema jurídico 2: ¿La accionante, en su condición de cónyuge superviviente, se encuentra habilitada para reclamar la pensión de sobreviviente?

Tesis 2: “[...] cabe indicar que el causante, al momento de su deceso se encontraba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto, de acuerdo con el marco jurídico expuesto en líneas anteriores, le son aplicables para determinar el derecho o no de la accionante a la pensión de sobreviviente que deprecia, los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado. En lo que corresponde a las pruebas tendientes a probar la convivencia entre el señor (...) (causante) y la señora (...) (accionante) en los últimos cinco años de vida de este último, se aportaron unas declaraciones extrajudicial de los señores (...) y (...) y si bien las mismas no pueden ser valoradas como testi-

monios dentro del proceso judicial de acuerdo con el artículo 262 del Código General del Proceso, sí es dable su evaluación como documentos declarativos de terceros, Adicionalmente, en el presente caso, estos se encuentran en concordancia con la práctica de las pruebas testimoniales que les fueron recepcionadas en la audiencia de pruebas. En la mencionada audiencia ambos testigos fueron coincidentes en afirmar que conocieron a la pareja desde hace 12 y 15 años respectivamente pues contrajeron matrimonio católico, procrearon un hijo llamado (...) hoy mayor de edad y convivieron de manera permanente bajo el mismo techo hasta el día de la muerte del señor (...) ocurrido en un

accidente vial, y ambos afirmaron que la accionante dependía económicamente del causante ya que ella a veces trabajaba y en otras temporadas se dedicaba al hogar. [...] comoquiera que se encuentra demostrado que la demandante convivió con el causante entre el 2008 y 2013, esto es, 5 años antes de su muerte, se tiene que a aquella le asiste derecho a reclamar la pensión gracia de sobreviviente a partir del día siguiente al fallecimiento del señor (...) que acaeció el 25 de julio de 2013. Ahora, teniendo en cuenta que la reclamación en sede administrativa la presentó la accionante el 8 de mayo de 2015, queda claro que no se configuró el fenómeno de prescripción trienal de las mesadas. [...]”.

Reliquidación de la pensión gracia con inclusión de la prima de vacaciones. Determinación de la base de liquidación de la pensión gracia y factores salariales. Prescripción de la mesada pensional e interrupción de la prescripción trienal en materia laboral. Improcedencia del pago de interés moratorio en el pago de la mesada pensional.

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-01025-01(1239-2016)

FECHA: 02/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Rafael Ángel Yepes Rivera

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico 1: Teniendo en cuenta las múltiples solicitudes radicadas por el accionante, tendientes a obtener el reconocimiento de la pensión gracia, ¿cuál fue la petición que tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción de las mesadas pensionales?

Tesis 1: “[...] se tiene que el 7 de febrero de 1996, el accionante solicitó a CAJANAL el reconocimiento y pago de la pensión gracia, la cual fue resuelta negativamente (...) por no haber acreditado 20 años de servicios como docente de primaria. Doce años después, el 20 de junio de 2008 el actor presentó ante CAJANAL, una nueva solicitud de reconocimiento y pago de la pensión gracia. Al respecto, se resalta que con posterioridad el actor insistió en la petición de reconocimiento y pago de la pensión gracia, específicamente, en las siguientes fechas: - 8 de junio de 2011 - 14 de marzo de 2012 - 20 de marzo de 2012 - 6 de junio de 2012. Adicionalmente, resulta necesario precisar que la demanda objeto de análisis fue interpuesta el 16 de junio de 2014 [...] Dilucidado

lo anterior, cobra relevancia recordar que el término de prescripción empieza a correr desde la fecha en la que el derecho se hace exigible y la interrupción ocurre por una sola vez en un lapso igual contado desde la reclamación administrativa. Por tanto, no puede perderse de vista que el peticionario cuenta con 3 años para demandar desde la primera reclamación, sin que el supuesto normativo hubiese condicionado a que la entidad accionada emita o no respuesta al respecto, de manera que, si dentro de los 3 años referidos no se acude a demandar la voluntad de la administración, se activará el fenómeno prescriptivo y se extinguirá la posibilidad de reclamar el pago de las mesadas que se vean afectadas por el transcurso del tiempo. [...] atendiendo que el actor en el asunto objeto de estudio discute que debió tenerse en cuenta la solicitud que radicó el 20 de junio de 2008 para efectos de interrumpir la prescripción de las mesadas pensionales, bajo el entendido de que con posterioridad, de manera reiterativa presentó varios escritos con la intención de no afectar su derecho por el paso del tiempo; y, por otro

lado, la accionada reprocha que no basta con presentar peticiones sucesivas para interrumpir la prescripción, esta Sala procederá a efectuar las siguientes aclaraciones: 1. El fenómeno de la prescripción no puede entenderse suspendido por la espera de un pronunciamiento de la entidad administrativa. 2. La reclamación sobre el derecho o prestación debe incoarse dentro de los 3 años siguientes a que el derecho se hizo exigible, so pena de verse afectado por el fenómeno prescriptivo. 3. Dicho reclamo del derecho tiene la virtualidad de interrumpir por una sola vez en un lapso igual contado desde la presentación de la reclamación administrativa. [...] teniendo en cuenta que la demanda se radicó el 16 de junio de 2014, la única petición en sede administrativa que tuvo la virtualidad de interrumpir el fenómeno de la prescripción, es la que data del 14 de marzo de 2012. Lo anterior, toda vez que las solicitudes presentadas con anterioridad no lograron interrumpir la prescripción dado que el actor dejó transcurrir entre la presentación de las peticiones y la demanda, un término mayor a los tres años. En consecuencia, la UGPP en la Resolución UGM 059734 del 29 de noviembre de 2012, mediante la cual revocó la Resolución UGM 55140 del 30 de agosto de 2012 y, en su lugar, accedió al reconocimiento de la pensión gracia del demandante, en efecto incurrió en un error, por cuanto aplicó la prescripción teniendo en cuenta la interposición del recurso de reposición del 27 de septiembre de 2012 y, por ende, declaró los efectos fiscales a partir del 27 de septiembre de 2009. De manera que, la entidad no tuvo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de la pensión gracia del 14 de marzo de 2012, fue radicada dentro de los 3 años que el legislador contempló para interrumpir el término prescriptivo, condicionado a la interposición de la demanda. [...] Por lo anterior, se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión de

jubilación gracia del accionante con los factores inicialmente reconocidos en la Resolución UGM 059734 del 29 de noviembre de 2012, con efectos fiscales a partir del 14 de marzo de 2009, por prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a dicha fecha. En consecuencia, habrá lugar a efectuar el pago de las mesadas causadas del 14 de marzo de 2009 hasta el 26 de septiembre de 2009. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Tiene derecho el accionante a la reliquidación de la pensión gracia con la inclusión de la prima de vacaciones?

Tesis 2: “[...] El 22 de mayo de 2013, el accionante solicitó la reliquidación pensional con la intención de que le fuera incluida la prima de vacaciones, la cual fue devengada en el último año de servicio anterior a la consolidación del estatus de pensionado [...] esta Sala constató que el accionante sólo con la petición radicada el 22 de mayo de 2013 solicitó la inclusión de la prima de vacaciones [...] se pudo comprobar que en efecto el actor devengó la prima de vacaciones y, por ende, resulta procedente su inclusión en una doceava parte para efectos de liquidar la respectiva mesada pensional. En consecuencia, deberá declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que no se encuentran ajustados a derecho y, en esa medida, debe incluirse el factor. Teniendo en cuenta lo anterior, la UGPP debe reajustar la pensión gracia reconocida al libelista en cuantía del 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional con la inclusión además de los factores ya reconocidos, con la prima de vacaciones en una doceava parte. [...] en atención a que el actor tiene derecho a lo reclamado, es de anotar que debemos verificar si el fenómeno prescriptivo afecta el pago de las mesadas pensionales, pues la prescripción opera en materia pensional sobre las mesadas que hubiere lugar a reconocer y no sobre el derecho en sí mismo,

por lo que, siendo el interesado aún titular de la prerrogativa jurídica reclamada ante la UGPP, la prescripción debe contarse desde el momento en que la misma fue radicada (22 de mayo de 2013), de modo que hay lugar a declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de mayo de 2010. [...] se aclara que si bien al resolver el primer problema jurídico se pudo determinar que la parte demandante tiene derecho al pago de las mesadas causadas desde el 14 de marzo de 2009 hasta el 26 de septiembre de 2009, al advertirse que la prescripción fue indebidamente declarada por la entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional, lo cierto es que debe entenderse que la pensión liquidada con la prima de vacaciones solo tendrá efectos fiscales a partir del 22 de mayo de 2010, toda vez que frente a la petición de inclusión de esta también operó el fenómeno prescriptivo, de modo que las mesadas a pagar anteriores a esta fecha se cancelarán como inicialmente lo ordenó el acto que reconoció la pensión gracia. [...].”

Problema jurídico 3: ¿Hay lugar o no al reconocimiento y pago de los intereses de mora o la indexación sobre las mesadas causadas en el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2005 y el 26 de septiembre de 2009 que no han sido pagadas, y las causadas desde el 27 de septiembre de 2009 y el 26 de febrero de 2013 que fueron pagadas tardíamente?

Tesis 3: “[...] En desarrollo a la protección de los pensionados, en el artículo 53 de la Constitución Política se estableció «El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.» [...] mesadas, deberá reconocer y pagar al pensionado intereses moratorios. Específicamente la norma en comentario dispuso: «ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.» [...] de la norma transcrita se concluye que los intereses de mora proceden cuando las mesadas pensionales no están en discusión, es decir, que el reconocimiento de la prestación ya fue efectuado en favor del pensionado y únicamente se presenta una omisión por parte de la entidad de realizar el pago de la respectiva mesada. [...] De manera que, dicha solicitud no es procedente en el caso concreto, puesto que, si los intereses que se deprecian son con ocasión de la reliquidación de la pensión gracia, tal como se expuso, el pago de los intereses por mora únicamente procede cuando ya se ha reconocido la prestación y la entidad de previsión no la cancela o lo hace de forma tardía. Situación que no ocurrió en el sub lite. [...]”.

Tiempo de servicio para el reconocimiento de la pensión gracia. Compatibilidad de la pensión gracia con la pensión de invalidez. Reconocimiento de la pensión gracia para el docente nacionalizado.

RADICADO: 17001-23-33-000-2015-00198-01 [3638-2018]

FECHA: 02/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aliria García Alzate

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La pensión gracia reclamada por la actora es compatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida mediante Resolución 000549 del 12 de julio de 2004?

Tesis 1: “[...] la pensión gracia fue concebida como una dádiva en favor de los docentes territoriales que tenían una diferencia salarial en comparación con los maestros de carácter nacional. Las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, establecieron dicha prestación de carácter especial para los docentes que presten sus servicios a instituciones educativas del orden territorial o nacionalizadas vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 y que cumplan los demás requisitos exigidos en las referidas normas. La pensión gracia es una prestación cuyo reconocimiento no depende de aporte o cotización y, además, el legislador estableció que es compatible: (i) con la pensión de jubilación (Leyes 115 de 1994, artículo 115; 91 de 1989; 60 de 1993, artículo 6, y (ii) con el salario (artículo 5 del Decreto 224 de 1972; artículo 70 del Decreto Ley 2277 de 1979; y artículo 19 de la Ley 334 de 1996). Por su parte, la pensión de invalidez es una prestación que fue instituida con el fin de suplir los ingresos de una persona

que por razones involuntarias perdió su capacidad laboral y, por consiguiente, se encuentra impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. En cuanto a esta última prestación (pensión de invalidez) debe destacarse que el reconocimiento de aquella sí está condicionado al aporte de cotizaciones al Sistema General de Pensiones. Ahora, en lo que corresponde a la compatibilidad de la pensión gracia y la pensión de invalidez, la Corte Constitucional hizo alusión a la línea que ha sostenido esta corporación y explicó lo siguiente: «En primer lugar, se trata de dos pensiones con finalidades distintas, pues mientras la pensión de gracia fue creada por el legislador con el fin de compensar a los maestros del orden territorial por los bajos salarios que percibían, y como reconocimiento a la difícil labor que desempeñaban, la pensión de invalidez fue prevista para garantizar al trabajador que ha perdido parte considerable de su capacidad laboral, unos medios que posibiliten su subsistencia digna y la de su familia, de manera que se trata de una medida de protección para la salvaguarda de sus derechos. Y, en segundo lugar, dado que el régimen pensional de los docentes, que es de carácter especial, no prohíbe (sic) expresamente la

compatibilidad de estas dos pensiones, de manera que no es posible concluir que no se pueden percibir simultáneamente una pensión de gracia y la de invalidez cuando se han reunido los requisitos para acceder a ambas. En efecto, el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 permite la compatibilidad de la pensión de gracia creada por la Ley 114 de 1913 con la pensión ordinaria de jubilación, sin prohibir en parte alguna la compatibilidad de la primera con otro tipo de pensiones, lo que conduce lógicamente a concluir que dicha norma no excluye la posibilidad de que se perciban simultáneamente la pensión de gracia referida y la pensión de invalidez, toda vez que de la existencia de una norma permisiva sólo se deriva la imposibilidad de existencia simultánea de otras normas que prohíban lo prescrito. La incompatibilidad de estas dos pensiones tampoco está prevista en otras disposiciones normativas, razón por la cual es necesario concluir que es posible que un docente de primaria del orden territorial, vinculado al magisterio antes del 31 de diciembre de 1980, y en cuyo favor se ha reconocido el derecho a la pensión de gracia establecido por la Ley 114 de 1913, pueda reclamar legítimamente la pensión de invalidez a la que tiene derecho cuando ha perdido más del 75% de su capacidad laboral.» [...] la Sala considera que en efecto no existe norma que expresamente prohíba el reconocimiento de la pensión gracia y simultáneamente el de la pensión de invalidez, puesto que la primera prestación tiene una naturaleza disímil con cualquier otra pensión, dado que no requiere de cotizaciones y es otorgada como una compensación a quienes cumplan los requisitos contemplados en las Leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 37 de 1933; y 91 de 1989. [...] la demandante para el momento en el que solicitó ante la accionada el reconocimiento y pago de la pensión gracia, ya acreditaba la totalidad de los requisitos exigidos legalmente para ser acreedora de esa prestación, puesto que (i) el 12 de

octubre de 2007 cumplió los 50 años de edad; (ii) demostró la vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, ya que desde el 22 de febrero de 1979 mediante el Decreto 214 fue nombrada como educadora en una escuela del departamento de Caldas; (iii) el 8 de marzo de 1999 cumplió los 20 años de servicio docente en una plaza nacionalizada; y (iv) ejerció la labor educativa con buena conducta. [...] la pensión de invalidez resulta compatible con la pensión gracia, ya que, si bien el legislador no se pronunció expresamente en cuanto al reconocimiento simultáneo de estas dos prestaciones, lo cierto es que no existe disposición constitucional o legal que impida el goce de la pensión de invalidez y de la pensión gracia de manera concomitante. Al respecto, no puede perderse de vista que la pensión de invalidez tiene su origen en una relación laboral y su otorgamiento está condicionado a los aportes que el afiliado haya realizado al Sistema General de Pensiones, mientras que la pensión gracia es una retribución que se concede a los docentes sin exigirles aportes al sistema, sino que basta con cumplir los requisitos contemplados en las Leyes 114 de 1913; 116 de 1928; 37 de 1933; y 91 de 1989. [...] a esta Sala no le queda duda de que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia al haber demostrado con creces todos los requisitos y no existir duda respecto a que dicha prestación es compatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida desde el 11 de mayo de 2004. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Le asistió razón al a quo al condenar en costas de primera instancia a la entidad demandada?

Tesis 2: “[...] La parte demandada apeló la decisión de primera instancia en cuanto la condenó en costas, a pesar de que, en su criterio, su actuación fue de buena fe, siempre en derecho y en procura de proteger los recursos del Estado. Al respecto, esta Sección había sostenido la Te-

sis de que el concepto de las costas del proceso estaba relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprendía los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc. A raíz de la expedición del CPACA, la Subsección A, inicialmente sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no implicaba la condena de manera «automática» u «objetiva», frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el

que el juez evaluara las circunstancias para imponerlas o no. Sin embargo, con posterioridad, esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo-valorativo al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes –temeridad o mala fe–, sino los aspectos previstos en el Código General del Proceso [...] la Sala advierte que el argumento expuesto por el a quo para condenar en costas a la entidad demandada resulta pertinente, pues fue vencida, situación que se enmarca en el numeral 1 del artículo 365 del CGP. Adicionalmente, en el proceso se constatan las actuaciones que tuvieron que adelantarse en aras de que le fuera reconocida la pensión gracia a la señora Aliria García Alzate y, en ese orden, se puede concluir que hubo una intervención directa y encaminada a la defensa de los intereses de la demandante, por lo que es claro que estas se causaron. Así las cosas, se confirmará en lo que corresponde a la imposición de la condena en costas impuestas en la primera instancia a cargo de la UGPP”.

Pensión gracia. Tipo de vinculación y calidad de docente territorial. Prueba de la calidad de docente territorial. Prescripción de la mesada pensional. Operancia de la prescripción trienal en materia laboral.

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-01944-01 [5172-19]

FECHA: 22/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Gildardo Antonio Orrego Villa

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante, en su calidad de docente oficial, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia?

Tesis: “La pensión gracia fue consagrada mediante el artículo 1 de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. En ese sentido, respecto de los condicionantes para acceder a la pensión gracia, la Ley 114 de 1913 exige a los docentes que aspiran a su reconocimiento, además de los 20 años de servicio, lo siguiente: i) haberse desempeñado en los empleos con honradez, consagración y buena conducta; ii) no haber recibido o recibir otra pensión o recompensa de carácter nacional; y iii) cumplir 50 años de edad. Por su parte, se reitera, la Ley 91 de 1989 exige que el docente se haya vinculado al servicio oficial con anterioridad al 1 de enero de 1981. [...] esta Corporación ha advertido que la pensión gracia no es un derecho para todo docente que cumpla con los requisitos citados, sino que, en virtud de sus condicionantes, esta solo está prevista para los de carácter territorial y nacionalizado, es decir, con exclu-

sión de los docentes nacionales. [...] queda claro que para acceder al reconocimiento de la pensión gracia se debe acreditar la labor docente durante 20 años en establecimientos oficiales, departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública, o en calidad de docente nacionalizado, con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando se demuestre que se ostentó dicha vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y demuestre cumplir con los demás requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913. [...] En lo que atañe a la vinculación a la docencia en interinidad, se debe tener presente que para reconocer la pensión gracia únicamente se exige la acreditación de 20 años de servicios, sin que importe la modalidad del vínculo, es decir, sin que sea necesario tener en cuenta la forma en la que fue provisto el empleo de docente, si lo fue encarrera o en forma transitoria. [...] En conclusión, quienes desempeñen la labor docente en calidad de educadores territoriales o nacionalizados, aunque hubieran laborado en calidad de interinos tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, siempre

que cumplan con la edad de 50 años y el tiempo de servicios de 20 años. [...] es pertinente señalar que, si bien la vinculación del demandante fue posterior al proceso de nacionalización, lo cual en primera medida permitiría concluir que el nombramiento analizado fue de carácter nacionalizado, lo cierto es que no hubo ninguna intervención por parte de algún delegado del Ministerio de Educación Nacional o de un representante del Fondo Educativo Regional, tal como se consagró en el artículo 6 de la Ley 43 de 1975, disposición que estableció que los recursos asignados para las plazas o planteles educativos nacionalizados serían administrados por aquellos. Por consiguiente, se infiere que la naturaleza jurídica del vínculo del actor corresponde a territorial. En consonancia con lo expuesto, se observa que la Ley 91 de 1989 en el artículo 1.º efectuó la diferenciación entre el personal nacional, nacionalizado y territorial, así :

- i) Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.
- ii) Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1.º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
- iii) Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1.º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975. Lo anterior permite reafirmar que el aquí demandante durante las vinculaciones entre el 4 de mayo de 1977 y el 31 de mayo siguiente; 9 de noviembre de 1981 y 31 de diciembre siguiente; 1.º de enero de 1982 y el 27 de abril de 2009, ostentó una naturale-

za jurídica del vínculo territorial, dado que la designación la realizó el representante del ente territorial con posterioridad al 1.º de enero de 1976 sin el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 [...] en gracia de discusión, si se tuviera que luego de los nombramientos del señor (...) la plaza o el colegio hizo tránsito a uno nacionalizado, conforme a los certificados obrantes en el proceso y referidos en precedencia, ello no afectaría el derecho del demandante a que los tiempos de servicios prestados por el demandante en los periodos analizados se tengan en cuenta para la contabilización de los 20 años para acceder a la prestación reclamada, por cuanto del estudio se llega a la convicción de que de ninguna manera podrían entenderse la naturaleza jurídica del vínculo como de orden nacional. [...] teniendo en cuenta que procede el reconocimiento de la prestación reclamada, es necesario determinar si se configura la prescripción, para lo cual se tiene presente que el demandante cumplió 50 años de edad el 8 de mayo de 2004, fecha en que consolidó su derecho a la pensión, radicó la reclamación el 27 de abril de 2014, y la demanda fue interpuesta el 16 de octubre de 2014 [...] es claro que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción, por cuanto, entre la fecha de consolidación del estatus (8 de mayo de 2004) y la fecha de reclamación (27 de abril de 2014) transcurrieron más de tres años, sin embargo, entre esta última data y la radicación de la demanda (16 de octubre de 2014) no transcurrieron más de tres años, por lo que la petición tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de abril de 2011, tal como lo ordenó el a quo. [...].”

Acción de lesividad. Reconocimiento ilegal de pensión de vejez y prueba de la mala fe. Devolución de dineros pagados irregularmente.

549

RADICADO: 76001-23-31-000-2009-00300-01(3150-22)

FECHA: 29/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones]

DEMANDADO: Carmen Rosa Sarmiento Chávez

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se logró desvirtuar la presunción de buena fe respecto del actuar de la beneficiaria de la pensión de jubilación y, como consecuencia de ello, le corresponde reintegrar las sumas recibidas por concepto de las mesadas pensionales surgidas con ocasión del reconocimiento pensional dispuesto en la Resolución 17927 del 27 de octubre de 2005?

Tesis: “De conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, «[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas». [...] Al revisar el contenido de la Resolución 12782 de octubre de 2007, mediante la cual se revocó la Resolución 017927 de 2005, bajo el amparo del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, se determinó con claridad que la señora (...) solo tenía 132 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, monto que evidentemente resulta menor al exigido en las normas que regulan el régimen pensional al que se hizo referencia en el acto de reconocimiento, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Lo anterior implica que

el reconocimiento de la prestación se efectuó de manera ilegal al no contar la accionada con los requisitos para acceder al derecho y, por ende, desde la fecha de ingreso a nómina de pensionados (noviembre de 2005) hasta marzo de 2007, aquella percibió una prestación a la cual no tenía derecho, devengando un total de \$83.469.349, por concepto de retroactivo y mesadas pensionales. Dentro de la actuación administrativa que concluyó con la expedición de la Resolución 12782 del 3 de octubre de 2007, la señora (...) no emitió pronunciamiento alguno, esto es, no hizo uso de su derecho de contradicción, ni aportó documentos tendientes a aclarar las inconsistencias arrojadas en la auditoría llevada a cabo al interior del ISS, y/o que acreditaran el cumplimiento de los requisitos para acceder a su derecho pensional. [...] Así las cosas, las imprecisiones advertidas en el trámite administrativo de reconocimiento pensional debían ser aclaradas, sin lugar a duda, luego ante la imposibilidad de lograr tal cometido, tanto por la renuencia de la demandada como por la pérdida o desaparición del expediente administrativo, resultaba procedente revocar el acto de reconocimiento prestacional, tal como ocurrió. En criterio de la

Sala, de acuerdo con la realidad procesal acreditada en este medio de control de legalidad, el actuar omisivo y silente de la demandada fue decisivo para que la administración de manera indebida le otorgara una mesada pensional que usufructuó sin tener razón jurídica para ello. Es así como el reconocimiento ilegal de la pensión de jubilación, no se puede reprochar únicamente a un error de la administración, sino que resulta palmaria la actuación fraudulenta en la obtención del reconocimiento pensional. En ese orden, en lo concerniente al reintegro de las mesadas pensionales recibidas con ocasión del acto ilegal, esta Corporación ha sostenido que para que proceda la devolución de prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, se debe probar por parte de la administración que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que se utilizaron documentos falsos o maniobras abusivas dentro de la actuación administrativa, y que ello conllevó el reconocimiento de un derecho pensional.

[...] se advierte que la beneficiaria de la pensión en esta litis no demostró que cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para beneficiarse de la prestación pensional, pese a los múltiples requerimientos que se le hicieran en la actuación administrativa, ni acudió a esta instancia, motivo por el cual es dable inferir que, aun cuando fue informada, se benefició del error en que se incurrió en el acto de reconocimiento. Adicionalmente, llama la atención de la Sala el hecho de que, pese a que desde el mes de abril de 2007 se suspendió el pago de su mesada pensional, la señora (...) no hubiera acudido por su propio interés ante Colpensiones a exigir el restablecimiento de su presunto derecho pensional. En consecuencia, la Sala acompaña las consideraciones expuestas por el Tribunal para afirmar que la actuación de la parte demandada no se rigió por el principio de la buena fe y, por ello, procede la devolución de las sumas que le fueron canceladas por concepto del reconocimiento pensional. En ese orden, se confirmará la decisión de instancia”.

Reconocimiento de la pensión gracia a docente con vinculación de naturaleza territorial. Pensión gracia liquidada con el 75 % del promedio de todos los factores devengados en el último año previo a la adquisición del estatus pensional.

551

RADICADO: 76001-23-31-000-2011-00101-01 (1737–2015)

FECHA: 03/08/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Miguel Antonio Gualteros Forero

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia por la labor desempeñada en el sector de educación oficial?

Tesis: “[...] La pensión gracia fue consagrada mediante el artículo 1 de la Ley 114 de 1913 en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años. [...] con el fin de determinar el carácter o naturaleza del docente (nacional, nacionalizado o territorial), la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2-011-18 del 21 de junio de 2018 previó las siguientes pautas jurisprudenciales: «i) Los recursos del situado fiscal que otrora transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales, en vigencia de la Carta de 1886 y hasta cuando permanecieron en vigor en la Constitución de 1991, no obstante su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes en calidad de rentas exógenas. ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del sistema gene-

ral de participaciones, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Política de 1991. iii) La financiación de los gastos que generaban los fondos educativos regionales no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del situado fiscal, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2.o, de la Ley 24 de 1988). iv) Así como los fondos educativos regionales atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados, resulta factible colegir de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación —situado fiscal— como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas. v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se con-

vierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la junta administradora del respectivo fondo educativo regional, así, este último, certifique la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación. vi) Prueba de calidad de docente territorial. Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial. vii) Origen de los recursos de la entidad nominadora. Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —situado fiscal— cuando se sufragaban los gastos a través de los fondos educativos regionales; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy sistema general de participaciones.» [...] en reciente sentencia de unificación SUJ-030-CE-S2-2022 del 11 de agosto de 2022 la Sección Segunda incorporó adicionalmente como regla jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 15, numeral 2, literal a, de la Ley 91 de 1989, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, que: «Los docentes pueden acceder a la pensión

gracia antes y después del 29 de diciembre de 1989, siempre y cuando acrediten una vinculación territorial o nacionalizada con antelación al 31 de diciembre de 1980 y cumplan con los demás requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento». Las anteriores providencias de unificación jurisprudencial definieron que las mismas tendrían efectos retrospectivos, razón por la cual son de obligatoria aplicación para aquellos casos pendientes de resolución tanto en sede administrativa como judicial. Así las cosas y según las preceptivas expuestas, queda claro que para acceder al reconocimiento de la pensión gracia se debe acreditar la labor docente durante 20 años en establecimientos oficiales, departamentales o municipales, en primaria o en secundaria o como normalista o inspector de instrucción pública, o en calidad de docente nacionalizado, con alguna posibilidad de adicionar tiempos en uno y otro cargo, siempre y cuando se demuestre que se ostentó dicha vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y demuestre cumplir con los demás requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913. [...] En conclusión, quienes desempeñen la labor docente en calidad de educadores territoriales o nacionalizados aunque hubieran laborado en calidad de interinos tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia siempre que cumplan con la edad de 50 años, el tiempo de servicios de 20 años y acrediten buena conducta. [...] Revisado el expediente, y con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala encuentra probado que el señor (...) nació el 7 de julio de 1948, razón por la cual, el 7 de julio de 1998 cumplió 50 años de edad. [...] El señor (...) tomó posesión el 12 de marzo de 1979 ante el alcalde municipal de Caicedonia, y permaneció en el mencionado cargo hasta el 13 de marzo de 1983, fecha en la cual se expidió el Decreto 19 por parte del alcalde municipal de Caicedonia, en el cual le fue aceptada la renuncia como maestro seccional. [...] De lo anterior, se observa que el señor (...) ejerció como

docente en el departamento del Valle del Cauca y el municipio de Caicedonia a través de diferentes vinculaciones entre el 27 de septiembre de 1971 y el 13 de junio de 1993. [...] Lo descrito previamente, permite concluir que los nombramientos de que fue objeto el señor (...) fueron expedidos por autoridades territoriales sin la intervención u orden de la Nación –Ministerio de Educación Nacional, y si bien algunos de ellos fueron con posterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975 por medio de la cual se nacionalizó la educación en Colombia, no se observa en los mencionados actos administrativos que la plaza a ocupar corresponda a una que haya sido objeto de ese proceso de nacionalización. [...] Todo lo anterior, y contrario a lo certificado por las entidades territoriales, permite concluir que los tiempos acá analizados corresponden a vinculaciones de naturaleza territorial, por lo que el tiempo de servicio de 13 años, 8 meses y 3 días, transcurridos entre el 27 de septiembre de 1971 y el 13 de julio de 1993, resulta válido para el cómputo de la pensión gracia. [...] Aunado a ello, se debe tener en cuenta que el acto administrativo de nombramiento fue proferido con posterioridad a la Ley 43 de 1975 por medio de la cual se nacionalizó la educación en Colombia, y que fue expedido por autoridad territorial sin que se evidencie una orden o designación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, para efectuar dicho procedimiento. Finalmente, todo lo descrito resulta

coherente a la luz del artículo 1 de la Ley 91 de 1989 que expresamente señala como personal nacionalizado a “los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.”, contrario al personal nacional, quienes son “los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional”. [...] Todo lo descrito previamente, permite concluir que, para el período que aquí se analiza, el docente (...) ostentó una vinculación de naturaleza nacionalizada, por lo que el tiempo de servicio de 6 años, 9 meses y 12 días, transcurrido entre el 15 de julio de 1993 y el 25 de abril de 2000, resulta válido para el cómputo de la pensión gracia. [...] A título de restablecimiento del derecho, se condenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, como sucesora procesal de CAJANAL, a reconocer y pagar la pensión gracia a favor de (...), a partir del 19 de noviembre de 1999, liquidada con el 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año previo a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 19 de noviembre de 1998 y 19 de noviembre de 1999, según certificación que deberá expedir la entidad territorial, en este caso, el departamento del Valle del Cauca, pero con efectos fiscales a partir del 28 de enero de 2008 por prescripción trienal [...].”

Asignación de retiro

Reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a cónyuge superviviente. Compañera permanente de miembro de la Policía Nacional. Reconocimiento proporcional según tiempo de la convivencia y pago retroactivo de mesadas pensionales.

RADICADO: 08001-23-31-000-2010-00983-01 [3178-15]

FECHA: 06/12/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Cecilia del Socorro Sierra de Barragán

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En qué proporción le asiste el derecho al reconocimiento como sustituta pensional a la demandante cónyuge superviviente?

Tesis: “[...] en casos de convivencia simultánea entre el causante y el (la) cónyuge y el (la) compañero (a) permanente, la prestación debe reconocerse a favor de ambos (as), en aplicación del principio de equidad. (...) la Sala concluye que, en este proceso sí se demostró que la [demandante] tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que en vida devengaba el [causante]. Sin embargo, y comoquiera que en el proceso resuelto por el Juzgado Segundo Oral del Circuito de Barranquilla, se definió el derecho a favor de la [Compañera permanente], el cual no está en discusión en este proceso, la Sala estima que (...) la prestación debe reconocerse en forma proporcional al tiempo de convivencia demostrado, decisión que atiende los principios constitucionales de justicia y equidad. Así las cosas, como en las consideraciones de la aludida sentencia se afirmó que hay prueba de «la convivencia de

la con el de cujus durante más de veinte años hasta el momento de su muerte» y como, en concreto, las pruebas allegadas a este proceso (...) dan cuenta de una convivencia de 23 años entre esa pareja, los cuales fueron simultáneos a la convivencia que por el espacio de 40 años se mantuvo entre la señora (...) y el causante, la mesada pensional habrá de repartirse entre estas, en forma proporcional a la convivencia con cada una de ellas. [...] Ahora bien, como la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ha pagado la pensión hasta la fecha, teniendo como soporte una decisión judicial que, aparentemente, estaba revestida de cosa juzgada, es decir, sustentada en un «justo título», no podría imponérsele la carga de responder retroactivamente por las mesadas que, en efecto, ya ha pagado; por ende, la orden de restablecimiento del derecho a favor de la [cónyuge] consistirá en que la proporción que le corresponde respecto de la mesada pensional que en vida percibía el [causante], será reconocida y pagada por la entidad demandada, a partir de la ejecutoria de esta providencia, esto,

dadas las particularidades del caso, ya analizadas en el acápite anterior. Finalmente, la Sala considera indispensable precisar que, cuando se cumplan los supuestos para que la mesada pensional acrezca, a raíz de la pérdida del derecho del hijo beneficiario del 50% restante de la prestación, esta deberá ser distribuida en la proporción antes descrita, entre las dos beneficiarias ya citadas. [...]”.

Causal de revisión del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. Ajuste de asignación de retiro de agente con 50 % de la prima de actividad del Decreto 2070 de 2003.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00852-00(4598-2017)

FECHA: 26/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Fernando Varela Rocha

DEMANDADO: Caja de Sueldos del Retiro de la Policía Nacional – CA-SUR

MEDIO DE CONTROL: Recurso Extraordinario de Revisión

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Existe nulidad originada en la sentencia del 9 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, y, por ende, se configura la causal 5 de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA, por haberse abstenido de aplicar el Decreto 2070 de 2003 para efectos de definir el porcentaje de la prima de actividad en la liquidación de la asignación de retiro?

Tesis: “El recurrente estima que se configuró la causal de revisión por carencia total de motivación, en consideración a que la sentencia objeto del recurso no resolvió el punto central de la apelación, en la medida que denegó las pretensiones de la demanda sin pronunciarse expresamente sobre la aplicación del Decreto 2070 de 2003 y sus efectos temporales, pese a que se encontraba vigente para el 12 de febrero de 2004, cuando se dio el retiro del servicio. [...] Agregó, que ello tiene efecto en el porcentaje en el que se debe tomar la partida de prima de actividad, pues, en su sentir, debe computarse en un 50% y no en un 20%. [...] [L]a nulidad originada en la sentencia por ausencia de motivación se presenta ante la carencia absoluta de pronunciamiento del juez

sobre las razones de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento a la decisión, o cuando se basa en circunstancias manifestamente erróneas, incompletas o de actitudes dolosas. No aplica, así, para controvertir las razones del fallo ni la apreciación que de los hechos y de las pruebas hizo el fallador. [...] [U]na vez analizadas las probanzas [...], el Tribunal concluyó que las disposiciones que regían la asignación de retiro del señor [...] eran las contenidas en el Decreto 1213 de 1990 que recobraron vigencia en cuanto se declaró la inexequibilidad del Decreto 2070 de 2003. Decisión que se estima plausible teniendo en consideración que: i) en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, así como en el artículo 23 del Decreto 2070 de 2003, se consignaron las partidas computables para el reconocimiento pensional, dentro de las cuales se encuentra la prima de actividad; ii) el artículo 101 de la norma de 1990, determinó expresamente la forma de calcular la prima de actividad, que sería de acuerdo al tiempo de servicio, en el caso bajo estudio, sería el 20% ya que el agente laboró entre 20 y 25 años y, iii) del articulado que integra el Decreto 2070 de 2003, ninguno se refiere a la forma de calcular la prima de actividad, esta solamente está enlistada sin señalar un porcentaje

en específico, pues se indica que la asignación de retiro se calcula tomando el tiempo de servicios y los factores salariales allí descritos. [...] Con todo, aunque se admitiera la aplicación del Decreto 2070 de 2003, tampoco tendría el efecto jurídico que el recurrente pretende, esto es, que se modifique el porcentaje en el que se tomó la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro. Lo anterior, porque esta norma no incluyó tal cambio. De ahí que el juez

de primera instancia se refirió a la posibilidad de atender el Decreto 2863 de 2007, que sí lo introdujo, pero se abstuvo de aplicarlo, por dos razones: 1) porque reguló a los oficiales y suboficiales mas no a los agentes, como el demandante y 2) porque es posterior al retiro del solicitante, y por lo demás su entendimiento de las normas que regulaban la asignación de retiro del demandante fue la misma que tuvo la sentencia de segunda instancia”.

Pensión de invalidez

Reconocimiento de pensión de invalidez a sujeto de especial protección constitucional que padece la enfermedad de Hansen – control de convencionalidad. Evolución histórica de la enfermedad de Hansen en Colombia y los esfuerzos del Estado colombiano para garantizar la vida digna de quienes la padecían. Memoria jurisprudencial sobre reconocimiento de pensiones a favor de empleados del Estado que se remonta al periodo histórico de diagnóstico y desarrollo de la enfermedad de Hansen del causante. Legislación sobre la calificación de la capacidad laboral aplicación Ley 6.ª de 1945. Fecha de estructuración de la disminución de la capacidad laboral – condición más beneficiosa.

RADICADO: 25000-23-42-000-2014-02232-02 [0947-2019]

FECHA: 02/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: José Dosíteo Cano Acevedo

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es procedente reconocer al demandante el derecho y pago de una pensión de invalidez de conformidad con lo regulado en la Ley 6.ª de 1945?

Tesis 1: “[...] los pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado para el momento cronológico de los años 1960 y en adelante, materializaban la protección de los empleados del Gobierno enfermos con el bacilo de Hansen al otorgarles la pensión de que trata la Ley 6ª de 1945, previo el estudio médico que así lo evidenciaba. El importante referente jurisprudencial para la época, denota incluso el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas que en materia pensional, protegieran en mayor me-

dida al enfermo de Hansen y así mismo la eliminación de medidas para hacer nugatorio dicho derecho a la pensión de jubilación. Al no exigir por ejemplo que la incapacidad para laborar en razón de dicha patología hubiera ocurrido a causa del trabajo y definir su situación pensional con la Ley más garante para el reconocimiento y liquidación de la mesada [...]. Entre las herramientas de derecho internacional que más trascendencia han tenido en el asunto, se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la cual fue ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, última que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-293 de 2010. Por su

relevancia para lo que es objeto de este proceso, cabe señalar que el artículo 28 de la convención en comento determinó como deber de los Estados Parte, garantizarle a las personas en situación de discapacidad un nivel de vida adecuado y protección social, entre otras, asegurándoles «[...] el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación [...]». «[...] por medio de Resolución 05833 del 16 de octubre de 1981 al demandante le fue negada la prestación, bajo el argumento de que la Ley 6ª de 1945 exigía una pérdida de capacidad laboral del 100%, para poder cubrir la contingencia de invalidez, interpretación que a juicio de la Sala de Decisión no se encuentra acorde con lo regulado en la mencionada disposición, toda vez que previó dicho beneficio a favor del trabajador que «haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio». Ello con miras a proteger a las personas en situación de debilidad manifiesta, dados los grados severos de invalidez, incompatibles con el ejercicio de una actividad remunerada, finalidad que es acorde con varios de los actuales principios constitucionales. [...] Nótese que conforme con lo regulado por la citada disposición, era beneficiario de la pensión de invalidez el trabajador que tuviera una incapacidad para desarrollar toda ocupación de trabajo, esto es, aquella que lo inhabilita para desempeñar la actividad que habitualmente ejercía. En este sentido, contrario a lo aludido por la entidad demandada en la Resolución 05833 del 16 de octubre de 1981, la mentada norma no exigía una pérdida de capacidad laboral calificada en un 100% sino que su invalidez no le permitiera llevar a cabo la actividad laboral alguna. [...] al momento de retirarse del servicio, el demandante además de contar con una invalidez del 85%, padecía una enfermedad altamente incapacitante y estigmatizante, que le impedía desarrollar cualquier actividad u oficio, por lo cual, para efectos de la prestación deprecada,

se tendrá en cuenta el dictamen médico laboral realizado del 14 de julio de 1981, toda vez que evaluó el estado actual del paciente, su historia clínica y fue realizado por el médico ocupacional de Cajanal. Es pertinente denotar entonces que, para la fecha del retiro del servicio, el demandante ya era inválido y esa fue la causa de retiro, dejándolo desprotegido respecto de un ingreso para su subsistencia. Se resalta igualmente que las valoraciones médicas posteriores no son el punto de partida de la consolidación de su estado de invalidez, pues ya contaba con un dictamen que diera cuenta de ello desde 1968. [...] Bajo esta línea argumentativa, es diáfano concluir que el señor (...) desde el año 1968 (fecha en que fue retirado del servicio oficial), tenía una disminución de capacidad laboral que le impedía desarrollar una actividad económica que le permitiera garantizar una subsistencia en condiciones dignas, propósito normativo al cual no se ajustó la actuación de la Administración que ilegalmente le impidió que desde la mencionada data y en atención a su condición especial en la que se encontraba, derivada del padecimiento de una enfermedad que le generó una inminente invalidez, gozara de los beneficios mínimos vigentes para aquella época y de esta forma, cubrir para sí mismo y su entorno familiar las necesidades básicas de todo ser humano. [...] Se resalta, que el hecho de que no se le hubiera practicado al libelista un examen de reingreso en el año 1960 y haberlo vinculado con la preexistencia no exime de la obligación del sistema de salud de otorgar la protección debida a quien es un sujeto con vulnerabilidad por su condición médica. Aunado a que las reglas de la sana crítica enseñan que las lesiones por él padecidas le impedían llevar a cabo actividad económica alguna que le permitiera tener una vida en condiciones normales, lo cual fue señalado en varias oportunidades por los médicos que lo evaluaron. Una interpretación contraria, attentaría con los principios básicos del

Estado Social de Derecho. Ante la lamentable situación de desamparo a los derechos fundamentales y a la seguridad social sufridos por el causante, se duele la Sala de que la situación de discapacidad del mismo haya pasado desapercibida por las entidades encargadas de brindarle la protección, lo cual es censurable en un Estado Social de Derecho que promueve la protección especial de aquellos sujetos vulnerables por condiciones de salud como el demandante, quien falleció a la espera de obtener el derecho a la pensión de invalidez de forma tardía. [...]”

Problema jurídico 2: “¿Se configuró la prescripción de las mesadas pensionales reconocidas al demandante, con anterioridad al 28 de mayo de 2011?”.

Tesis 2: “[...] una vez el derecho se hace exigible el interesado cuenta con un término de 3 años para reclamarlo, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual. Igualmente que presentada la petición ante la administración esta interrumpe el fenómeno prescriptivo y a partir de ese momento, el empleado cuenta con tres años para radicar su reclamación en sede judicial, al cabo de los cuales su inactividad implicará la extinción de su derecho, y por ende, no será posible acceder al restablecimiento del derecho. [...] a pesar de las múltiples solicitudes del peticionario, la última fue elevada 30 de julio de 2009, es la que originó los actos administrativos demandados, por tanto, a partir de dicha fecha el señor (...) tenía tres años para presentar la demanda con el fin de que se le reconociera su pensión, esto es, hasta el 30 de julio de 2012, so pena de perder las mesadas

que a dicha fecha se hubiesen causado pues es posición reiterada de esta Corporación que el derecho a la pensión no prescribe, por lo que puede ser reclamado en cualquier tiempo, pero las mesadas pensionales sí lo hacen. [...] si bien la decisión fue objeto del recurso de reposición el cual fue desatado negativamente por medio de Resolución UGM 048784 del 4 de junio de 2012, podía acudir a demandar el acto ficto presunto negativo, sin necesidad de esperar una respuesta efectiva, y la demanda solo fue interpuesta el 28 de mayo de 2014, esto es, 4 años, 9 meses y 2 días aproximadamente después de la última petición. [...] En este sentido la fecha que interrumpió la prescripción de mesadas fue la presentación de la demanda, esto es, 28 de mayo de 2014 y 3 años hacía atrás (28 de mayo de 2011), conforme lo analizado en precedencia. Ello en atención a que entre la data de la última petición y la radicación del medio de control trascurrieron más de 3 años. [...] a pesar de que el fallecimiento del demandante no prevé la terminación del proceso judicial, sí implica la extinción de la causación de la pensión de invalidez, en ese orden, el reconocimiento de las mesadas aquí reconocidas, habrá de delimitarse desde el 28 de mayo de 2011 (por efectos de la prescripción) hasta la fecha del fallecimiento del señor (...) la cual presuntamente ocurrió en el año 2017, momento desde el cual cesó el derecho a la prestación, según certificado de cancelación de cédula por muerte emitido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme Resolución 10849 del 4 de octubre de 2017. En esa medida, habrá de modificarse la sentencia objeto del recurso de alzada”.

Reliquidación de la pensión de invalidez. Ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez y factores salariales.

561

RADICADO: 13001-23-33-000-2014-00086-01 [0949–2019]

FECHA: 03/11/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aida Josefina Marrugo de San Juan

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez otorgada en vigencia del Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último mes de servicio?

Tesis: “[...] a la hoy demandante se le reconoció y liquidó la pensión por invalidez de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, previamente citado, es decir, equivalente al 100% del último salario devengado; lo anterior en la medida que la Junta Seccional Bolívar, a través de los Oficios 106 del 18 de agosto y 9 del 20 de agosto, ambos de 1993, determinó que la señora (...) «es invalida sobre una valoración del 96% de pérdida de la capacidad laboral», resulta claro que la normativa vigente al momento de emitirse esa calificación eran los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Ahora bien, en cuanto a los factores salariales a tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez, se debían tener en cuenta los establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. [...] la señora (...) tiene reconocida una pensión de invalidez desde el año 1993, la cual fue objeto de reliquidación para tener en cuenta el último salario

devengado al momento de su retiro. Este ajuste también tuvo en cuenta como único factor: la asignación básica. Previo a determinar qué factores debían complementar la liquidación de la prestación ya mencionada, la Sala se permite aclarar que la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018, que la Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó ser aplicada, no se ajusta a este caso particular, toda vez que dicha sentencia analizó los escenarios creados a partir de la vigencia del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, situaciones aún no consolidadas a 1º de abril de 1994 de los beneficiarios del régimen de transición y, en el caso que nos ocupa, se tiene que el hecho que originó la incapacidad de la demandante y la correspondiente pensión de invalidez data de agosto de 1993, rigiéndose por normas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 propias de la pensión de invalidez que consagran un IBL disímil. Ahora bien, en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación pensional, vale la pena precisar que cuando el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 estableció el 100% del salario, no lo hizo de manera taxativa a únicamente la asignación básica; al respecto, sobre el sentido y alcance de las expresiones sa-

lario y factor salarial para la liquidación de las pensiones, se debe tener en cuenta el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, núm. 1393 de 18 de julio de 2002, en donde se precisó: «El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)». En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.” (...) Según el artículo 42 ibidem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,

los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.» De igual forma, vale la pena poner de presente que antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el régimen en materia de aportes para pensión de los empleados públicos del orden nacional se encontraba contenido en las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, 33 y 62 de 1985, y el Decreto 1743 de 1966. De lo anterior, se desprende que los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social efectuaron, en su primer momento, los aportes que la ley ordenaba y de acuerdo a los porcentajes establecidos para ello, ejemplo de ello es el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966 que estableció el aporte de una tercera parte del primer sueldo y de todo aumento y el 5% sobre el salario de cada mes o de la mesada pensional, lo anterior sin perjuicio de los aportes que cada entidad en su condición de empleador debía realizar con el fin de contribuir en la financiación de las prestaciones. Es claro que en el caso particular (...) la pensión de invalidez debió ser liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales establecidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, pues su situación jurídica se configuró antes de la entrada de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y por tanto no le es aplicable el régimen de transición del artículo 36 de esta última, por tanto, los argumentos por medio de los cuales la UGPP pretende que se revoque la sentencia de primera instancia carecen de sustento. [...]

La omisión de solicitar oportunamente el examen médico de retiro por un miembro de la fuerza pública no exime a la administración de su práctica frente a la eventual renacimiento de la pensión de invalidez. Exonera de los tratamientos médicos en la medida que la pérdida de la capacidad sicofísica no guarde relación con el servicio.

RADICADO: 05001-23-33-000-2016-00408-01 [2788-2022]

FECHA: 19/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Francisco Javier Rodríguez Pérez

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Al Sargento Segundo le asiste el derecho a que se le practiquen los exámenes por retiro del servicio activo del Ejército Nacional, con el fin de establecer si tuvo alguna discapacidad que amerite el pago de prestaciones que de esto se deriven, a pesar de que la solicitud para su práctica la presentó 21 años después del retiro del servicio?

Tesis: “[...] Las normas anteriores fueron derogadas [artículo 8º, 21ª 25 ,34 del Decreto 94 de 1989 y 166 del Decreto 1211 de 1990] por el Decreto 1796 de 2000, que en relación con los exámenes de retiro de los miembros de la fuerza pública, determina: Artículo 4. Exámenes de capacidad sicofísica. Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos: Artículo 8. Exámenes para retiro. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare

dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación. Para la Sala, que el demandante no haya solicitado oportunamente el examen de retiro con el objeto de valorar su estado de salud al momento del desacuartelamiento no justifica que la Administración omitiera su práctica, pues este «[...] resulta indispensable para clarificar toda futura relación que la institución pueda tener con el personal que se desvincula, a partir de lo cual se ha considerado que la omisión del mismo impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba el servicio militar con la fuerza pública» [Sentencia T-875 de 2012.] (...) Con fundamento en lo anterior, resulta necesario ordenar al Ejército Nacional la práctica del referido examen al accionante. (...) Por otra parte, en lo que atañe a una valoración por la junta

médico-laboral militar, el accionante tampoco acreditó haber acudido oportunamente ante el señor director de sanidad del Ejército Nacional para obtenerla; sin embargo, la autoridad de sanidad debe valorar la situación del interesado, y corresponde a este agotar los mecanismos que para el efecto le concede el ordenamiento jurídico. En todo caso, ello tampoco es óbice para que una vez se surta el examen de retiro a que se aludió en el acápite anterior, se convoque a la respectiva junta si hay lugar a ello; porque, además de esa valoración, podría surgir un derecho pensional de invalidez, cuya naturaleza es imprescriptible (...) el sistema de salud de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, de manera independiente al sistema general de seguridad social en salud, tiene la obligación de atender a aquellos uniformados desacuartelados que padezcan una enfermedad o dolencia adquirida durante su incorporación, que ponga en riesgo su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas. De conformidad con la referida jurisprudencia, se reconoce el derecho a la asistencia médica de manera excepcional a

aquellos militares y policías retirados que deben tratar las enfermedades y dolencias adquiridas con ocasión de la prestación del servicio, hasta cuando sean totalmente rehabilitados y como la lesión permanece en el tiempo, no es procedente aplicar el término de preclusión dispuesto en su momento por el artículo 8º del Decreto 94 de 1989 ni algún plazo de prescripción. No obstante, el Tribunal acierta al abstenerse de ordenar que «se le realicen los tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro al demandante», en la medida en que no puede determinarse que devienen del ejercicio profesional ni se acredita que tuvieran relación con este; aspectos que eventualmente deben ser reconocidos, previo examen de retiro y/o dictamen de la respectiva junta o del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía. Sin más consideraciones y a partir una sana hermenéutica jurídica, la Sala arriba a la convicción de que se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo acusado, por tanto, se confirmará la sentencia apelada [...]”.

Reconocimiento post mortem

565

El reconocimiento post mortem de la pensión gracia con las dos terceras partes del tiempo de servicio procede cuando el docente es retirado del servicio de manera definitiva con pérdida de la capacidad laboral superior al 95 %.

RADICADO: 41001-23-33-000-2017-00416-01 [1071-2020]

FECHA: 27/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: José Omar Carrera Vergara

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente el reconocimiento post mortem de la pensión gracia con las dos terceras partes del tiempo de servicio, como consecuencia de la muerte del docente?

Tesis: “Con la definición filosófica de dicha prestación pensional, esta estuvo dirigida solo los educadores que tuvieron ingresos inferiores que históricamente fueron los de primaria, que en principio dependían de la entidades territoriales, tenían derecho a ella y posteriormente se extendido al nivel secundario la normatividad relativa a la pensión gracia, se señala que se deben cumplir 20 años de servicio en colegios del orden departamental, distrital, municipal o nacionalizados, en consecuencia no puede ser reconocida a favor de la causante al no concurrir con el requisito temporal señalado. Ahora bien, frente a la posibilidad de acceder a la pensión gracia post-mortem con las dos terceras partes del tiempo requerido, la Sala observa que la causante en principio cumpliría con este presupuesto, pues acreditó 17 años, 3 meses y 18 días de servicios territorial y nacionalizado,

lo cual acreditaría en demasía de las dos terceras partes señaladas, que equivalen aproximadamente a 13 años y 3 meses, sin embargo la jurisprudencia traduce tal beneficio para aquellos docentes que hayan sido retirado del servicio laboral de forma definitiva como consecuencia de la pérdida de la capacidad laboral superior al 95%, lo que discrepa de la situación de la causante, la cual falleció antes de cumplir con los requisitos para el beneficio prestacional. Si embargo, frente a lo argumentado en la apelación referente a la pretensión del actor del reconocimiento de la pensión gracia post-mortem en su calidad de beneficiario de la causante, es procedente precisar que en materia de sustitución pensional, los artículos 36 y 39 del Decreto 3135 de 1968, 80 y 92 del Decreto 1848 de 1969, consagraron la posibilidad de transmitir el derecho jubilatorio a favor de los beneficiarios del causante, únicamente en dos eventos, a saber: i) cuando fallece el empleado público en goce de pensión y ii) cuando el empleado público muere con derecho a pensión sin que se hubiere reconocido. Así mismo, la Ley 12

de 1975, prescribe la posibilidad de reconocimiento post mortem de una pensión de jubilación al trabajador que fallece con el tiempo de servicio pero sin la edad.(...) es importante mencionar que las normas antes mencionadas contemplan diversos escenarios en donde el servidor público, incluido el docente por supuesto, pueden acceder a la pensión de jubilación por mortem y su posible sustitución, porque gozan del derecho lo disfrutaron en vida, porque consolidaron el estatus o porque cumplieron el tiempo de servicio necesario.(...) el contenido normativo de la Ley 12 de 1975

va dirigido a regular una situación especial dentro del régimen prestacional conformado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y posteriormente con el 2277 de 1979, que hace parte del sistema general de la seguridad social en pensiones, cuya naturaleza es eminentemente contributiva; contrario a lo que ocurre con el régimen jurídico especial estatuido para la llamada a pensión gracia, compuesto por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, destinadas a regular la dádiva que el Estado creó en 1913 exclusivamente para los maestros territoriales [...]”.

Pensión de sobrevivientes

Beneficiarios de pensiones por muerte de miembros de la fuerza pública en servicio activo. Fallecimiento de soldados y grumetes en combate o por acción del enemigo. Beneficiarios de indemnización de 48 meses de los haberes correspondientes al grado ascendido y al pago del doble de la cesantía. Principio de favorabilidad en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Inescindibilidad o conglobamiento en la aplicación de la norma más favorable.

RADICADO: 17001-23-33-000-2013-00635-01(0441-15)

FECHA: 02/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Ángela Bibiana Arias Aguirre

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es procedente que a la demandante y a su hijo a quienes se les concedió una pensión de sobreviviente conforme el Decreto 4433 de 2004, por el fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, quien murió en combate el 4 de mayo de 2010, se les otorgue adicionalmente un ascenso póstumo conforme el Decreto 2728 de 1968 y, como consecuencia de ello, se le conceda unos haberes y la reliquidación de la citada pensión de sobreviviente?

Tesis 1: “El Decreto 4433 de 2004 consagró una pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los causantes, prestación más favorable para ellos y, que por tanto, excluye el ascenso póstumo previsto en el art. 8 del Decreto 2728 de 1968, que por la fecha del fallecimiento del causante no es el aplicable para el caso en concreto. En efecto, en el régimen del Decreto 2728 de 1968, para los eventos de fallecimiento de soldados y grumetes en combate o por acción

del enemigo como en el presente proceso, no se contempló una pensión de sobreviviente para sus beneficiarios sino una especie de indemnización consistente en 48 meses de los haberes correspondientes al grado ascendido y al pago del doble de la cesantía. [...] Como se colige de la anterior norma interpretada en armonía con el resto de artículos del Decreto 2728 de 1968, ese régimen no preveía una pensión de sobrevivientes para cubrir la contingencia de la muerte repentina de soldados o grumetes fallecidos en combate, sino ese ascenso póstumo que se materializaba por una sola vez, en la indemnización arriba referenciada. Ahora bien, el Decreto 4433 de 2004, no contempla el ascenso póstumo y sus haberes, para eventos como el del asunto sub lite. Sin embargo, para estos casos consagra como única prestación una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del causante fallecido en esas circunstancias, prestación que es a todas luces más favorable que la

citada indemnización prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968. En efecto, la pensión de sobrevivientes es más favorable que el ascenso póstumo porque atiende por mucho más tiempo y de manera continua la contingencia derivada de la muerte del causante que afecta su grupo familiar. No hay que perder de vista que la pensión de sobrevivientes es una prestación dirigida a suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. La finalidad de dicha prestación es garantizar a los sobrevivientes del pensionado o afiliado fallecido, la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, de tal forma que su deceso no signifique una ruptura que afecte la subsistencia del núcleo

familiar más próximo del causante. Ahora bien, la demandante no puede pretender que se le aplique lo favorable de la norma que rige exclusivamente el caso en caso en concreto, que como ya lo advertimos no es otra que el Decreto 4433 de 2004 y, después de otorgada la pensión de sobrevivientes, reclamar un ascenso póstumo previsto en otra norma que no es aplicable al caso en concreto y que además se encuentra derogada por ser contraria a la estructura jurídica del Decreto 4433 de 2004. [...] el principio de favorabilidad trae aparejado el consolidado principio de inescindibilidad o conglobamiento, según el cual una vez escogida la norma más favorable al trabajador esta se debe aplicar en su integridad y no beneficiarse de lo favorable de otra norma, porque tal hecho conllevaría la creación de un tercer régimen, constituido por fragmentos de otras dos normatividades, situación que entraría en contravía del mismo principio de favorabilidad y su relacionado principio de inescindibilidad”.

Pensión de sobrevivientes de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Aplicación del principio de favorabilidad del régimen pensional. Aplicación retrospectiva de las leyes. Norma vigente para la época de ocurrencia del deceso. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Dependencia económica y noción de congrua subsistencia.

RADICADO: 18001-2333-000-2016-00218-01[4437-2019]

FECHA: 04/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Cecilia Vásquez de Muñoz

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de madre del fallecido (...) miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, con fundamento en el régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993, o con aplicación del régimen especial previsto en el Decreto 4433 de 2004, como lo interpretó la entidad en el acto demandado?

Tesis 1: “[A]l tenor del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no es aplicable a los miembros de la Policía Nacional entre otros servidores, el régimen general de pensiones, pues el mencionado artículo los excluyó de ese sistema, no obstante, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 288 de esa norma, los miembros de la Policía Nacional, en virtud del principio de favorabilidad podrán acogerse al régimen general. De otra parte, el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 indicó que el sistema general de pensiones regiría a partir del 1° de abril de 1994, en tal razón, dicha norma será aplicable únicamente a las situaciones jurídicas consolidadas a partir de su entrada en vigencia. [...] El Decreto 4433

del 31 de diciembre 2004, en desarrollo de la Ley 923 de 2004, estableció que en los casos en que se produzca la muerte de un miembro de la Fuerza Pública en actos especiales del servicio, a partir de la entrada en vigor del mismo, sus beneficiarios tendrían derecho, desde la fecha del fallecimiento, a que se le pague una pensión de sobreviviente. [...] Teniendo en cuenta lo anterior, las personas que integran la Fuerza Pública gozan de un régimen prestacional especial, es decir, las disposiciones que gobiernan sus situaciones prestacionales no son las contenidas en el régimen general de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, pues su régimen fue exceptuado por la Constitución y la ley dada la naturaleza de servicios prestados por los miembros de la Policía Nacional, Ejército, Armada y Fuerza Aérea. El Consejo de Estado desarrolló una Tesis en la cual expresó que la existencia de regímenes especiales se justifica, en tanto consagren beneficios para un grupo determinado de personas, pudiendo aplicar de forma retrospectiva los regímenes generales, como el creado con la Ley 100 de 1993, en aquellas situaciones en que resulte más favorable para el reconoci-

miento de prestaciones. [...] el fallecimiento del patrullero (...) ocurrió el 1 de septiembre de 2010, fecha para la cual ya se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004”.

Problema jurídico 2: ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de madre del fallecido (...), quien ya disfruta de otra pensión de sobrevivientes, cuando aquella no es congrua para asegurar las condiciones materiales mínimas del beneficiario?

Tesis 2: “[...] la dependencia económica debe examinarse a la luz de los postulados constitucionales y legales que orientan la seguridad social como son: la protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, protección integral de la familia, de las personas de la tercera edad, calidad de vida acorde con la dignidad humana, eficiencia y solidaridad, entre otros. En tal sentido, la noción comprende la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; por lo tanto, la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios. [...] para la obtención de la pensión de sobreviviente, el interesado debe acreditar: (a) el parentesco con el causante y (b) la dependencia económica, entendida como la incapacidad de la persona de obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna, esto es, la ausencia de condiciones materiales mínimas que le permitan sufragar los costos de su propia vida. En esa línea argumentativa, está demostrado que la señora (...) es madre del causante (...) aspecto que satisface su condición de beneficiaria como primer requisito

exigido. En relación con la “dependencia económica”, la entidad accionada (...) sostuvo que en la declaración extraproceso presentada por la demandante (...) ante la Notaría Primera del Círculo de Florencia, informó que le había sido asignada una pensión luego de la muerte de su esposo. [...] Se muestra evidente para la Sala que, aunque la demandante posee el ingreso que proviene de la sustitución pensional de su esposo fallecido, este no le garantiza una subsistencia congrua pues la suma neta que percibe no le garantiza el mínimo vital. [...] la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. [...] Bajo tal entendimiento, para poder acreditar la dependencia económica no se requiere la carencia total y absoluta de recursos, sino que basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que le permita a la beneficiaria obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna y en el presente caso, pese a contar con la pensión de su cónyuge fallecido equivalente a un salario mínimo, quedó demostrado que de dicho ingreso (...) no le asegura las condiciones materiales mínimas para la subsistencia, y además la demandante no posee otros ingresos pues es una persona de la tercera edad que no labora y sus otros hijos no le aportan al sostenimiento como sí lo hacía el causante [...] En criterio de la Sala la dependencia económica puede relacionarse con la noción de congrua subsistencia y la concepción de “congrua” proviene del adjetivo congruente, el que a su vez significa conveniente, proporcional, coherente y lógico. Asimismo, puede aceptarse como una razonable porción, estipendio o retribución de algo. Subsistencia es el conjunto de medios necesarios para el sustento de la vida humana. [...]”.

Compatibilidad pensional de sustitución pensional y pensión de sobreviviente. Prohibición de doble asignación del tesoro público. Excepción a la prohibición de doble asignación.

571

RADICADO: 73001-23-33-000-2016-00330-01 [0335-2018]

FECHA: 11/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Margarita Rojas Herrera

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Existe incompatibilidad entre la sustitución pensional reconocida a la señora demandada por Resolución n.º RDP 025108 del 14 de agosto de 2014, expedida por la UGPP, y la pensión de sobreviviente reconocida por Colpensiones a través de Resolución n.º GNR 211114 del 22 de agosto de 2013, al tenor del artículo 128 de la Constitución Política?

Tesis: “[...] Particularmente sobre el concepto de asignación, la Alta Corte en la providencia referida, advirtió que este «comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.» [...] esta Sección ha manifestado que «la Constitución Política establece la prohibición de recibir más de una asignación proveniente de varios empleos públicos y de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, situación que configura la incompatibilidad de salarios y pensiones, reconocida pacíficamente en el ordenamiento jurídico.» Sobre la incompatibilidad de dos pensiones que provengan del tesoro público, esta Corporación precisó que: «[...] es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir

una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares. No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el ISS incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.» Bajo el contexto jurídico y jurisprudencial anterior, se concluye que no se pueden reconocer dos pensiones provenientes del tesoro público pues existe incompatibilidad por cuanto las dos provienen de la misma fuente, salvo las excepciones legales, a propósito de las cuales encontramos la consagrada en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992: «c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;» [...] En concordancia con lo anterior, a una persona se le puede reconocer la sustitución pensional y en forma concomitante la pensión de sobrevivientes, aun cuando las dos provengan del tesoro público, puesto que (i) constituye una excepción al artículo 128 de la Constitución que se encuentra expresamente consagrada en el literal c) del artículo 19 de

la Ley 4 de 1992, y (ii) dentro de las características del Sistema General de Pensiones no está prevista dicha incompatibilidad en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. [...] la parte demandada considera que deben ser revocados los numerales primero y tercero de la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto administrativo objeto de control y la condenó a pagar las costas del proceso, respectivamente, con fundamento en que la pensión reconocida por la UGPP se encuentra dentro de la excepción a la prohibición de doble asignación dispuesta en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y que la pensión de COLPENSIONES tiene origen en aportes realizados por el causante provenientes del sector privado. [...] Por su parte, la UGPP en la adhesión presentada, manifestó encontrarse en desacuerdo con el numeral segundo del fallo que negó la pretensión de devolución de las sumas percibidas por la pensionada, toda vez que, en su criterio, está demostrado que la demandada las percibió a pesar de tener conocimiento que esta prestación era incompatible con la que ya le había sido reconocida. El Tribunal Administrativo del Tolima accedió a la nulidad solicitada y negó la devolución de las sumas percibidas por la demandada con sustento en que se demostró que, tanto la pensión sustituida a la señora (...) por la UGPP, como la pensión de sobreviviente reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES, eran pagadas con recursos del sector público, razón por la cual se encontraba dentro de la prohibición del artículo 128 constitucional. En lo concerniente a la devolución de los dineros pagados, consideró que no se acreditó la mala fe de la demandada al recibirlos porque existía una sentencia judicial que la declaró beneficiaria del causante. [...] la UGPP por medio de Resolución Número RDP 025108 del 14 de agosto de 2014, le reconoció la sustitución pensional a la señora (...) como única beneficiaria del señor (...) quien en vida gozó de la pensión de jubi-

lación que le fue concedida por el INCORA mediante Resolución No. 00858 del 19 de julio de 2004. Tanto la sustitución pensional como la pensión de sobrevivientes son pagadas con recursos públicos, esta última por las cotizaciones que realizó el causante cuando laboró en la Universidad de Cundinamarca cuya naturaleza es la de una Institución Estatal de Educación Superior del orden territorial, creada a través de la Ordenanza Número 045 del 19 de diciembre de 1969 expedido por la Asamblea de Cundinamarca. De acuerdo con el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, las asignaciones percibidas por concepto de sustitución pensional están exceptuadas expresamente de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La UGPP le reconoció la sustitución pensional a la señora (...) en consecuencia, aun cuando la beneficiaria percibe otra pensión de sobrevivientes con cargo a recursos públicos, no hay lugar a declarar la nulidad la Resolución Número RDP 025108 del 14 de agosto de 2014 por cuanto la naturaleza del reconocimiento allí dispuesto se constituye en una de las excepciones contempladas por la ley, específicamente la del literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992. [...] si lo que se trata es de cuestionar el reconocimiento de la pensión de vejez del señor (...) la UGPP ha debido dirigir la demanda contra el acto administrativo que así lo ordenó, pero no contra el acto de sustitución pensional, toda vez que como quedó expuesto, dicha Resolución no tiene ningún vicio de ilegalidad dado que la ley le otorga a los beneficiarios el derecho a continuar percibiendo la pensión de vejez que en vida disfrutaba el causante y en el caso sub examine se acreditaron los requisitos para acceder a la prestación. Bajo dicho hilo argumentativo, la Sala de Subsección revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar negará las pretensiones de la demanda, lo cual incluye la condena en costas impuesta por el a quo, en el entendido que la sustitución

pensional reconocida por la UGPP no vulnera la prohibición de doble asignación porque está expresamente exceptuada por la ley y por lo tanto la parte demandada no fue vencida en el proceso. Por último, en relación con la pensión de sobreviviente reconocida por COLPENSIONES a la demandada con ocasión del fallecimiento de causante (...) por los tiempos de servicios laborados en entidades públicas, como la Universidad de Cundinamarca, dirá la Sala que concierne a una decisión ajena al proceso por cuanto no fue objeto de demanda, razón que impide emitir un pronunciamiento sobre la legalidad de dicho acto, lo que no obsta para que, en caso de que la entidad demandan-

te así lo considere, acuda a un nuevo medio de control de legalidad en donde puedan debatir los argumentos de ilegalidad que estime necesarios contra el aludido acto administrativo de reconocimiento pensional. En ese orden, se revocará la sentencia apelada en cuanto accedió parcialmente a las pretensiones, para en su lugar, negar todas las súplicas de la demanda, toda vez que: (i) no hay lugar a la devolución de las sumas recibidas, y (ii) porque al tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en asuntos en donde se ventile un interés general, como se trata del presente caso, en donde la entidad pública demandante pretende la protección del erario, no procede condena en costas”.

El reconocimiento de la pensión de sobreviviente a hermana en condición de invalidez de agente de la Policía Nacional muerto en simple actividad procede cuando no existe un beneficiario con mejor derecho.

RADICADO: 68001-23-33-000-2017-00297-01[0292-2020]

FECHA: 26/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Blanca Nubia González Rivera

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a hermana en condición de invalidez de agente de la Policía Nacional muerto en simple actividad?

Tesis: “En el régimen especial de la Policía Nacional, según lo prevén los Decretos 1213 de 1990 y 4433 de 2004, en el orden de beneficiarios de la familia del causante los hermanos ocupan el último lugar y esa posibilidad es residual, únicamente en caso de que aquel no tuviese cónyuge supérstite, hijos o padres. (...). Bajo la égida del sistema general de seguridad social, se mantienen tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que ante la ausencia de uno lo sucede el siguiente, a saber: (i) cónyuge o compañera permanente, hijos con derecho o inválidos; (ii) padres y (iii) hermanos inválidos. De lo cual se puede deducir que los últimos obtienen tal beneficio siempre y cuando demuestren la ausencia o inexistencia de los anteriores que tienen un mejor derecho, sin la posibilidad de que la pensión de sobrevivientes pueda sustituirse cuando fallezca su beneficiario. En este orden de ideas, sin mayores disquisiciones, resulta evidente que a la demandante no le asiste derecho al recono-

cimiento de la pensión de sobrevivientes que causó el extinto agente de la Policía Nacional, primero, porque el Decreto 1213 de 1990 no incluyó a los hermanos inválidos como beneficiarios de la prestación y, segundo, toda vez que al declararse la muerte presunta por desaparecimiento de aquel, la entidad demandada, a través de Resolución 464 de 20 de mayo de 2008, reconoció cesantías, compensación por muerte y pensión de sobrevivientes a su madre, por ser la única beneficiaria según el orden preferente al que se ha hecho referencia. Por tanto, no es dable conceder el derecho deprecado a la actora, habida cuenta de que no se le incluyó como beneficiaria en la norma especial aplicable al caso y fue desplazada por la madre del causante quien tenía un derecho preferencial que fue reconocido oportunamente por la entidad demandada y del cual disfrutó hasta su fallecimiento, sin que sea viable su sustitución. Aunque el Estado colombiano tiene el deber de garantizar a todas las personas el goce efectivo de sus derechos constitucionales, cuanto más si se trata de personas en condiciones de vulnerabilidad manifiesta o discapacidad, ello no habilita a las autoridades para obviar o incumplir las exigencias de ley en aras de que

aquellos obtengan el reconocimiento de prestaciones sociales. En el asunto sub judice, no se desconoce que la accionante padece de una pérdida de capacidad laboral del 52.82%, por discapacidad mental absoluta, que le determina unas condiciones de invalidez e interdicción judicial indefinida; sin embargo, no es admisible ignorar que (i) la pensión de sobrevivientes que causó el agente Jhon Jairo González Rivera

fue reconocida en debida forma a su progenitora, porque ella tenía la titularidad preferencial para tal efecto; y (ii) el ordenamiento jurídico (el especial de la fuerza pública y el general) es claro al establecer que los hermanos únicamente pueden obtener el mencionado beneficio en el evento en que no exista cónyuge, hijos y padres del causante de la prestación, lo cual no ocurrió en este caso”.

La cónyuge supérstite cumple con el requisito de convivencia efectiva para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pese a no compartir techo con el causante, cuando se acredita acompañamiento espiritual, moral, económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo.

RADICADO: 88001-23-33-000-2018-0052-01[5322-2019]

FECHA: 27/01/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Dubis Yolanda Merino de Torres.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La cónyuge supérstite cumple con el requisito de convivencia para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, pese a no compartir el mismo techo con el causante?

Tesis: “[...] Para la Sala, la convivencia no se restringe a una simple cohabitación, sino que se trata del deseo de la pareja de construir y mantener una familia, aunque no requiere de formalismo para su constitución, si es necesario la acreditación de los elementos básicos de permanencia y estabilidad, como el hecho de que mantuvieran su continua comunicación, apoyo e incondicionalidad pese a la distancia. En efecto, la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino a los elementos que en mayor medida definen esa convivencia, como, por ejemplo, el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo, aspectos que la demandada logró demostrar, pues, además de las declaraciones que fueron aportadas para que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, aportó al plenario varias declaraciones que demuestran la relación que man-

tuvo con el causante. Se insiste, aun cuando la distancia los separaba, las pruebas que obran en el plenario permiten dar cuenta acerca del apoyo y comprensión mutua, pues además de que estaba pendientes el uno del otro, se visitaban continuamente en el lugar de residencia de cada uno de ellos. Pero, si en gracia de discusión no se admitiera lo anterior, resulta que el inciso 3º del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 brindó la oportunidad a la cónyuge supérstite de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pero solo cuando se ha mantenido la sociedad conyugal vigente. Lo cual sucedió en el presente caso, pues aunque aparentemente estuvieron separados de hecho, su matrimonio estuvo vigente hasta cuando falleció el señor (...) (q.e.p.d.). Lo anterior, por cuanto la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente, dado que los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos. (...) si la señora (...) «cónyuge supérstite», aparentemente, se había separado de hecho del señor (...) (q.e.p.d.) no habían liquidado la sociedad conyugal y, además, no tenía convivencia simultánea con otra

persona para el momento del fallecimiento de éste, no le era aplicable lo previsto en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual le exigía probar, su convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso, sino que su situación se enmarcaba en lo dispuesto en el inciso tercero literal b) *ibídem*, que refiere a hipótesis normativas no solo de disputas entre parejas del causante, ya sea por convivencia simultánea con cónyuge supérstite y compañero permanente, o convivencia no simultánea con el cónyuge separado de hecho y sociedad conyugal vigente, sino al escenario que se estudia en el pre-

sente caso, en donde la cónyuge no ha liquidado la sociedad conyugal y no hay compañera permanente que pugne por el derecho pensional. No obstante, se insiste, lo que existió entre la demandada y el pensionado fue una convivencia efectiva, entendida ésta como el apoyo espiritual, moral, auxilio, compañía, afecto o dependencia en aspectos económicos y de seguridad social que han sido criterios orientadores de esta Corporación al momento de la valoración de la existencia de una convivencia de pareja; por ende, la Sala confirmará la sentencia que negó las pretensiones de la demanda [...].”

Reconocimiento pensión de sobrevivientes a favor de un suboficial del ejército nacional fallecido en simple actividad. Muerte presunta por desaparecimiento. Régimen general de seguridad social. Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, sobre el reconocimiento del derecho a la seguridad a toda persona para “que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.

RADICADO: 15001-23-33-000-2019-00429-01(0097-2021)

FECHA: 23/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Sugely Alejandra Hernández Lemus

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demandante en su calidad de cónyuge supérstite del extinto sargento segundo (...), quien falleció simplemente en actividad según la muerte presunta por desaparecimiento el 9 de diciembre de 2004, acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003?

Tesis: “El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas. Para señalar algunos de dichos instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que

«Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» y en el artículo 25 estipuló que toda persona «tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad». Asimismo, en el artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y en idéntico sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra

las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.». En relación con este aspecto, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, se suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social, la cual contempló la pensión de vejez, como una garantía mínima para las personas protegidas. Luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), en el que se resalta la importancia de esas prestaciones sociales. Es de anotar que, aunque tales instrumentos internacionales no han sido ratificados por Colombia, estos hacen parte del denominado *soft law* o derecho blando internacional y tienen utilidad interpretativa al armonizarlos con la Constitución y las normas que han consagrado el carácter esencial de la seguridad social y del derecho pensional. En efecto, la Ley 319 de 1996 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», en el cual se reconoció el derecho a la seguridad a toda persona «que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa». A su vez, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo prevea la ley [...] De acuerdo con lo

anterior, se precisa que lo debatido en el caso sub examine es el derecho a la pensión de sobrevivientes, debido a que al momento del fallecimiento presunto del exsuboficial (...) (9 de diciembre de 2004), no se encontraba pensionado ni percibía asignación de retiro. [...] El artículo 97 del Código Civil regula la declaración de la muerte presunta como consecuencia de la desaparición de una persona, pasados dos años sin tener noticias del ausente [...] A su turno, los artículos 656 a 658 del Código de Procedimiento Civil (normativa vigente al momento de la declaratoria de muerte presunta del suboficial), preceptúan que se trata de una presunción legal de muerte, que admite prueba en contrario y es declarada por el juez del último domicilio del desaparecido. De igual forma, se indica que la sentencia que declare la muerte presunta ordenará transcribir lo resuelto al funcionario del estado civil para que extienda el folio de defunción. Tiene por efecto extinguir la personalidad del ser humano, el que desaparece como sujeto de derechos y, posibilita la transmisión de los derechos patrimoniales derivados de tal insuceso. [...] el objeto de la controversia en el sub lite es la determinación del régimen prestacional que gobierna las condiciones de los suboficiales cuya muerte hubiese sido simplemente en actividad acaecida antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigor de la Ley 100 de 1993, y la posibilidad de que sus beneficiarios accedan a la pensión de sobrevivientes acorde con lo regulado en el Sistema General de Pensiones, en virtud de los principios protectorio, pro homine, favorabilidad, igualdad e inescindibilidad normativa. [...] la Subsección observa que a pesar de que fue declarada la muerte presunta por desaparecimiento del suboficial (...) la entidad demandada se negó en reiteradas oportunidades a modificar la hoja de servicios por la causal de retiro decretada judicialmente y cambiar la respectiva fecha de desvinculación. De igual forma, acorde con lo analizado en acá-

pites anteriores, la muerte presunta del sargento segundo (...) debe ser catalogada en actos simplemente en actividad, toda vez que fue declarada judicialmente el 9 de diciembre de 2004, lo cual implica: i) la extinción de la persona como sujeto de derechos y; ii) conforme al ordinal 6.º del artículo 97 del Código Civil el último día en que se tuvo noticias del causante fue la mencionada fecha. Aunado a lo anterior, no se acreditó que el desaparecimiento del agente (...) tuvo relación directa con el Ejército Nacional o con ocasión del servicio prestado a la entidad demandada y ha de concluirse que ocurrió en actos en simple actividad, tal como lo prevé el parágrafo del artículo 197 del Decreto 1211 de 1990, motivo por el cual la verdadera causal de retiro es su desaparecimiento el cual coincide con la época en la cual se produjo su retiro de la institución. Ahora bien, el objeto del recurso de alzada de la entidad demandada se encuentra encaminado a la improcedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora (...) en su calidad de cónyuge supérstite del causante y sus hijos menores (...). Al respecto, se advierte que en virtud de la expedición de la sentencia de unificación CE-SUJ2-009-18 del 1.º de marzo de 2018, en atención al principio de favorabilidad, los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con

posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48, regla que es extendible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a todas las personas que acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, dado los efectos retrospectivos de dicha decisión, tal como ocurre en el presente caso. Bajo esa línea de intelección, es claro que para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte en simple actividad del sargento segundo del Ejército Nacional (...) que ocurrió presuntamente el 9 de diciembre de 2004, el régimen prestacional aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003, y no la normativa especial como lo alude la entidad demandada en el recurso de alzada. En conclusión: la señora (...) y sus hijos, tienen derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en la proporción correspondiente, en los términos descritos en la Ley 100 de 1993, modificada en lo pertinente por la Ley 797 de 2003, toda vez que le resulta más beneficioso en virtud del principio de favorabilidad, pues se demostró el cumplimiento de los requisitos previstos en la mentada disposición para acceder a la prestación deprecada. [...]”.

Reconocimiento de pensión de sobrevivientes a padres de soldado voluntario muerto en simple actividad. Compatibilidad de la pensión de vejez y sobrevivientes por tener diferente causa.

581

RADICADO: 19001-23-33-000-2018-00141-01 [1455-2019]

FECHA: 18/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Flor María Vallejo de Botina y otro

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Los padres del soldado voluntario muerto en simple actividad acreditaron el requisito de dependencia económica para tener derecho a una pensión de sobrevivientes, según lo previsto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a pesar de que uno de ellos tiene reconocida la pensión de vejez?

Tesis: “[...] [E]l argumento relativo a la falta de acreditación de la dependencia económica de los padres del causante para no acceder al otorgamiento de la pensión de sobrevivientes no tiene vocación de prosperidad, como quiera que resulta suficiente el valor probatorio que el a quo le dio a la declaración rendida por los demandantes ante la Notaría Primera del Circuito de Pasto el día 17 de noviembre de 2011 (...). Razón le asistió a la primera instancia al considerar que, se le debía dar valor probatorio a esta declaración extra proceso pues mal podría en el sub judice desecharse, máxime que la entidad demandada no controvertió el tema de la dependencia económica, incluso reconoció la compensación por muerte al no encontrar otra persona con mejor derecho que los padres del causante (...) Al ser excluyentes por expresa disposición legal [artículo 13 de

la Ley 100 de 1993] las pensiones de invalidez y de vejez, no existe justificación alguna para extender dicha incompatibilidad entre las pensiones de vejez –en este caso del padre de uno de los beneficiarios del causante– con la pensión de sobrevivientes que reclama a su favor en virtud del fallecimiento de su hijo en actos del servicio, por cuanto sería tanto como ampliar el supuesto normativo a hechos que no lo prohíben, ya que lo que se debe mirar es que la razón de dichos reconocimientos provienen de distintos supuestos y requisitos legales. Mientras que la pensión de vejez surge cuando un trabajador cumple con los requisitos de la edad y tiempo de servicios en términos de semanas cotizadas, y en el caso de los fondos privados por haber cumplido con un monto determinado de capital acumulado, la pensión de sobrevivientes surge no para el trabajador sino para sus beneficiarios con el fin de suplir la ausencia del apoyo económico que les proveía el afiliado, en este caso, el soldado voluntario (...) a sus padres. De allí que una persona pueda recibir pensión de vejez y pensión de sobrevivientes al mismo tiempo, por tratarse de prestaciones compatibles pues el Sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 lo

que no admite es que se reconozca doble pensión, pero por el mismo riesgo. En este caso resulta evidente que la pensión de vejez surge para el titular afiliado, mientras que la pensión de sobrevivientes nace para sus beneficiarios, por tanto, provienen de distintos supuestos fácticos y normativos. [...]”.

Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes sin el cumplimiento de los requisitos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Número de cotizaciones elevadas. No vulneración de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

RADICADO: 63001-23-33-000-2018-00154-01 [6614-2019]

FECHA: 06/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

DEMANDADO: Carlos Alberto Mina Becerra

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es procedente negar la pensión de sobrevivientes al cónyuge o compañero permanente cuando la cotizante, al momento de su fallecimiento, no acreditó 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo la muerte, como tampoco 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a su deceso, a pesar de acreditar 1173 semanas cotizadas durante su vida laboral en el régimen de prima media con prestación definida?

Tesis: “[...] Efectivamente, se tiene que de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 reformado por la Ley 797 de 2003, normatividad cuya aplicación pretende la parte demandante, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. [...] Se encuentra probado dentro del expediente que la señora (...) cotizó para el sector público en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom desde el año 1985

hasta 2006 donde laboró como mecanógrafa, telefonista nacional y auxiliar administrativo VI, para un total de 1.173 semanas. [...] Según el resumen de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones, la afiliada (...) acredita un total de 1173 de semanas cotizadas de las cuales las certificadas ante Telecom y Telecom en liquidación se reportan desde el 29 de agosto de 1985 hasta el 31 de enero de 2006, excepto el periodo del 15 de mayo de 2004 al 31 de mayo de 2004 que figura cotización con la cooperativa de trabajo asociado PROCOL. [...] Para efecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes asegura la decisión de primera instancia impugnada que la afiliada señora no alcanzó los beneficios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así mismo resalta que en su vigencia logró alcanzar las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo. Agrega que la Ley 797 entró a regir el 29 de enero de 2003, y a enero 30 de 2006 había logrado 1173 semanas cotizadas (52 semanas de cotización por cada año de servicios), las que fueron aceptadas por la entidad demandante

en el auto de pruebas APG NR 1123 de 15 de febrero de 2017, quedando pendiente por la afiliada reunir el requisito de edad para alcanzar la pensión de vejez. [...] La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de pensiones cuyo propósito era unificar los requisitos para reconocer dicha prestación social a todos los habitantes del territorio nacional por medio de dos regímenes, esto es: (i) En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados van a un fondo común de naturaleza pública y la ley previamente define el monto pensional. Los requisitos para obtener este derecho en este régimen son los establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así: (a) tener 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 respectivamente y; (b) acreditar mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentaron a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas. [...] La afiliada para el año 2005 contaba con más de 1050 semanas de cotización para pensión en el sector público y privado, por lo que su expectativa legítima de adquirir el derecho se consolidó con las semanas que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 contempló como mínimas para el año 2005, esto es 1050 semanas, por lo cual solo le restaba por cumplir el requisito de la edad. [...] En el caso estudiado si bien la afiliada no cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas

al sistema antes del fallecimiento, si acreditó la cotización de más de mil semanas, las cuales aseguran el funcionamiento del sistema integral de seguridad social y no constituye un desmedro de este. Conforme a lo manifestado a pesar de que no se encuentra acreditado el requisito exigido por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, es decir que la causante hubiera cotizado ante el respectivo fondo de pensiones un mínimo de 50 semanas durante los 3 años anteriores a su fallecimiento, es evidente que para evitar un tratamiento injusto a la parte actora, como sucede en el presente caso debido a que su compañera permanente fallece sin haber cotizado en los últimos años, se le debe reconocer la pensión de sobrevivientes, toda vez que se acreditó un número elevado de semanas cotizadas por la causante, esto es de 1173 semanas tanto en el sector privado como público, por razones de prevalencia del derecho sustancial y para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social del demandado. Dentro del sub-judice no es válido el argumento de la entidad actora relacionado con la vulneración de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, cuando se encuentra plenamente establecido que la afiliada (...) cotiza al referido sistema por espacio de 1173 semanas durante toda su vida laboral, por lo que mal podría negarse a su beneficiario el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada. [...]”.

Reconocimiento al cónyuge superviviente de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con aportes anteriores a la vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social.

RADICADO: 25000-23-25-000-2011-00452-01[3433-2014]

FECHA: 07/03/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: María Gloria Duque de Robayo

DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social en liquidación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Tiene derecho el cónyuge superviviente al reconocimiento de la sustitución de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, con base en los aportes efectuados por el beneficiario antes de la expedición de esta disposición?

Tesis: “Hay lugar a recibir en sustitución de la pensión de vejez, una indemnización a favor de aquellas personas que al llegar a la edad pensional no alcanzaron a colmar el tiempo de servicio requerido para acceder a dicha prestación pero que cotizaron a una entidad de previsión. (...). Para efectos del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es dable exigir que el cumplimiento de la edad para adquirir la pensión se dé durante la vinculación laboral, ni mucho menos que las cotizaciones para pensión se hayan realizado con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social (1 de abril de 1994). (...). La entidad le negó el derecho, por medio de Resolución 6750 de 13 de febrero de 2009, del gerente general, con el argumento de que «teniendo en cuenta que la indemnización sustitutiva de la pensión de ve-

jez fue creada para el servidor público por la ley 100/93 y reglamentada por el decreto 1730 de 2001, no es posible ordenar el reconocimiento de esta indemnización al peticionario toda vez que su retiro se efectuó con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, pues de hacerlo se estaría concediendo a la ley efecto retroactivo, hecho éste que no está permitido por las normas legales vigentes, y además a la fecha de retiro no cumplió con el requisito de edad exigido, razón por la cual se niega la prestación solicitada» (...) En este orden de ideas, la Sala de decisión arriba al convencimiento que le asiste razón jurídica a la actora en su reclamación —en su condición de cónyuge superviviente del [causante]—, pues advierte la inobservancia de normas y precedentes jurisprudenciales que cobijaban a su esposo, con desconocimiento del derecho a obtener su indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pese a haber acreditado a la presentación de su solicitud (29 de mayo de 2008) que (i) superaba la edad para la adquisición de una pensión de jubilación—contaba con 70 años de edad—, ya sea bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 (55 años) o de la Ley 71 de 1988 (60 años), (ii) no alcanzó el

tiempo mínimo de servicios cotizados para la adquisición de la pensión de jubilación, pues tan solo laboró 16 años, 7 meses y 6 días, y (iii) declaró su imposibilidad de seguir cotizando para lograr un derecho pensional. (...). Así las cosas, si bien es cierto que el finado esposo de la accionante hizo aportes a pensión únicamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, también lo es que, en virtud del principio de favorabilidad, esta última tiene derecho a que le sea reconocida, en su calidad de cónyuge supérstite, la indemnización sustitutiva en consideración a dichas contribuciones y de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1730 de 2001”.

Aplicación de la causal de extinción de la sustitución pensional regulada en el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, relativa a la independencia económica de la hija célibe, a la prestación pensional reconocida a la beneficiaria, aunque el estatus se consolidó en vigencia del Decreto Ley 89 de 1984.

587

RADICADO: 18001-23-31-000-2004- 00330-01[1392-2012]

FECHA: 09/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: María Alexandra Walter Londoño

DEMANDADO: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La causal de extinción de la sustitución pensional regulada en el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, relativa a la dependencia económica de la hija célibe, podía ser aplicada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la prestación pensional reconocida a la beneficiaria, aunque el estatus se consolidó en vigencia del Decreto Ley 89 de 1984?

Tesis: “La redacción del artículo 180 del Decreto Ley 089 de 1984 ofrece sendas interpretaciones en cuanto a la extinción de la sustitución pensional para las hijas célibes en caso de independencia económica, siendo una de ellas la presentada por la actora, consistente en que solo requería la calidad de hija soltera para continuar con el derecho a percibir la sustitución pensional. No obstante, a partir de la lectura integral del Decreto Ley 089 de 1984, en concreto de los artículos 77 y 180 se colige que la intención del legislador al regular las causales de extinción del derecho a la sustitución pensional fue que las hijas célibes tenían derecho a la pensión de beneficiarios sin importar la edad, que se podría extinguir solamente por i) muerte; ii) matrimonio; e iii)

independencia económica, ya que estaban exceptuadas del último supuesto consistente en llegar a la edad de 21 años. En el asunto bajo análisis, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la actuación tendiente a extinguir la pensión de beneficiarios de la actora, debió aplicar el Decreto 089 de 1984, norma que regía su situación pensional, tal como lo ha indicado esta Corporación, pues el Decreto 1211 de 1990 establecía en el artículo 188 “A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o goce de asignación de retiro o pensión militar se extinguen (...)”. (...) Sin embargo, pese a citarse en el acto administrativo demandado el artículo 188 del Decreto Ley 1211 de 1990, lo cierto es que la causal de extinción de la pensión de beneficiarios para la hija célibe por independencia económica, también estaba contenida en el Decreto Ley 089 de 1984, de tal suerte que esta reiteración no afecta la realidad normativa sobre la extinción del derecho. (...) De tal suerte que no asiste la razón a la recurrente al afirmar que solamente debía acreditar el esta-

do de soltería para continuar con el derecho a percibir la pensión de beneficiarios; por ello, la entidad al tener demostrado que no dependía económicamente de la sustitución pensional, hecho que no fue desvirtuado por la demandante, ciertamente podía acudir a la causal de extinción de la prestación”.

Naturaleza de la medida cautelar de suspensión provisional. Requisitos para decretar la medida cautelar en la sustitución pensional. Requisito de la convivencia para el reconocimiento de la sustitución pensional.

589

RADICADO: 27001-23-33-000-2018-00052-01[5560-2018]

FECHA: 09/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: José Ángel Valderrama Copete

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional sin pruebas concluyentes que permitan deducir la ilegalidad de los efectos del acto administrativo?

Tesis 1: “[...] las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión y deben relacionarse directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda. [...] se incluyó la suspensión provisional de los actos administrativos, la cual se encamina a conjurar temporalmente sus efectos [...] el juez de lo contencioso administrativo, previo análisis del contenido del acto acusado, de las normas invocadas como vulneradas y de los elementos probatorios allegados con la solicitud de medida cautelar, está facultado para determinar si la decisión enjuiciada vulnera el ordenamiento jurídico y, en caso afirmativo, suspender el acto para que no produzca efectos. [...] El a quo decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, argumentando que «[...] existe duda acerca, de si efectivamente existió convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento [...]», es decir, la medida cautelar

fue decretada partiendo de una incertidumbre. A juicio de la Sala, comoquiera que no existen pruebas concluyentes que permitan deducir que la «pensión de sobrevivientes» fue reconocida sin el lleno de los requisitos legales, no era posible decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Del hecho de no compartir vivienda se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia?

Tesis 2: “[...] del hecho de no compartir vivienda no se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia [...] del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece quiénes son los beneficiarios de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes. Al respecto, el literal a) de la referida norma dispone que el cónyuge o compañero permanente del causante será beneficiario de forma vitalicia, siempre que tenga 30 o más años de edad y acredite «[...] que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años conti-

nuos con anterioridad a su muerte». [...] el requisito de convivencia, atado al factor temporal antes aludido, se constituye en una exigencia de la cual pende el derecho al reconocimiento de una sustitución pensional o de una pensión de sobrevivientes, en calidad de beneficiario. [...] se tiene que el requisito de convivencia que se exige para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o de una sustitución pensional, más allá de estar circunscrito al hecho de compartir techo, lecho y mesa, se dirige a acreditar la existencia de un proyecto de vida construido y desarrollado comúnmente entre el eventual beneficiario y el causante, soportado en las bases de la solidaridad, la ayuda y el socorro mutuo. La cohabitación, si bien constituye un factor importante, no es una exigencia insoslayable de la cual dependa la existencia de la convivencia, en tanto la vida por separado puede encontrar justificación en circunstancias médicas, laborales, sociales, emocionales, etc., según las

dinámicas del diario vivir, las necesidades, el querer de las personas, etc. [...] del hecho de no compartir vivienda no se desprende inexorablemente la inexistencia de la convivencia. En ese contexto, corresponde al juez de la causa realizar un análisis probatorio profundo y lograr un mínimo de certeza respecto de la existencia o no de la comunidad de vida entre el eventual beneficiario y la causante, en aras de descartar o confirmar, según el caso, que entre ambos tuvo lugar apenas un vínculo circunstancial sin vocación de permanencia. Lo expuesto hasta este punto pone en evidencia una serie de hechos que, desde un primer acercamiento al debate, esto es, previo a la etapa probatoria que se debe surtir en el proceso, no arrojan un mínimo de certeza y claridad acerca de la existencia o inexistencia de convivencia entre el demandado y la causante, y generan un espectro de duda sobre una parte de la información de la que se tiene conocimiento [...]”.

Para que proceda la prelación del fallo en el proceso en el que se decide la sustitución pensional, debe acreditarse la condición de adulto mayor, la afectación del mínimo vital y del estado de salud.

RADICADO: 25000-23-25-000-2011-01185-01 (acumulado 25000-23-25-000-2012-01113-00) [4434-2018]

FECHA: 25/02/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Jesusita Zabala de Londoño y Leticia Parra Alzate

DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecón)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es posible alterar el orden de prelación de fallo de un proceso en el cual se reclama la sustitución pensional de una beneficiaria que pertenece a la tercera edad, que sufre quebrantos de salud y dificultades económicas?

Tesis : “Por regla general en la jurisdicción contencioso-administrativa el juez debe proferir la sentencia en el orden en que ingrese el proceso al despacho para ello, y únicamente se puede otorgar un trámite preferencial en atención a la naturaleza del asunto, por razones de seguridad nacional, cuando se vea amenazado el patrimonio público, exista grave violación a los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, o en asuntos de especial trascendencia social o por carecer de antecedentes jurisprudenciales y su solución sea de interés público con repercusión colectiva, o cuando su resolución íntegra entrañe solo la reiterada jurisprudencia, o cuando se determine un orden temático para su elaboración y estudio preferente, mediante acuerdo de la Sala. (...). Además de los parámetros establecidos en las normas citadas en precedencia [artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y 63A de la Ley 270 de 1996], también se puede

dar prelación de turno para proferir decisión definitiva dentro de un proceso cuando se vean afectados los derechos fundamentales de una persona que se encuentre en circunstancias críticas de debilidad manifiesta, cuando el atraso exceda los límites constitucionalmente tolerables y cuando el asunto guarde una relación directa con la condición del sujeto de especial protección constitucional, que al decidirse sobre aquel incida de manera favorable en su situación. (...). Examinados los documentos obrantes en el expediente, la Sala advierte que respecto de los criterios expuestos en la normativa citada no resulta procedente la solicitud de prelación (...). Sobre este último punto, se observa que la condición en la que está la peticionaria tampoco se enmarca dentro de las pautas precisadas por la Corte Constitucional para dar prelación al trámite procesal sin sujeción al orden cronológico de turno, puesto que a pesar de que es un sujeto de especial protección constitucional, por ser adulto mayor, toda vez que nació el 14 de julio de 1945, es decir, que cuenta con más de 76 años de edad, en concordancia con la definición contenida en el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008, no se logró demostrar

que se encuentre afectado su mínimo vital de manera grave o no tenga los medios necesarios para su digna subsistencia. De igual manera, no aportó prueba suficiente que dé cuenta de que la afectación de salud, que dice padecer, genere un compromiso severo que amenace en forma inminente su vida [...]”.

Régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Militares. Asignación de retiro y sustitución pensional. Beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro. Requisito de la dependencia económica del hijo inválido.

593

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-02700-01[3438-2019]

FECHA: 25/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Martha Ligia Martínez Riveros

DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente que a la demandante, quien presenta disminución de la capacidad sicofísica, en su condición de hija del señor causante, se le otorgue la sustitución de la asignación de retiro, de conformidad con lo señalado por el Decreto 4433 de 2004 «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública»?

Tesis: “[...] entre los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, (se) permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos. En el caso de las Fuerzas Militares, su régimen ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004. En este último cuerpo normativo se estableció la «sustitución de la asignación de retiro» como equivalente de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, previstas en el régimen general de pensiones. [...] el orden y la proporción en que recibirán los beneficiarios la sustitución de la asignación de retiro se encuentra dispuesto en artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos: “La mitad al

cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante”. [...] La dependencia económica se observa a pesar de que existan asignaciones mensuales o ingresos ocasionales, o cualquier otra prestación a favor del peticionario supérstite, siempre que éstas resulten insuficientes para lograr su auto sostenimiento. De ahí que si el sujeto beneficiario logra demostrar que los ingresos ocasionales o mensuales con los que cuenta no son suficientes para mantener un mínimo de existencia que le permita subsistir de forma digna, y que estaba sometido al auxilio recibido de parte del causante, procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los descendientes discapacitados o ascendientes. [...] esta Sala destaca que para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro se requiere acreditar: a. El parentesco con el causante; b. La calidad de inválido; y c. La dependencia económica, entendida como

la incapacidad de la persona de obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna sin que pueda exigirse para el reconocimiento pensional la carencia total de recursos económicos. [...] se tiene que la señora (...) fue calificada con una disminución de la capacidad laboral de un 51.1% por el diagnóstico de mielopatía difusa L3 – S1, catalogado como de origen común [...]. En este sentido no puede perderse de vista que el Decreto 4433 de 2004-artículo 11.1- no exige una discapacidad total para poder acceder a la sustitución pensional, sí es necesario que el hijo(a) inválido(a) dependa del causante y no pueda suministrarse por sí mismo los medios para su subsistencia en condiciones dignas, situación que debe ser analizada en cada caso particular a la luz de las pautas señaladas por la Corte Constitucional en sentencia C- 066 de 2016, citada ut supra, cuando indicó que basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna: «[...] De lo anterior se resalta que para esta Corporación la dependencia económica ha sido comprendida como: (i) la falta de condiciones materiales mínimas en cabeza de los beneficiarios del causante de la pensión de sobrevivientes, para auto-proporcionarse o mantener su subsistencia; (ii) la presencia de ciertos ingresos no constituye la falta de la misma, ya que tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencial en condiciones dignas.» [...] el fin primordial de la sustitución pensional consiste en salvaguardar al núcleo familiar que dependía económicamente del causante, para que pueda continuar atendiendo sus necesidades. [...] del análisis de la historia clínica, los testimonios, declaraciones extrajudicio (...) se tiene que la señora (...) requiere del uso de insumos tales como bastones, silla de ruedas, pañales,

terapias y adicionalmente necesita del acompañamiento a los centros médicos (...) esto sin contar con los gastos básicos que demanden su manutención. Algunos de tales elementos se encontraban excluidos del antiguo POS en virtud de la normatividad anterior a la Ley 1751 de 2015 (...) por lo que es evidente que, mes a mes, sus ingresos se han visto menguados al no contar con la ayuda que le brindaba su padre para suplir sus gastos y por cuanto su pensión de invalidez tan sólo asciende a un salario mínimo mensual vigente. Igualmente, las pruebas aportadas no permiten inferir que la reclamante pueda desempeñarse en otras labores con las cuales pueda incrementar sus ingresos, mucho más cuando hoy cuenta con 57 años y de su historia clínica se extrae que en algunas oportunidades debe usar elementos tales como sonda vesical y la misma silla de ruedas a causa de su patología que le produce la pérdida de la fuerza de sus miembros inferiores. Las anteriores situaciones probadas, permiten concluir a esta Subsección que la demandante dependía de su padre para solventar sus gastos y dada su discapacidad y la patología que presenta, sus obligaciones económicas mensuales no pueden ser sufragadas con la pensión de invalidez, escenario que impone colegir que actualmente está enfrentando una grave afectación a su mínimo vital y al derecho a la vida en condiciones dignas. [...] Por las anteriores condiciones, se colige que, pese a que en este caso particular existe una pensión de invalidez a favor de la demandante, que le permite encontrarse afiliada al sistema de seguridad social en salud, dichos ingresos no son suficientes para garantizarle su derecho a la vida en condiciones dignas, que le permitan solventar los gastos que requiere la atención de su patología. [...] Por tanto, como quedó demostrado que la señora (...) sí dependía de forma parcial de su padre, la Sala considera que le asistió razón al A quo cuando accedió a las pretensiones

de la demanda toda vez que el fin primordial de la sustitución pensional consiste en salvaguardar al núcleo familiar que dependía económicamente del causante, para que pueda continuar atendiendo sus necesidades, razón por la cual deberá confirmarse la sentencia de primera instancia proferida el 14 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B que accedió a las pretensiones de la demanda”.

Sustitución de la pensión gracia a compañera del mismo género. Perspectiva de género. Intereses de mora sobre mesadas pensionales. Prescripción de mesadas pensionales.

RADICADO: 76001-23-33-000-2013-00632-01 (3423-2020)

FECHA: 10/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Amparo Herrera

DEMANDADO: Unidad Administradora Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es procedente el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia a la demandante en calidad de compañera permanente de la docente por cumplir los requisitos de ley?

Tesis 1: “[...] La [demandante] mantuvo una relación de compañeros permanentes, fundada en la estabilidad, solidaridad, apoyo y comprensión mutua por más de 10 años de forma continua e interrumpida con la señora (...) (q.e.p.d), al punto que, aun cuando en aquella época estaba muy presente la discriminación por su inclinación sexual e, incluso, no había jurisprudencia que protegiera a la compañera permanente supérstite, lo cierto es que la causante le cedió sus propiedades antes de fallecer para no dejarla desamparada. En tal sentido, contrario a lo expuesto por la entidad recurrente, además de que existe suficiente material probatorio que permite concluir la situación que ostentaba la demandante respecto de su compañera supérstite, ninguna de ellas generó la más mínima duda en relación con la presunta falta de convivencia, por los menos durante los últimos 5 años de vida de la causante, concretamente, porque todas son concluyentes y determinantes, al punto, que permitieron tanto al a-quo

como a esta instancia llevar al total convencimiento y certeza plena en torno a los hechos que se quisieron probar. Por ende, llama la atención de la Sala, la negativa del ente demandado de negar el reconocimiento de la sustitución de la pensión de jubilación gracia a la señora Amparo Herrera, más aún, cuando existía una prueba tan elemental como lo era el informe investigativo que ellos mismos habían ordenado al Consorcio CYSA «a través del cual se ordenó investigar la convivencia entre la demandante y la causante»; en tal sentido, es evidente que el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación, dado que dentro de los antecedentes administrativos obraban las suficientes pruebas que denotaban la *affectio maritalis*. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Hay lugar al reconocimiento de intereses de mora sobre mesadas pensionales retroactivas generadas entre la fecha en que se adquirió el estatus pensional y la fecha de ejecutoria del acto que reconoció tal prestación?

Tesis 2: “[...] Pasa la Sala a establecer si es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, se debe afirmar que no es viable tal pago, como quiera que esta sanción

tiene por objeto conminar a la respectiva entidad de previsión para que realice el pago oportuno las mesadas pensionales a su cargo, una vez ha sido reconocido el derecho a la pensión, con el fin de proteger a los pensionados y garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo del valor de su mesada, pues, en principio, esta es la única fuente de ingresos para la subsistencia de aquellas personas de la tercera edad que han cesado en la prestación de sus servicios luego de toda una vida laboral durante la cual han efectuado aportes con el fin de obtener una prestación que los proteja frente a las contingencias derivadas de la vejez. Lo anterior significa que los intereses moratorios no proceden en relación con las mesadas causadas con anterioridad al reconocimiento de la pensión, es decir sobre las sumas adeudadas por concepto de mesadas retroactivas generadas entre la fecha en que se adquirió el estatus pensional y la fecha de ejecutoria del acto que reconoció tal prestación. Dicho de otra manera, los intereses moratorios reclamados por la demandante solo proceden en el caso en que la pensión ha sido reconocida, es decir, cuando existe certeza sobre la existencia del derecho, pero aun así, la entidad responsable se niega injustificadamente a cancelar las respectivas mesadas a favor del pensionado, o lo hace tardíamente. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿El pago de las mesadas por pensión gracia está sujeto a la prescripción extintiva de no solicitarse dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho?

Tesis 3: “[...] no es de recibo el argumento de propuesto por la recurrente, según el cual, no es posible emplear el fenómeno de la prescripción en tanto la pensión gracia no está dentro de las prestaciones que hacen parte de las contenidas en el Decreto 3135 de 1968, dado que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1848 de 1969, esta normativa es aplicable a todos los trabajadores oficiales, empleados públicos y sus beneficiarios, como lo es la actora de Elisa Pereira Barona (q.e.p.d.); por ende, el reconocimiento ordenado a favor de aquella deberá tener en cuenta la prescripción trienal establecida en el artículo 41 *ibídem.* (...). Nótese que una vez que se ha causado el derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años. Por ende, la Sala confirmará con modificación la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación la señora Amparo Herrera fue presentada el 12 de diciembre de 2008, el derecho le asiste partir del 12 de diciembre de 2005, encontrándose afectados por este fenómeno, los derechos causados con anterioridad a dicha fecha [...]”.

Perspectiva de género y sustitución de la asignación de retiro. Cónyuge superviviente beneficiaria de la sustitución de la asignación de retiro. Requisito de la convivencia y convivencia efectiva frente a casos de violencia contra la mujer. Mujer víctima de violencia.

RADICADO: 52001-23-33-000-2019-00184-01(2169-2021)

FECHA: 17/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Lidia Bolaños de Delgado

DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Cumple la demandante con los requisitos establecidos para ser beneficiaria de la sustitución pensional respecto de su cónyuge, particularmente frente al requisito de convivencia efectiva con el causante, conforme a los lineamientos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 4433 de 2004, o si por el contrario le son aplicables las disposiciones del Decreto 1212 de 1990?

Tesis: “[...] No puede pasar por alto la Sala el perturbador grado de violencia contra la mujer que se presentó en este caso, por lo que no puede exigírsele para el reconocimiento de la sustitución pensional la convivencia con el causante, pues de hacerlo se hubiera puesto en grave riesgo su vida. [...] la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el párrafo 1.o del artículo 21 creó el comité de las Naciones Unidas para eliminar la discriminación contra la Mujer, de conformidad con el cual se pueden hacer recomendaciones y sugerencias generales de acuerdo con el examen de los informes y datos que provean los Estados parte. [...] La Recomendación General No. 12 referente a la Violencia contra la mujer, exige a los Estados

que en sus informes incluyan información relacionada con la legislación aplicable para proteger a la mujer de cualquier acto de violencia; los mecanismos utilizados para evitar y eliminar este tipo de violencia; los servicios para apoyar a las mujeres víctimas de violencia, agresiones o malos tratos; y facilitar datos respecto a la frecuencia de conductas violentas que atentan contra las mujeres y las víctimas de la misma. [...] el Decreto 1212 de 1990, norma aplicable al sub lite, no establece como requisito de acceso a la sustitución pensional que el cónyuge sobreviviente deba convivir con el causante durante los últimos años anteriores a su fallecimiento, sin embargo, frente a esta norma jurisprudencialmente se ha exigido que se acredite esa convivencia efectiva a efectos de que se logre el objeto de la sustitución pensional como es lograr la protección del núcleo familiar que dependía del causante, para que una vez ocurrido el deceso mantengan un mismo nivel de protección socioeconómica derivada de la mesada pensional. [...] Sin embargo en esta decisión no es posible aplicar la misma pauta de interpretación, toda vez que nos enfrentamos a un caso de violencia contra la mujer que no puede ser aceptado desde ningún punto de vis-

ta y en el que llama poderosamente la atención la inactividad del Estado, siendo bastante preocupante la conducta desplegada por los jueces, inspectores de policía e inclusive la misma Policía Nacional, que tuvieron conocimiento de los hechos, como da cuenta el expediente administrativo, sin que haya evidencia de que se tomó algún tipo de acción frente al escenario de violencia y abuso al que estaban expuestos tanto la señora (...) como sus menores hijos. [...] Al contrario, el Juzgado adelantó el proceso en contra de la demandante, por «abandono de hogar» y la Policía Nacional le exigió al señor Amable Delgado certificaciones del estado del proceso, simplemente para constatar si debía cancelarle el subsidio familiar, es decir, sin que ninguno haya tomado alguna decisión para lograr la protección de la cónyuge y los menores. Ahora bien, en el escenario donde convergen (i) la interpretación normativa que consagra los requisitos para el reconocimiento de la sustitución pensional, (ii) así como los casos de violencia de género, (iii) las autoridades judiciales en sus decisiones deben abordar un enfoque constitucional fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodean el caso concreto, a efectos de determinar si puede superarse la exigencia de la convivencia efectiva para lograr el reconocimiento pensional. Lo anterior tiene su fundamento en que la interpretación que el funcionario judicial realice sobre una norma que imponga la convivencia efectiva de la víctima con su agresor para lograr el reconocimiento tanto de una pensión de sobrevivientes como de una sustitución pensional, debe priorizar los derechos fundamentales del sujeto pasivo de la agresión a efectos de lograr la protección que busca evitar resoluciones insensibles al género, tal como lo señala la Recomendación General Número 33 de 2015 del Comité para la Protección contra la Discriminación. Esto es así, pues exigirle a la víctima

de violencia de género que conviva con su agresor es imponerle una carga a todas luces injusta, ignorando los compromisos del Estado colombiano frente a las recomendaciones generales del Comité que advirtió a los Estados la problemática que se presenta ante la complejidad de los procedimientos administrativos para lograr su protección y con ello el reconocimiento de sus derechos. El escenario descrito impone a la Sala efectuar una interpretación normativa del Decreto 1212 de 1990, a la luz de las recomendaciones dadas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas, toda vez que no puede exigírsele a la señora (...) acreditar convivencia efectiva con el causante durante los últimos años de su vida puesto que ello hubiera puesto en grave riesgo su misma existencia. Obrar en sentido contrario, es decir, dando prelación a la exigencia de la convivencia plasmada en la ley o en la jurisprudencia, constituye un escenario que revictimiza a quienes fueron afectados por los hechos de violencia, pues el primer deber que tiene el Estado frente a una persona que sufre un delito como ese, es brindarle protección, asistencia, y darle las garantías suficientes para acceder al reconocimiento de sus derechos y con ello a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional. [...] Del escenario descrito, la Sala concluye que, si bien no le es aplicable a la demandante la Ley 100 de 1993, ni el Decreto 4433 de 2004, no obstante, es procedente el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la señora (...) quien acreditó los requisitos del Decreto 1212 de 1990 y, específicamente, en atención a que fue víctima de violencia contra la mujer ocasionada por el señor (...) por lo que no puede exigírsele acreditar el requisito de convivencia efectiva durante los últimos años de vida del causante, de quien además demostró dependencia económica, tal como se probó con el embargo judicial señalado en la certificación de la asignación de retiro. [...]”.

Sustitución pensional a hijo inválido. Dependencia económica. Estructuración del estado de invalidez. Improcedencia de la sustitución pensional al hijo inválido de la sustitución reconocida a la cónyuge.

RADICADO: 76001-23-31-000-2003-03577-01 [967-2021]

FECHA: 07/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA:

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Jorge Enrique Lozano Ángel

DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República [Fonprecón]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento.

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Le asiste derecho al demandante para el reconocimiento del derecho de la sustitución pensional que reclama, dada su condición de hijo declarado interdicto judicial del causante a pesar de que no demostró la situación de invalidez y dependencia económica y que solo reclamó hasta la muerte de la cónyuge supérstite, quien disfrutaba de la sustitución de la prestación?

Tesis: “[...] Para el momento en que se otorgó la pensión de jubilación al señor (...) no se había expedido la Ley 100 de 1993, pero cuando se adelantó el trámite de sustitución de la prestación (20 de junio de 2000), previamente sustituida en la señora (...) (10 de septiembre de 1988, según petición de 3 de abril de 1986), aquella había entrado en vigor. También con la evolución legislativa, las figuras de discapacidad mental e invalidez han tenido modificaciones en cuanto a su regulación, contenido y alcance, lo que implica un examen sobre la situación del actor si se tiene en cuenta que lleva algo más de dos décadas sin definirse, puesto que, conforme se asevera en la demanda y el recurso de apelación, la fecha de estructura-

ción de la invalidez data de 1980, pero se pidió su reconocimiento 20 años después. (...) Con ocasión del deceso del señor (...) (q. e. p. d.), su cónyuge supérstite reclamó esa sustitución, aún más si él la había designado en esa posición antes de su muerte, sin que pudiera presumirse, como hasta ahora se hace con la alzada, que era su querer mantener en secreto las situaciones de salud y social del accionante, habida cuenta de que tuvieron en su momento los instrumentos jurídicos para protegerlo, lo que solo ocurrió en 1996, cuando fue declarado interdicto judicial por el mencionado juzgado de familia. En tal sentido, como el propósito de la sustitución es conjurar la eventual situación de desamparo en que queda algún miembro de la familia que era dependiente del causante, con el fallecimiento de la señora (...) el 1º. de febrero de 1998, esa situación se agotó, por lo que no resulta admisible pretender la sustitución de la sustitución de una pensión de jubilación, amén de que trascurrió un lapso considerable desde el deceso del titular de la pensión (12 de marzo de 1986) hasta la petición de sustitución objeto de este proceso judicial (20 de junio de 2000), lo que cuestiona si realmente el ac-

tor dependía económicamente de su padre al haber dejado pasar la oportunidad de hacerse sustituto cuando él falleció y cómo subsistió a lo largo de más de 14 años. (...) A pesar de todo lo expuesto, esta Corporación no desconoce la situación de vulnerabilidad en que pueda encontrarse el accionante por su edad y estado de salud, pero ello no es óbice para desconocer las obligaciones y deberes legales, entre ellos el cumplimiento de requisitos para acceder a prestaciones sociales como la sustitución pensional del fallecido (...). Así las cosas, más allá de que exista un dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca que arroja una disminución en la capacidad laboral del 50,38% y que la estructura desde el 30 de julio de 1980, lo cierto es que cuando aquel murió, solo compareció como sustituta la señora (...), por lo que no resulta admisible que tras el deceso de esta se pretenda la sustitución de una sustitución pensional. Además, se insiste en que si hubiese sido el deseo del señor (...) que su hijo fuera beneficiario de su pensión,

así lo hubiese expresado en su escrito de 29 de agosto de 1984; por el contrario, la única persona designada para esa calidad fue su esposa. Por otro lado, frente a la dependencia económica que se predica del accionante hacia su padre, se evidencia que, como se relató en el recurso de apelación, existen varias declaraciones que dan cuenta de ello; sin embargo, el escaso material probatorio en esa materia no permite confrontar las aseveraciones de esas personas para llevar a esta Corporación al convencimiento sobre su configuración; sumado a ello, aquel contaba con instrumentos al interior de este proceso con los cuales podía obtener esas pruebas, de los que no hizo uso, con lo que obvió el cumplimiento del artículo 177 del CPC. En tales condiciones, resulta acertada la interpretación efectuada por la Administración en los actos administrativos acusados y por el Tribunal de instancia en la sentencia apelada, por cuanto no se dan los presupuestos para sustituir la pensión de jubilación del señor (...) (q.e.p.d.) en el accionante [...].”

Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sustitución y beneficiarios. Requisito de la convivencia efectiva. Prueba y valoración de la convivencia efectiva. Relación con vocación de estabilidad y permanencia.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-00219-01(4014-2019)

FECHA: 11/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Myriam Cabezas de Galeano

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demandante cumple con los requisitos establecidos para ser beneficiaria de la sustitución pensional respecto de su cónyuge (...) frente al requisito de convivencia efectiva con el causante, conforme a los lineamientos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993?

Tesis: “[...] el Legislador estableció el requisito de la convivencia durante los últimos cinco años anteriores a la muerte para el compañero o cónyuge supérstite, para evitar situaciones donde solo se busca aprovechar el beneficio económico [...] la convivencia nunca se interrumpió, salvo que durante los últimos meses debió remitirse su compañero a una unidad de cuidado geriátrico dado el alto deterioro en su estado de salud que le estaba provocando la enfermedad de Alzheimer y, además, porque ella, aquejada por la enfermedad de cáncer, no podía prodigarle el cuidado necesario. [...] tanto la demanda, como las pruebas recaudadas, permiten establecer de manera directa que en este caso no existe ningún tipo de contradicción pues tanto la accionante como los deponentes consideraron que la convivencia de la pareja nunca se vio interrumpida por

la circunstancia consistente en que el señor (...) hubiese sido llevado al hogar geriátrico por los meses comprendidos entre el 15 de abril de 2011 y el 1.º de marzo de 2012.[...] las pruebas recaudadas permiten establecer que su relación perduró por espacio de 58 años, brindándose apoyo mutuo, y que inclusive, en ese corto periodo donde requirió atención especializada al final de su vida, la señora (...) seguía prodigándole los cuidados de una pareja, tal como certificó el Hogar «El Remanso», quienes afirmaron que lo visitaba y llamaba telefónicamente continuamente y estaba pendiente del suministro de los elementos de aseo, pañales, medicamentos, además, que era ella quien se ocupaba del arreglo y lavado de la ropa del pensionado, «para que se sintiera atendido y cuidado por ella en ese aspecto». [...] esta Corporación frente al requisito de la convivencia ha señalado que no debe entenderse como «habitar juntamente» y vivir en compañía de otro sino como «acompañamiento espiritual y moral permanente, auxilio, apoyo económico y vida en común es el cimiento del concepto de familia. Núcleo básico de la sociedad que, como ya se indi-

có, es el objeto principal de protección de la sustitución pensional». Al efecto señaló la Subsección: «[...] Es necesario precisar que la voluntad de conformar hogar y mantener una comunidad de vida, son elementos distintivos y esenciales del grupo familiar, los cuales, en criterio reciente y reiterado de la Corte Suprema de Justicia, no se pueden desvirtuar por la “separación”, cuando esta eventualidad se impone por la fuerza de las circunstancias: “El grupo familiar lo constituyen aquellas personas entre las que se establecen lazos afectivos estables que deben trascender el plano de un mero acompañamiento emocional y social, y alcanzar el nivel de un proyecto común de vida; es esencial a la familia el prestarse ayuda mutua, que no es cualquier clase de apoyo sino la que se encamina a realizar el propósito familiar común. De esta manera el acompañamiento espiritual y material ha de estar referido a lo que la jurisprudencia ha reiterado: una verdadera vocación de constituir una familia.» Esta Tesis fue reiterada en reciente sentencia de contornos fácticos similares, donde la Sección Segunda, Subsección B, afirmó que la convivencia no se restringe a la simple cohabitación: «[...] sino que se trata del deseo de la pareja de construir y mantener una familia, aunque no requiere de formalismo para su constitución, si es necesario la acreditación de los elementos básicos de permanencia y estabilidad, como el hecho de que mantuvieran su continua comunicación, apoyo e incondicionalidad pese a la distancia. En efecto, la convivencia no se refiere, en forma exclusiva, a compartir el mismo techo y habitar junto al otro, sino a los elementos que en mayor medida definen esa convivencia, como, por ejemplo, el acompañamiento espiritual, moral y económico y el deber de apoyo y auxilio mutuo, aspectos que la demandada logró demostrar, pues, además de las declaraciones que fueron aportadas para que le fuera reconocida

la pensión de sobrevivientes, aportó al plenario varias declaraciones que demuestran la relación que mantuvo con el causante». En este caso, se tiene certeza que la citada voluntad de conformar y mantener una familia se configuró de manera diáfana, por más de 58 años, desde el 30 de enero de 1954, como dan cuenta de manera concordante los declarantes, los registros civiles de los hijos, la afiliación de la demandante como su beneficiaria del sistema del salud, las reiteradas solicitudes del causante ante la Caja Nacional de Previsión Social para que le fuese sustituida a ella la pensión de jubilación, en caso de fallecimiento, la certificación del Hogar Geriátrico «El Remanso», entre otros más. Al contrario, no existe prueba de que se haya producido algún tipo de separación diferente, por lo que no se explica esta Sala, como es posible que la UGPP haya descartado el acervo probatorio alegado en sede administrativa por la demandante, y hubiese dado prevalencia a las declaraciones de la señora (...) administradora del conjunto residencia Niza IX y al guarda recorredor (...) personas que no podían relatar las condiciones de tiempo, modo y lugar de la convivencia.[...] En este sentido, estima la Sala que la UGPP no podía solamente basarse en esas dos entrevistas realizadas por la investigadora de la empresa CYZA, pues ellos no podían dar cuenta de las circunstancias en que sucedieron los hechos que rodearon la configuración de una relación, es decir, las fechas de inicio y terminación, si existió voluntad de permanencia, las relaciones de apoyo mutuo y de solidaridad. Ahora bien, aprecia la Sala que los demás deponentes fueron consistentes en declarar que él era quien asumía las obligaciones económicas, así como el vínculo de afecto, de apoyo moral, de regularidad y permanencia, vínculo que trascendió a los requisitos formales y se manifestó en el cuidado mutuo de la pareja, el amor y la solidaridad económica que

se mantuvo a lo largo de los años. [...] existe certeza frente la convivencia efectiva de la accionante con el causante durante los últimos 5 años previos a su deceso, como lo señalaron las deponentes salvo los meses previos por el agravamiento de su salud, y que ocasionó su ingreso al hogar de cuidado de la tercera edad para recibir servicios médicos especializados, que no podía prodigarle su esposa, debido a que, como ella misma lo afirmó, padecía cáncer. [...] que el mismo hogar «El Remanso» reconoció que su compañera permanente visitaba con frecuencia al paciente e inclusive era quien se ocupaba del arreglo de su ropa para que él se sintiera cuidado por ella. [...] la Sala colige que, efectivamente la señora (...) sí sostuvo con el causante una relación con vocación de estabilidad y permanencia con el

señor (...) que se mantuvo hasta sus últimos años de vida, prodigándole la ayuda mutua y los cuidados que requería su enfermedad, así como el vínculo afectivo, el amor, la solidaridad y en la que se demostró que dependía económicamente del causante, al punto que al momento del deterioro de su salud, ella seguía velando por su cuidado mientras él recibía cuidado médico especializado. [...] el periodo de la convivencia, la ayuda mutua, la dependencia económica y el vínculo afectivo, que se presentó entre los señores (...) que sólo se interrumpió cuando el pensionado se agravó en sus padecimientos de salud, lo que lo obligó a ser traslado a un centro de cuidado especializado, y pese a ello, la demandante mantuvo su voluntad de seguir brindando apoyo y cuidado a su compañero [...].”

No tiene derecho al reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia la hermana inválida cuando la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral tiene ocurrencia con posterioridad a la muerte de la causante.

RADICADO: 47001-23-33-000-2016-00095-01 [3826-2021]

FECHA: 30/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Elvira Beatriz Orozco Gutiérrez

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión gracia la hermana inválida, a pesar que la estructuración de la pérdida de su capacidad laboral tuvo ocurrencia con posterioridad a la muerte de la causante?

Tesis 1: “Si bien la pensión gracia, como pensión especial no contiene una regulación propia sobre la sustitución pensional, la jurisprudencia de esta corporación ha recurrido a las normas generales para su reconocimiento. En efecto, en la sentencia del 4 de marzo de 2010, se consideró que la gratuidad de la pensión gracia no impide «su aptitud para ser sustituida en caso de muerte del beneficiario» [...] Valga precisar que la norma [artículo 43 de la ley 110 de 1993] acude a la noción de pensión de sobrevivientes en dos supuestos fácticos, así: i) la muerte del pensionado, y ii) el fallecimiento del afiliado. Sin embargo, esta corporación ha señalado que ‘cuando fallece el pensionado que tenía un derecho consolidado se está en el campo de la sustitución pensional, mientras que cuando quien muere es el afiliado se habla de pensión de sobrevivientes’ A su

vez, de la norma en cita se advierte que existen tres grupos de beneficiarios excluyentes entre sí, toda vez que a falta de uno lo sucederá el otro, así: i) cónyuge o compañera permanente, hijos con derecho y/o inválidos; ii) padres con derecho; y iii) hermanos con derecho. De los aludidos grupos de beneficiarios, y en atención a lo que es objeto de debate en el caso sub examine, se procederá al estudio de los requisitos que deben cumplirse por parte de los hermanos inválidos. En ese orden, de conformidad con la norma referida, el hermano que pretenda ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes deberá acreditar los siguientes requisitos: i) ausencia de otros beneficiarios, a menos que se encuentren en el mismo orden; ii) parentesco con el causante; iii) calidad jurídica de inválido y iv) dependencia económica respecto del fallecido. [...] En los términos de la norma aludida [artículo 38 de la Ley 100 de 1993], la invalidez se encuentra determinada por la incapacidad física o síquica de la persona con ocasión de su estado de salud, la cual deberá ser calificada con un porcentaje igual o superior al 50% por parte de la Junta Regional de Calificación, que es la entidad encargada

de dictaminar, además, el origen y la fecha de su estructuración. Esta calificación, a su vez, se encuentra reglamentada en el Decreto 2463 de 2001. (...) Adviértase que la fecha de estructuración de la invalidez es el momento a partir del cual la persona pierde de manera permanente y definitiva su capacidad laboral y en consecuencia, la capacidad de generar los ingresos para su manutención.[...] En cuanto al primero de los requisitos, esto es, ausencia de otros beneficiarios, no se observa dentro del plenario prueba alguna que demuestre que (...) hubiese dejado al momento de su deceso cónyuge, hijos o padres que los hiciera acreedores de la sustitución de la pensión gracia, por ende, la única con derecho a reclamar este beneficio prestacional es la demandante, en calidad de hermana. Por su parte, para efectos de acreditar el parentesco, fueron allegadas las partidas de bautismo tanto de la demandante como de (...), en las que se registran, como sus padres, (...), con lo cual queda demostrado la calidad de hermanas.[...] En lo que tiene que ver con el estado de invalidez, se observa que en el cuaderno de antecedentes administrativos del expediente digital obra un dictamen realizado el 20 de noviembre de 2014 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, en el que se determinó que a (...) se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 62.34%, por enfermedad común, con fecha de estructuración del 7 de octubre de 2011, esto es, después del fallecimiento de la causante, el cual se produjo el 2 de mayo de 2006. [...] De la valoración probatoria resultan relevantes tres aspectos en particular: el primero, el estado de incapacidad de la demandante, en consideración a las deficiencias que le impiden obtener los recursos necesarios para su sustento «máxime si se tiene en cuenta que tiene 91 años»; el segundo, su participación laboral en la actualidad es nula; y el tercero, que las Juntas Regional

y Nacional de Calificación de invalidez determinaron que las patologías que padece se estructuraron con posterioridad a la fecha del fallecimiento (...), esto es, 25 de abril de 2006. [...] En tal sentido, aun cuando las enfermedades que padece la demandante se agudizaron con posterioridad al fallecimiento de (...), las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez opinaron que la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral se había causado el 7 de octubre de 2011 y el 4 de diciembre de 2007, respectivamente, lo cual hace inviable el reconocimiento de la prestación solicitada, comoquiera que no se demostró que la aludida disminución ocurriera antes del fallecimiento de la causante. Valga precisar que si bien, excepcionalmente, esta Corporación ha considerado que la determinación de invalidez no se puede limitar a lo expresado por la Junta Nacional de Calificación o a la Junta Regional de Calificación, pues es posible hacer uso de otros medios de convencimiento para demostrar tal particularidad, también lo es que en el sub judice no se demostró que la demandante padecía de alguna enfermedad que limitara su capacidad laboral con antelación al fallecimiento de la pensionada. [...] no es de recibo el argumento propuesto por el a quo, según el cual la demandante padecía de un deterioro intelectual progresivo, por cuanto dentro del plenario no obra prueba que indique que tal condición la adquirió con antelación al fallecimiento de (...). Al respecto, nótese, que las Juntas de Calificación de Invalidez no encontraron elementos clínicos que permitieran variar en favor de la demandante la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, de ahí que se tomara como fecha de estructuración el 4 de diciembre de 2007, puesto que fue el concepto médico más antiguo. [...] es necesario acreditar la totalidad de los requisitos exigidos por la ley para efectos del reconocimiento de la sustitución

pensional o de la pensión de sobrevivientes, según sea el caso, por cuanto ello sería tanto como desconocer el procedimiento de la calificación de la incapacidad laboral, establecido en el artículo 62 del Decreto 1848 de 1969, los

fundamentos para la calificación del origen y grado de pérdida está regulado en el Decreto 2463 de 2001; y, el grado de incapacidad de invalidez que debía tener aquel aspirante a obtener la sustitución pensional. [...]”.

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

Problema jurídico 2: ¿Debe el juez escrudriñar los medios de convicción con el ánimo de establecer la fecha real de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, para efectos de establecer la procedencia del reconocimiento de la sustitución pensional, atendiendo el grado de incapacidad psicofísica y la protección del mínimo vital?

Tesis 2: “[...] Cabe recordar que si bien la fecha de estructuración de la invalidez que determinan las juntas de calificación de invalidez constituye, entre otros requisitos, parámetro para decidir controversias relacionadas con asuntos pensionales, esta Corporación y la Corte Constitucional han precisado que, en todo caso, debe ser valorada con otras pruebas que se aporten por los interesados, con el propósito de que no se afecten, por un «rigorismo», derechos como el acceso a la seguridad social y el mínimo vital.(...) En tal virtud, corresponde al juez examinar, cuando se trata de situaciones que involucran personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, (i) si encuentra los elementos de juicio que permiten establecer si la persona cumple los requisitos de acceso a la pensión o (ii) si se debe optar por disentir de la fecha fijada en el referido dictamen, al existir otras evidencias que la desvirtúan, dada su situación médica y laboral. En el asunto sub judice, aunque la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral de la accionante se encuentra en el 62.34%, con

fecha de estructuración el 4 de diciembre de 2007, esto es, con posterioridad al deceso de su hermana (causante), del concepto inicialmente rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena el 20 de noviembre de 2014, se anotó que en diciembre de 2006, cuando contaba con «87 años de edad», padecía «dolor cervical, adinamia, astenia, visión borrosa, HTA, de 4 días de evolución. Se ordena tratamiento para hipertensión arterial», patologías que, entre otras, han desmejorado las condiciones de salud de la demandante. A partir de lo anterior, a mi juicio, no es dable aplicar a rajatabla la normativa sin prestar mientes en las condiciones reales y actuales de la actora, además de que es una persona que supera los 91 años de edad (nació el 1º. de agosto de 1931) y, de suyo, no podría desarrollar actividades productivas para procurar su propio sostenimiento, sin contar con la ayuda de su finada hermana.(...) De acuerdo con lo expuesto, no se puede desconocer el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en asuntos análogos, que exigen del funcionario judicial escrudriñar los medios de convicción con el ánimo de establecer, entre otras exigencias, la fecha real de estructuración de la invalidez de quien pretende acceder a la sustitución de la pensión que devengaba un familiar del que dependía económicamente, en razón a su estado de discapacidad psicofísica, por cuanto ello afecta no solo su derecho a acceder a esa prestación, sino también su mínimo vital [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Debe escrudiñarse el juez la fecha de estructuración de la invalidez, dado que puede llegar a ser anterior a la fecha de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral fijada en el respectivo dictamen emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez?

Tesis 3: “[...] El primer motivo obedece a los efectos inocuos que tiene la decisión de revocar la providencia de primera instancia para en su lugar negar las súplicas de la demanda, como quiera que luego de consultado el Registro Único de Afiliados RUAF del Sistema Integral de Información de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, la vigencia de la cédula de ciudadanía de la demandante la reporta como fallecida, hecho que se constituye en un lamentable y desafortunado suceso. El segundo argumento alude a razones jurídicas, como quiera que el suscrito Magistrado reitera la postura consignada en el precedente jurisprudencial del cual fui ponente en el que la Sala determinó que la fecha de estructuración de la invalidez, puede llegar a ser anterior a la fecha de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral fijada en el respectivo dicta-

men emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez. (...) De acuerdo con lo expuesto, no se puede desconocer el precedente de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en asuntos análogos, que exigen del funcionario judicial escrudiñar los medios de convicción con el ánimo de establecer, entre otras exigencias, la fecha real de estructuración de la invalidez de quien pretende acceder a la sustitución de la pensión que devengaba un familiar del que dependía económicamente, en razón a su estado de discapacidad psicofísica, por cuanto ello afecta no solo su derecho a acceder a esa prestación, sino también su mínimo vital. Por último, resulta importante precisar que si bien esta subsección ha fijado su postura en cuanto a que en el caso de enfermedades o accidentes tanto de origen común como laboral, que conducen a una pérdida de capacidad permanente y definitiva, la fecha de estructuración coincide con la fecha de ocurrencia del hecho establecido en los dictámenes de calificación médica, lo cierto es que, se insiste, debe analizarse en armonía con las demás pruebas adosadas, que conduzcan a inferir que la disminución de su salud pudo haberse estructurado con antelación. [...]”.

VINCULACIÓN LABORAL

Carrera administrativa

Concurso de méritos de inspector de policía. Oferta de empleos vacantes y no utilización de lista de elegibles. Retiro de empleos de la oferta pública.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00439-00(1788-2012)

FECHA: 01/02/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Jorge Enrique Hurtado Calderón

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Los actos administrativos demandados son ilegales, dado que, presuntamente, le cercenaron al demandante el derecho a ser nombrado en el empleo de Inspector de Policía 41806, ofertado en la Convocatoria 01 de 2005?

Tesis: “[P]ara la Sala no es de recibo la postura con la que el actor pretende sacar adelante sus pretensiones, toda vez que la decisión contenida en la sentencia de inexecutable fue la de reanudar «(...) los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos...» que fue lo que efectivamente sucedió en tanto los concursos fueron suspendidos respecto de los cargos que estaban cobijados con el Acto Legislativo 01 de 2008 y por ende fueron retirados dichos empleos de la convocatoria 01 de 2005. En tal sentido, la lista de elegibles de la cual predica su derecho para ser nombrado en el empleo 41806 se agotó para los 6 cargos ofertados, sin que sea razonable que ahora deba usarse para los 2 cargos que fueron retirados, pues, se repite, en su momento se dispuso de ellos para proteger a los beneficiarios del Acto Legislativo.

(...) Por ello, en virtud de conservar y preservar el derecho a acceso de cargos públicos de aquellos que no se inscribieron a concursos posteriores por la expectativa legítima que les creó el Acto Legislativo respecto a una inscripción ordinaria, se efectuaron otros concursos en los cuales también podía participar el actor y no lo hizo; por ende, fueron declarados desiertos mediante la Resolución 0454 del 22 de febrero de 2013. Y es que atendiendo tal situación, la CNSC emitió con posterioridad a la sentencia C-588 de 2009 varias circulares, entre ellas la 48, la 50, la 52 y la 54, todas del 2009, donde solicitó a las entidades participantes de la Convocatoria 01 de 2005, que para mitigar los efectos de la pluricitada sentencia, informaran los empleos que fueron ofertados y que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008 fueron suspendidos y no continuaron la Segunda Fase, para proceder a su continuación. Por lo anterior, resulta claro que la lista de elegibles elaborada respecto de los concursos que pudieron seguir desarrollándose pese a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008, no puede utilizarse para proveer aquellos que

fueron retirados del concurso en virtud de que estaban siendo ejercidos por personal sujeto de una prerrogativa extraordinaria, y que pese a que esta fue declarada inconstitucional, su efecto jurídico consistía en continuar el concurso para ellos, cosa diferente al caso concreto en que el concurso en el que participó el actor ya había fenecido”.

La calificación de la prueba de las competencias funcionales en el proceso de selección para proveer por concurso los cargos de carrera en la DIAN se ajustó a los lineamientos de la convocatoria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00399-00(0858-2013)

FECHA: 10/09/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Julio César Enciso Pérez

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad San Buenaventura de Medellín

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La calificación de la prueba de competencia funcionales dentro del proceso de selección para proveer los cargos de carrera en la DIAN se ajustó a los lineamientos de su convocatoria?

Tesis: “Del Informe de 8 de julio de 2013 rendido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego del reexamen o de la revisión de las preguntas por parte de un grupo de expertos de la entidad convocante al concurso en acatamiento del fallo judicial de abril 12 de 2013, encuentra esta Subsección acogiendo los rigurosos análisis del Informe transcrito para el caso bajo estudio, que las preguntas planteadas en la prueba de competencias funcionales al guardar estrecha relación con los ejes temáticos diseñados previamente por la DIAN, sí fueron pertinentes tanto así que las preguntas no fueron eliminadas de las pruebas de competencias funcionales presentadas por los accionantes (...) y los otros siete aspirantes, a quienes se les mantuvo la misma calificación. (...) Respecto de los cuestionamientos del demandante relativos a la forma, sistema de calificación y puntuación dados a cada una de las preguntas, se observa que no está acreditado

en el expediente que la Universidad de San Buenaventura hubiera seleccionado apenas al 20% de los mayores puntajes obtenidos en cada empleo como lo alegó el libelista. Con el mayor respeto, se observa que se trata de una apreciación personal del demandante, la cual carece de sustento probatorio. (...) resulta indistinto que hubieran sido 6 las vacantes ofertadas en la lista de elegibles, reproche del libelista al censurar que una vacante se hubiera desaprovechado, por cuanto este hecho obedeció a que no hubo otro aspirante que llegara a 60 puntos, tan cierta es esta afirmación, que el aspirante que ocupó el quinto lugar en el listado de elegibles obtuvo una calificación de 59.69800000, lo que evidencia que el último ingresó por arrastre al aproximársele su calificación a 60 puntos. De esta manera pierde piso el dicho del demandante según el cual, la parte demandada “limitó la posibilidad de que algunas de las demás personas que se presentaron a la convocatoria, pudieran aspirar a ocupar esa vacante y quienes seguramente si tendrían el puntaje competitivo dentro de los resultados de la prueba.”, por cuanto ningún otro aspirante logró obtener el puntaje mínimo aprobatorio.(...)En el caso del aspirante

[demandante], se tiene acreditado que obtuvo una calificación de 56.25 puntos, por lo que al no haber obtenido un puntaje superior a 60 puntos, su nombre no podía ser considerado para integrar la lista de elegibles consignada en la Resolución N°3246 de septiembre 27 de 2012, quedando así despejados los problemas jurídicos definidos en la fijación del litigio”.

Las certificaciones de la experiencia laboral debían contener la relación de funciones para acreditar la experiencia laboral de los participantes en el concurso de méritos para el nombramiento del gerente del Hospital Federico Lleras Acosta. Aporte de la tarjeta profesional de los administradores de empresas agropecuarios. Curso de especialización no corresponde al criterio de educación continuada o no formal. Reparación del daño con ocasión de la pérdida de oportunidad por el nombramiento de una persona no idónea.

RADICADO: 73001-23-33-000-2013-00499-02 [3852-2014]

FECHA: 25/09/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Óscar Salazar Duque

DEMANDADO: Departamento del Tolima y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿Es posible dar por acreditada la experiencia laboral de un participante en el concurso de méritos para el nombramiento del gerente del Hospital Federico Lleras Acosta, contenida en una certificación laboral sin relación de funciones?

Tesis 1: “Resulta claro para la Sala que para la designación del cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, la Junta Directiva del mismo acatando el imperativo legal del artículo 12 del Decreto 785 de 2005 y del artículo 4° de la Resolución 165 de 2008, en la convocatoria exigió de manera categórica que la experiencia profesional de cuatro años o sea 48 meses en el sector salud, debía acreditarse con las respectivas certificaciones laborales que debían contener como mínimo la relación de funciones desempeñadas. Por tanto, de plano queda descartado el inconformismo de la apelación según el cual, el fallador de primera instancia

incurrió en exceso de ritual manifiesto, como quiera que no se trató de una exigencia caprichosa sino de una exigencia legal a la cual estaban sometidos los interesados en participar en el proceso concursal para la selección del Gerente de la ESE, quienes tenían conocimiento que debían aportar las certificaciones laborales con la respectiva relación de las funciones desempeñadas, al punto de que la misma convocatoria advirtió: Toda certificación que no contenga la información solicitada, no se tendrá en cuenta dentro del concurso (...). Ahora respecto del argumento del apelante según el cual, estas certificaciones laborales sí tienen valor probatorio y no requieren de la relación de las funciones desempeñadas, por cuanto tales funciones están consagradas en la ley para el caso de los cargos desempeñados por (...) como Director Local de Salud, como Secretario de Salud y Proyectos Sociales y como Interventor de los Recursos del Régimen, es un argumento que desde

ningún punto de vista puede ser acogido. Lo anterior, por cuanto desconoce el apelante que las certificaciones laborales al tener acreditadas las funciones desempeñadas en determinados cargos, deben estar previamente cotejadas con el Manual de Funciones y Competencias laborales del respectivo cargo, avaladas por el Jefe de Talento Humano de la respectiva entidad, de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 2772 de agosto 10 de 2005”.

Problema jurídico 2: ¿Es procedente la exigencia de la tarjeta profesional de quienes tenían la calidad de Administradores de Empresas Agropecuarios y participaron en el concurso de méritos para el nombramiento en el cargo de gerente del Hospital Federico Lleras Acosta?

Tesis 2: “La interpretación de esta disposición legal [artículo 7 de la Ley 389 de 1997] dada por el apelante es sesgada, por cuanto es lógico que la exigencia de la tarjeta profesional es para desempeñar la profesión de Administración de Empresas Agropecuarias y no para ocupar el

cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, pero lo que tampoco se puede desconocer es que el desempeño de dicho cargo lo haría en este caso (...), como Administrador de Empresas Agropecuario y no con otra profesión. Así mismo, si bien es cierto en el cargo de Gerente del Hospital, desempeñaría entre otras funciones laborales las de dirección, planeación, evaluación y control en la administración de los recursos de la entidad a la luz del Sistema de Seguridad Social en Salud, con mayor razón al tener el señor (...) un título profesional en área distinta a la de la salud, como lo es la de Administración de Empresas Agropecuarias, le era exigible aportar su tarjeta profesional dada la innegable responsabilidad social que dicho cargo tiene. (...) la convocatoria para el concurso de méritos exigió como documento que debería aportar al momento de la inscripción el candidato a ocupar el cargo de Gerente de la ESE, la tarjeta profesional en el caso del aspirante que tuviera título profesional en área distinta de la salud, tal y como acontece en el caso de (...) [...]”.

Concurso de méritos para nombramiento de gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta. El curso de especialización no corresponde al criterio de educación continua o no formal.

Problema jurídico 3: ¿Un curso de especialización corresponde al criterio de educación continuada o no formal consagrado en la Ley 115 de 1994?

Tesis 3: “[...] Resulta evidente que la Universidad de Antioquia no tuvo ningún reparo en reconocer los dos semestres cursados de la Especialización en Auditoría y Garantía de Calidad en Salud, como si fueran estudios de educación continua, cuando lo cierto es que no se pueden equiparar desde ningún punto de vista, dadas las características y propósitos que persigue cada modalidad de formación académica, en los términos de la Ley 115 de 1994 en precedencia señalados. (...) Encuentra esta Sala que en efecto la Universidad al otorgarle 0.5 puntos dentro de la educación no formal, a la terminación de materias de la especialización de Auditoría y Garantías de la Calidad de Salud, cambió las reglas de juego de la convocatoria, por cuanto varió los parámetros de medición señalados en el Instrumento de Valoración-Calificación diseñado por la misma Universidad, ya que los estudios de la mencionada especialización no convalidaban o no se podían tener en cuenta como estudio de educación continua o no formal, dadas las diferencias existentes entre unos y otros”.

Problema jurídico 4: ¿Es procedente el restablecimiento, debido al nombramiento de una persona no idónea para desempeñar el cargo de gerente del Hospital Federico Lleras Acosta del Departamento del Tolima, al participante del concurso de méritos que le correspondía tal nominación, según lo regulado en la ley?

Tesis 4: “No es posible acceder al restablecimiento del derecho en los términos en que fue

reclamado por la parte demandante y que fue reconocido por el Tribunal Administrativo del Tolima en el fallo apelado, por cuanto en primer lugar, no se le puede restablecer el derecho a (...) por cuanto nunca fue designado Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta y, en segundo término, dada la imposibilidad material por el transcurso del tiempo, como quiera que según el parágrafo del artículo primero del acto declarado nulo - Decreto 0308 de 28 de febrero de 2013-: “El nombramiento será desde su posesión y hasta el 31 de marzo de 2016, fecha en que vence el periodo de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 28 de Ley 1122 de 2007”. En virtud del supuesto normativo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, además de pretenderse la nulidad del acto administrativo se podrá pedir también pedir el restablecimiento del derecho –que ya se advirtió no opera en el caso sub lite- o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo. (...) Precisamente como quiera que nos encontramos frente a un proceso ilegal de la administración en cabeza de la Gobernación del Tolima, al haber designado en forma equivocada a quien no era la persona idónea para ocupar el cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta 2013-2016, esta situación condujo a que en vista de la designación ilegal que recayó en (...), el demandante (...) perdiera la oportunidad de ser nombrado como Gerente de la mencionada institución hospitalaria (...). Considera la Sala que para tasar en el presente caso, la cuantificación del daño que deberá ser objeto de indemnización por parte de la entidad territorial departamental que profirió el

acto administrativo declarado nulo, se tendrá de presente el marco normativo del artículo 16 de la Ley 446 de julio 7 de 1998 (...). La Gobernación deberá entonces cancelar a título de reparación del daño deprecado al demandante (...), con ocasión de la pérdida de oportunidad, las sumas de dinero que por concepto de salarios y demás prestaciones sociales legales y ordinarias le fueron dejadas de cancelar, durante el periodo 1° de marzo de 2013 al 4 de septiembre de 2014 [...]”.

La homologación procede respecto a los títulos adicionales al mínimo exigido para el cargo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00629-00(1240-2013)

FECHA: 01/06/2017

TIPO DE PROVIDENCIA:

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En el marco de la Convocatoria 01 de 2005, adelantada por la CNSC, era posible homologar el título de tecnólogo exigido como requisito mínimo para desempeñar el empleo de Técnico Operativo Código 314 Grado 09, por experiencia laboral en tareas propias del cargo?

Tesis: “[...] La demandante se inscribió en el concurso para el cargo No. 6332, conociendo de antemano los requisitos exigidos para éste: acreditar mínimo 30 meses de experiencia en funciones similares y un título de Tecnólogo en Administración de Empresas o afines. Se tiene

también, que la accionante esperaba que el segundo de estos requisitos le fuera homologado por su experiencia, adquirida en el ejercicio del mismo cargo al cual aspiraba, pero en virtud de un nombramiento en provisionalidad; en los términos del citado artículo 25.2.2 del Decreto 785 de 2005.(...) Las homologaciones de experiencia por título se aplican sobre los requisitos adicionales y no sobre los 25 mínimos exigidos para un cargo; se concluye que los actos administrativos demandados no incurrieron en la vulneración de las normas legales y reglamentarias invocadas en la demanda, razón por la cual mantiene su presunción de legalidad [...]”.

Marco jurídico del proceso de eliminación de la CNTV y de la creación de la ANTV – incorporación y reincorporación a la nueva planta de la ANTV. Funcionarios no incorporados y no reincorporados – indemnización.

619

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-05357-02[3698-15]

FECHA: 14/02/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Francisco Ruiz Perdomo

DEMANDADO: Autoridad Nacional de Televisión y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El empleado de carrera administrativa, tenía derecho preferencial de incorporación directa a la nueva planta de personal de la ANTV, como consecuencia de la eliminación de la CNTV?

Tesis: “Como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de plantas de personal, los empleados públicos tienen derecho a la incorporación, la reincorporación o a la indemnización, sin embargo, estos tres eventos son excluyentes entre sí. [...] la incorporación (...) debe ocurrir cuando: (i) las funciones de un cargo de una entidad suprimida subsisten en la nueva planta de la entidad receptora que asume la competencia de aquella entidad, así el nuevo cargo que haya asumido las funciones cambie de nomenclatura, o, (ii) exista en la nueva planta de personal para el momento de la supresión del cargo otro empleo igual o equivalente. Dicha decisión procede de oficio o recae en la comisión de personal de la entidad por reclamación que efectúe el trabajador, de conformidad con el artículo 29 del Decreto 760 de 2005, en con-

cordancia con el literal d) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004. [...] La reincorporación, (...) habilita al empleado retirado que no fue vinculado de forma directa en la nueva planta, para optar por una incorporación en un cargo equivalente al suprimido, para lo cual la CNSC debe proferir decisión máximo dentro de los seis meses a la notificación de la supresión del cargo si llegare a existir otro empleo equivalente en la planta del ente que asumió las competencias de la liquidada, en cualquiera del sector administrativo al que pertenecía la entidad o en otra de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial. [...] Corolario de lo anterior, se tiene que los empleados inscritos en carrera administrativa, involucrados en el proceso de supresión como consecuencia de la eliminación de la CNTV tenían derecho a que la ANTV los incorporara de forma preferencial a la nueva planta de personal, siempre y cuando demostraran: (i) que las funciones que desempeñaban en la CNTV subsistían en la nueva planta de personal, así hubiese cambiado la nomenclatura del empleo que las desempeña, o (ii) que existía un cargo igual o equivalente en la entidad que asumió las funciones de la antigua, al momento de la supresión. [...] Todo

lo anterior, permite desvirtuar el argumento del recurrente, sustento de la apelación, según el cual la ley vigente de carrera no le permitió acudir directamente a la ANTV para ejercer su derecho preferencial a ser incorporado [...]. En el expediente no obra ninguna solicitud o reclamación del demandante sobre el derecho preferencial a ser incorporado en la nueva planta de personal de la ANTV presentada al momento en que se le notificó el acto supresor del empleo ni antes del 10 de abril de 2013, fecha en la que ocurrió su retiro definitivo, lo cual es entendible por cuanto la planta de personal de la mencionada entidad se creó con posterioridad a la fecha del retiro del servicio. [...] la Autoridad Nacional de Televisión explicó puntualmente al demandante las razones que antecedían las circunstancias de modificación de la nomenclatura de los cargos de la nueva planta de personal, las cuales obedecieron a las necesidades del servicio encomendado a esa agencia nacional estatal, los recursos presupuestales asignados y el marco de la gestión

institucional, lo cual generó que los empleos al interior de la estructura de dicha entidad fueran diferentes a los que existían en la CNTV, en lo relativo a las funciones y los salarios para ellos previstos. [...] Colofón de lo expuesto, (...) en la estructura funcional de la planta de dicha Autoridad no se encontraba previsto el manejo de la documentación pues tal actividad se encargó a terceros externos y ésta, justamente era el área en la que demandante prestaba sus servicios cuando laboraba en la CNTV. [...] (Al) demandante, a quien a pesar de no habersele podido reubicar o reincorporar -por la extinción de sus funciones al interior de la planta de personal de la entidad que sucedió a la Comisión extinta-, se le reconoció la indemnización por supresión del cargo. [...] Por lo tanto, (...) se cumplieron a cabalidad las garantías previstas por la Ley 909 de 2004, norma ésta que era totalmente aplicable a su situación, al ser el régimen legal general regulatorio de todas las circunstancias puntuales y específicas en caso de supresión de cargos de carrera administrativa”.

Suspensión provisional de la Resolución 052 de 2019 que convocó el concurso de méritos para la selección de los defensores públicos de la Defensoría del Pueblo, en cuanto otorga carácter eliminatorio a la prueba de conocimientos generales y específicos del área, así como su consagración como una causal de exclusión.

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00063-00(0297-2019)

FECHA: 28/03/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Angie Yiset Flórez

DEMANDADO: Defensoría del Pueblo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Existe mérito para decretar como medida cautelar de urgencia de la suspensión total o parcial de los efectos de la Resolución 052 de 2019, expedida por el Defensor del Pueblo, que otorga carácter eliminatorio a la prueba de conocimientos generales y específicos del área en el proceso de selección de los defensores públicos y, en consecuencia, la consagra como una causal de exclusión del concurso de méritos?

Tesis: “En principio, ese proceso de selección que realiza el Defensor del Pueblo a través de los actos administrativos demandados, se ajusta al ejercicio de sus competencias y no contraviene el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, en la medida que las personas que hagan parte de la lista definitiva de resultados, luego de practicadas las pruebas, conforme se explica en el anexo de la Resolución 052 de 2019, serán contratadas mediante la modalidad de prestación de servicios en orden descendente de calificación, lo que significa que la vinculación se justifica bajo criterios de razonabilidad, y por necesidades del servicio, atendiendo un factor objetivo calificativo que le da un lugar en la lista definitiva de

resultados (...) Sin embargo, se advierte que el carácter “eliminatorio” que, de acuerdo con el anexo de la Resolución 52 de 2019, se confiere a la prueba de conocimientos generales y específicos no se aviene a la finalidad propuesta con el proceso de selección imprime un factor que desdibuja el principio de selección objetiva y se convierte en un hecho impeditivo, que la ley no ha previsto, para que el aspirante a ser contratado pueda finalmente ser tenido en cuenta por la administración, no solo por los resultados de una prueba de conocimientos sino por otros factores como la experiencia, y estudios adicionales que optimizan su perfil. Además, este carácter eliminatorio crea un requisito no previsto en la ley, para que un interesado que cumple los requisitos mínimos pueda ser contratado para ser defensor público. Y nada garantiza que, atendiendo el puntaje mínimo requerido para superar la prueba de conocimientos, se satisfaga el fin del proceso de selección que consiste en suplir las 4000 plazas ofertadas. Por lo tanto, se suspenderá el carácter “Eliminatoria” que según el anexo de la Resolución 052 de 2019 se confiere a la prueba de conocimientos generales y específicos en el área, bajo el entendido que dicha prueba

solo puede tener un carácter clasificatorio. De la misma manera se suspenderá el numeral 3 de las causales de exclusión del proceso de selección de defensores públicos contenido en el anexo de la Resolución 052 de 2019. Además de lo expresado, y para garantizar el derecho de quienes a la fecha tienen contratos vigentes con la entidad como defensores públicos, debe señalarse, en forma expresa, que el proceso implementado, a través de los actos administrativos demandados no puede constituirse en causal de terminación anticipada del respectivo contrato”.

La entrevista y la prueba de análisis de estrés de voz no pueden tener carácter eliminatorio en el concurso de méritos de cargos de carrera administrativa de la Agencia Nacional de Minería.

623

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-01053-00(4603-2015)

FECHA: 25/04/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTES: María Esther Pinto Escobar y otros

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La CNSC desconoció los principios de objetividad, imparcialidad y mérito al establecer en la Convocatoria n.º 318 de 2014 que la prueba de «entrevista» tendría carácter «eliminatorio»?

Tesis 1: “[...] Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prueba de la entrevista se aviene a los principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales: (i) La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial; (ii) Previo a la realización de la entrevista, se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación; (iii) Las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entre-

vista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesorio y secundaria, lo que a juicio de la Sala también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar; (iv) No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad; (v) Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante; (vi) Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y (vii) Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad. (...) La forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 318 de 2014 desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la juris-

prudencia reseñadas, puesto que contrariando la reglas contenidas en las fuentes normativas analizadas y al criterio pacífico y reiterado de la Corte Constitucional al que se ha hecho referencia en líneas anteriores, la CNSC dispuso en el demandado Acuerdo 518 de 2014, que dicha prueba tendría carácter eliminatorio. Así las cosas, como los parámetros fijados por las normas y la jurisprudencia reseñadas, no fueron colmadas por las reglas de la Convocatoria No. 318 de 2014, en cuanto a la prueba de entrevista se refiere, las anteriores consideraciones son suficiente para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 518 de 2014, que disponen que la prueba de entrevista, tiene carácter eliminatorio, contenidos en los artículos 27, 32 y 36 de las reglas de la Convocatoria”.

Problema jurídico 2: ¿La realización de la prueba de «análisis de estrés de voz», como instrumento de selección de personal en los concursos públicos de méritos para ingresar a la Función Pública, es constitucionalmente admisible desde la perspectiva de los derechos humanos fundamentales y del principio del mérito?

Tesis 2: “[...] la Sala considera que es constitucionalmente admisible el uso de la prueba del polígrafo o similares, como la de «análisis de estrés de voz», en los procesos de selección de personal en el sistema de carrera administrativa general regulado por la Ley 909 de 2004, vigilado y administrado por la CNSC, siempre y cuando se trate de casos excepcionales suficientemente justificados, debido a la importancia, especialidad y delicadeza de las funciones de la entidad o del empleo a proveer, evento en el que: (i) se le debe permitir al aspirante consentir o no de manera previa, libre, voluntaria e informada la realización de la prueba; (ii) el consentimiento para la realización de la prueba debe ser solicitado de manera anticipada e informada, es decir, explicándole a la persona de manera previa y detallada la forma

y metodología de la realización de la prueba de confianza, ya sea polígrafo o análisis de estrés de voz, o sus similares; (iii) la negativa de someterse a la práctica de «pruebas de confianza» no puede significar la exclusión del proceso de selección; y (iv) para el que consienta en la realización de tales pruebas, los resultados de las mismas, no pueden implicar su exclusión del proceso de selección, y el otorgamiento de puntaje debe serlo en menor proporción a las otras pruebas. (...) En el caso concreto, la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» que se realizó al concursante de la Convocatoria 318 de 2014 no cumplió con los parámetros constitucionales fijados jurisprudencialmente. Sobre el particular, encuentra la Sala que si bien se le advierte al entrevistado que la prueba de «análisis de estrés de voz» tiene como finalidad «determinar el grado confiabilidad y honestidad del aspirante con sus errores y defectos», es voluntaria y en tal medida puede negarse a responder las preguntas o pedir que su terminación, ello no implica que el ejercer tal derecho no tenga repercusiones en el puntaje asignado. Ello, por cuanto el artículo 27 del acuerdo de convocatoria plasma de forma inequívoca que la entrevista tendrá un carácter «eliminatorio», y el aspirante que obtenga una calificación menor de setenta (70) puntos, quedará eliminado y no podrá continuar en el proceso de selección. De tal forma, que el rehusarse a responder la prueba de VSA, indiscutiblemente disminuirá el puntaje del candidato y lo pondrá en desventaja frente a los demás aspirantes que sí tomen dicho test. Así las cosas, de lo expuesto se evidencia que ninguna de las previsiones para que se considere constitucionalmente admisible el uso de la prueba del «análisis de estrés de voz» fueron colmadas por los apartes demandados y la prueba aplicada, por lo que las anteriores consideraciones son suficientes para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los enunciados normativos que disponen que la prueba de entrevista es eliminatoria en el Acuerdo 518 de 2014”.

El acto de la prueba de análisis de antecedentes en el concurso de méritos para el nombramiento en propiedad de procuradores judiciales no es susceptible de control judicial. Acto de trámite.

625

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-01441-01 [1846-2019]

FECHA: 15/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Manuel Mauricio Bohórquez Olmos

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El acto de la prueba de análisis de antecedentes, expedido en desarrollo del concurso de méritos para el nombramiento de procuradores judiciales y celebrado por la Procuraduría General de la Nación, es susceptible de ser enjuiciado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

Tesis: “[...] la prueba de análisis de antecedentes, tiene por objeto evaluar los títulos de estudios de posgrados y la experiencia profesional adicional que sea adjuntada en el módulo de inscripciones, para posteriormente asignar una calificación que es dada a conocer al participante, con base en el cual, le es posible al concursante hacer parte o no de la lista de elegibles. (...) la Sala encuentra que este acto administrativo

es de simple trámite, pues al ser de carácter clasificatorio, la puntuación obtenida se computa con los resultados de las pruebas de conocimientos y comportamentales para establecer el valor porcentual alcanzado, permitiéndole o no integrar la lista de elegibles. (...) Así las cosas, el acto que verdaderamente adoptó una decisión de fondo en el concurso de mérito fue la Resolución 349 del 8 de julio de 2016, decisión que no fue demandada ni controvertida su legalidad por el demandante sino que solo cuestionó la Resolución 1365 del 27 de junio de 2016, por medio de la cual se resolvió una reclamación contra el resultado de la prueba de análisis de antecedentes, de tal suerte que, no le es dable a la Sala pronunciarse sobre la legalidad de la citada resolución, por no ser un acto enjuiciable”.

Desconocimiento de los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y los derechos adquiridos, por no nombrar y confirmar en propiedad como magistrado del Tribunal del Distrito Judicial de Pereira al primero en la lista de elegibles, y en su lugar, designar concursantes que ocuparon un puesto inferior.

RADICADO: 76001-23-31-000-2004-03075-01(0544-2019)

FECHA: 09/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Henry Cadena Franco

DEMANDADO: Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Corte Suprema de Justicia, al expedir las actas 35 de 4 de diciembre de 2003 y 22 de enero de 2004, por medio de las cuales dejó de nombrar y confirmar como magistrado en propiedad del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira al concursante que ocupó el primer puesto de la lista, desconoció los principios de objetividad, imparcialidad y mérito, dado que fueron designados concursantes que habían ocupado un puesto inferior?

Tesis: “Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Es decir, se trata del acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo con sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico. (...) A través de su conformación, la entidad con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección organiza en estricto orden de

mérito el nombre de las personas que deben ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta. Entonces, la lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje. (...) La carrera judicial es un mecanismo o instrumento objetivo, eficaz, racional, eficiente y en modernización constante, para el acceso a los cargos públicos, en virtud del cual, las condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro, responden al principio del mérito, es decir, a la comprobación de las cualidades, talentos y capacidades de quienes pretendan ser servidores públicos, conforme a criterios objetivos previamente reglados, y no a razones puramente subjetivas, discrecionales, irracionales o arbitrarias para descalificar al funcionario. (...) Esto significa entonces, que el principio del «mérito» constituye el criterio o factor definitorio e imperante, el presupuesto ineludible, la condición esencial y estándar principal,

para el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público. (...) Resultó desacertado el hecho de que en el sub-lite la Corte Suprema de Justicia hubiese elegido a personas que habían ocupado puestos inferiores en la lista de elegibles, pues con ello, se desconoció no solo el principio del mérito, el cual 45 busca garantizar la excelencia y el funcionamiento óptimo en la administración pública, para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como es el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución; sino que también, un derecho adquirido, dado que

quienes se encuentran en la citada lista y quien ocupe el primer lugar tiene un derecho adquirido, pues superó todas las etapas del concurso público de méritos. (...) Bajo ese contexto, no existe razón para que no sea nombrada la persona que además de superar el concurso de méritos del empleo que se ofertó, ocupó el primer puesto de la lista de elegibles; dicho de otra manera, no se justifica que quien superó todas las etapas del trámite no sea nombrado en aquella oportunidad, en la medida que si ocupó el primer lugar «tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente».

La Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para ordenar la incorporación de una servidora de carrera administrativa por la supresión del DAS a la Fiscalía General de la Nación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00590-00[1643-2015]

FECHA: 28/01/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Fiscalía General de la Nación

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para ordenar la reubicación a una servidora pública de carrera en la Fiscalía General de la Nación, luego del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad?

Tesis: “A la Comisión Nacional del Servicio Civil se le otorgó la facultad, de acuerdo con la Constitución Política «artículo 130», de administrar y vigilar las carreras administrativas de los servidores públicos, a excepción de las que tengan un carácter especial; y, además, de vigilar los sistemas específicos de carrera «artículo 4 de la Ley 909 de 2004», entre ellos, el del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-. Como segunda medida, también se le delegó la tarea de conformar, organizar y manejar banco de datos de ex - empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, además, de remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente. Aunado a lo anterior, los artículos 44 de la Ley 909 de 2004 y 7º del Decreto 1227 de 2005, establecieron el derecho

que tiene aquel funcionario de carrera a quien se le ha suprimido su cargo de incorporarse en un empleo iguales o equivalentes, caso en el cual, sería la Comisión Nacional del Servicio Civil la encargada de efectuar tal reincorporación. (...) Es evidente la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para ordenar la incorporación de una ex – empleada del Departamento Administrativo de Seguridad, pues pese a que en efecto la Fiscalía General de la Nación ostenta de un régimen especial de carrera administrativa, la citada Comisión debía velar por los derechos de las personas a quien se les había suprimido su empleo y que ostentaran derechos de carrera, como es el caso de la [demandante]. Es importante precisar, a la altura de lo enunciado, que de modo alguno se desconoce la competencia de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación o, en su defecto, que la Comisión Nacional del Servicio Civil tenga un poder preferente, lo que aconteció fue que el Decreto Ley 4057 de 31 de octubre de 2011 no expresó qué pasaría en aquellos casos, en donde un funcionario no es reincorporado por aquellas entidades receptoras, pese a ostentar derechos de carrera. Por tal motivo, la Comisión Nacional del Servicio Civil se vio

obligada, de acuerdo a las facultades que le ha otorgado la Ley 909 de 2004 y según los principios del artículo 209 de la Constitución Política, a definir la situación particular y concreta de la, sin interferir en las competencias de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, pues una vez que fue reincorporada, era ésta la entidad la encargada de vigilar y administrar sus derechos de carrera. En otras palabras, no implica que la

Comisión Nacional del Servicio Civil tenga la facultad de dirimir o vigilar las carreras especiales, lo que se debe tener en cuenta es que, en este caso en particular, actuó como entidad independiente que coordina sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, para no desamparar a una funcionaria que ostentaba derechos de carrera y que deseaba ser reubicada en una entidad que se había establecido para tal fin”.

Irregularidades en proceso de selección de personero municipal y pago de perjuicios causados. Prueba de los perjuicios morales para su reconocimiento.

RADICADO: 54001-23-33-000-2016-00337-01 (6090-2018)

FECHA: 10/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Pedro Yoner Meza Rodríguez y otros

DEMANDADO: Municipio de Cúcuta

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Procede el reconocimiento de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir por el demandante como personero del municipio de Cúcuta, solicitados en la demanda, como indemnización de los perjuicios que se le causaron con la Resolución 019 del 9 de enero de 2016 y el Oficio PCMC-414 del 18 de abril de 2016?

Tesis 1: “[...] el diseño y la realización del concurso de méritos para la elección del personero municipal debe ajustarse a los estándares generales que la jurisprudencia ha identificado respecto del mérito y demás garantías de acceso al empleo público, los cuales aseguran el acceso a la función pública, el derecho a la igualdad y el debido proceso, asimismo, los objetivos de transparencia e independencia. [...] se concluye que la competencia para la elección del personero municipal recae en cabeza del concejo municipal, luego dicha corporación debe fijar los parámetros, diseñar y adelantar el concurso de méritos para la elección, directamente o por intermedio de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas, o con entidades especializadas en procesos de selección de personal, teniendo en cuenta lo señalado en el Decreto 1083 de

2015 y que el concurso tendrá como mínimo tres etapas antes de la elección a saber: convocatoria, reclutamiento y aplicación de pruebas [...] la Sala encuentra acreditado que dentro del desarrollo del concurso de méritos convocado se presentaron una serie de circunstancias que impidieron su normal ejecución, las cuales condujeron a que el proceso terminara antes de que se lograra conocer el resultado definitivo de la calificación obtenida por el demandante. [...] en acatamiento del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual opera en toda relación laboral, y que, a su juicio no puede ser desconocido o ajeno a los procesos de meritocracia como los concursos de méritos, encontró acreditado que la Resolución 019 del 9 de enero de 2016, era ilegal, al configurarse las causales de falsa motivación y violación de la Constitución endilgadas en la demanda. Lo anterior debido a que el puntaje obtenido por el señor (...) luego de haber sido surtido todo el trámite de reclamación, le dio una calificación final mayor a la establecida en la Resolución 0215 de 2015 (80%) para hacer parte de la lista de elegibles y lo posicionó como el único candidato habilitado para ocupar el cargo de personero municipal, puesto que el otro participante, el doctor (...) obtuvo un puntaje

final de 72.60 %. [...] Las consideraciones anteriores, en sentir de la Sala, dan lugar a la aplicación de los principios pro homine, según el cual se «impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional»; pro actione con base en que se «exige adoptar una decisión de fondo en aquellos casos en los cuales existe duda acerca del cumplimiento de las condiciones para provocar un pronunciamiento de fondo»; y iura novit curia, en virtud de la cual «corresponde al juez de la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando automáticamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que los rigen» [...] En consecuencia, la indemnización que surge, como resultado de la anulación de la resolución y el oficio demandados consistirá en el pago del equivalente a las diferencias que se causaron entre el salario, prestaciones sociales y demás emolumentos que recibió el demandante, en su condición de profesional especializado de la personería municipal de Cúcuta y lo que habría percibido como personero municipal, desde el 1º de marzo de 2016 -fecha en la que debió tomar posesión del cargo luego de su elección- y el 29 de febrero de 2020, día en que se habría terminado el periodo legal de cuatro años, de haberse concretado la elección [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La parte demandante acreditó en el plenario la causación de los perjuicios morales que reclama?

Tesis 2: “[...] el referido perjuicio es aquel que violenta a la persona directa e indirectamente, reflejado en dolor, aflicción, angustia, temor y en general conlleva sentimientos de desesperación y congoja, el cual solo podrá ser reconocido cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de éstos. [...] observa la Sala que las pruebas testimoniales aportadas no dan cuenta de la ocurrencia de los perjuicios reclamados, ya que las declaraciones de los deponentes son coincidentes al indicar que estos no sostuvieron una relación de cercanía con los demandantes que les permitiera haber evidenciado de forma directa los sentimientos de aflicción a los que se hace referencia, ni ofrecen convicción alguna. [...] contrario a lo afirmado en el recurso de apelación, con los medios de prueba allegados al plenario no se demuestra de forma clara como se manifestó el presunto daño moral sufrido por los demandantes debido a las circunstancias que rodearon la elección del personero municipal de Cúcuta, para el período 2016 – 2020. [...] Valga aclarar que el perjuicio que se materializó en contra del aspirante se concretó en la imposibilidad de percibir las aludidas diferencias de salarios, prestaciones y demás emolumentos, debido a la decisión de declarar desierto el concurso de méritos antes de que se resolvieran las acciones constitucionales oportunamente interpuestas, lo que consecuentemente, le impidió desempeñar el cargo de personero municipal; por ende, su derecho se debe entender resarcido con el pago de la suma indemnizatoria que resulte de tales diferencias, tal como se dejó sentado en el numeral anterior”.

Notario en propiedad puede invocar el derecho preferencial para obtener su nombramiento en otra notaría de la misma circunscripción que se encuentre vacante, sin que tenga incidencia si esta es temporal o absoluta.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00531-00 [2463-2017]

FECHA: 17/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Bleydis del Socorro Medina Caraballo

DEMANDADO: Consejo Superior de la Carrera Notarial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Una notaria en propiedad puede invocar el derecho de preferencial para ser nombrada en otra notaría de la misma circunscripción administrativa que se encuentre vacante, sin que tenga incidencia si esta es temporal o absoluta?

Tesis: “[...] A la luz del artículo 178 numeral 3° del Decreto 960 de 1970, son dos las exigencias normativas para invocar el derecho de preferencia por parte de un notario que aspira por su propia voluntad a ocupar otro despacho notarial: el primero, que la notaría a la cual aspira se encuentre dentro de la misma circunscripción político administrativa respecto de la que ya ocupa y, el segundo, que dicho despacho se encuentre vacante. Destáquese que esta preceptiva no distinguió a qué tipo de vacancia se refiere, si se trata de una absoluta o temporal. Se entiende que se está vacante, cuando un empleo o una dignidad está sin proveer, también se puede considerar que la vacancia se refiere a un cargo o empleo que se encuentra sin ocupar. (...) Según el aparte normativo transcrito (artículos 2.2.6.3.2.1. y 2.2.6.3.4.1 Decreto 1069 de 2015), que reprodujo en idénticos términos el artículo 5° del Decreto 2054 de 2014,

de bulto se observa que fue prevista una prohibición legal para incoar el derecho de preferencia y es que la notaría a la que se pretenda acceder, se encuentre en interinidad, siendo así y aplicando una interpretación integral de la legislación que reglamenta el ejercicio de la función notarial, se puede colegir entonces que sí es procedente frente a las otras modalidades de provisión del empleo de notario como lo son en propiedad y en encargo, esta última fue la que se dio en el sub lite.(...) De acuerdo con el acopio probatorio analizado en el acápite 2.3. de esta providencia, se encontró acreditado que la señora (...)se desempeñaba desde el año 2012 como la Notaria Única del Círculo de El Guamo Bolívar cargo que ocupaba en propiedad, quien pidió en diciembre de 2014 en ejercicio del derecho de preferencia le fuera asignada la Notaría Única de Santa Catalina, pues el notario que la ocupaba también en propiedad había sido nombrado como Notario Único del Círculo de San Jacinto, mediante Decreto 368 del 16 de diciembre de 2014. A juicio de la demandante, ante la renuncia presentada por el doctor (...) como Notario de Santa Catalina para acceder a la Notaría de San Jacinto, el primer despacho quedó vacante razón por la

que en su sentir, se reunían las exigencias del numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970. La Sala a pesar de no compartir la anterior apreciación, por cuanto en estricto sentido el doctor(...), no renunció a la Notaría que ocupaba en propiedad en Santa Catalina, lo cierto es que no se puede desconocer que este despacho notarial al que aspiró la accionante se había quedado sin titular, ante la falta o ausencia de quien lo desempeñaba, lo que se traduce en últimas que estaba vacante, tan cierto es que fue provisto este despacho mediante la figura del encargo.(...)Por su parte, la Administración le negó la petición a la demandante al efectuar una interpretación literal del numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970 reglamentado luego por el artículo 4° del Decreto 2054 de 2014, según el cual se predica vacante una notaría por la concreción de las circunstancias taxativas allí señaladas: muerte, renuncia, destitución del cargo, retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años, declaratoria de abandono del cargo y ejercicio de cargo público no autorizado por la ley. A juicio del Consejo Superior de la Carrera Notarial no era procedente reconocer el derecho de preferencia deprecado por la actora “por cuanto el nombramiento de otro notario en ejercicio del derecho de preferencia no está contemplado como causal de vacancia, en los términos de los artículos 4° y 6° del Decreto 2054 del 16 de diciembre de 2014”. La Sala se aparta del anterior criterio de interpretación, por cuanto si bien es cierto y ateniéndose al tenor literal de las causales contempladas en el artículo 4° del Decreto 2054 de 2014, no se encuentra contemplado el ejercicio previo del derecho de preferencia como causal de vacancia de una notaría, lo cierto es que no se deben desconocer otras situaciones administrativas que se pueden presentar en los despachos notariales, entre ellas, las faltas o ausencias de sus titulares que ameritan el nombramiento del no-

tario en encargo. (...) a juicio de la Sala, acorde con la legislación ya referenciada, la modalidad de designación de un notario en encargo opera para suplir las faltas del titular, sin discriminar si se trata de faltas absolutas o temporales, por lo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial al esgrimir en la contestación de la demanda que se debía verificar el contenido del artículo 71 del Decreto 2148 de 1983, norma que señala las causales de falta absoluta del notario, omitió que existen otras faltas que pueden ser de carácter temporal y que ameritan el nombramiento en encargo de un notario, supuesto normativo al que alude el artículo 66 numeral 3° ídem. Compaginada la anterior preceptiva con el numeral 3° del artículo 178 del Decreto 960 de 1970, se observa que al exigir que la notaría a la que se aspira se encuentre vacante, no distinguió si se condicionaba a una vacancia definitiva, por tanto, no hay razón legal para afirmar que ante una falta temporal esté prohibido el ejercicio del derecho de preferencia – como pareció entender la demandada-, distinto cuando la notaría se encuentre ocupaba en interinidad, que este no fue el caso. (...) en criterio de la Sala, analizada la situación particular a la luz del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, del Decreto 1069 de 2015 y del Decreto 1083 de 2015, se encuentra que la demandante sí reunía los requisitos para ser designada en ejercicio del derecho de preferencia como Notaría Única del Círculo de Santa Catalina Bolívar, ejercicio de este derecho que no riñe con la exigencia constitucional del concurso de méritos para acceder a la carrera notarial. En vista de que se evidencia la falsa motivación de los actos administrativos demandados y el desconocimiento de las normas en que debían fundarse, se declarará la nulidad de los oficios expedidos por el Consejo Superior de Carrera Notarial, tal y como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia”.

No tener la residencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por ser un requisito del concurso de méritos en la rama judicial, impide que quien optó y fue nombrado en el cargo de profesional grado 16 del Juzgado Único Administrativo pueda ser confirmado por el nominador y, en consecuencia, hace imposible su posesión en el cargo.

RADICADO: 88001-23-33-000-2018-00013-01 (2503-2021)

FECHA: 23/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Enrique Jesús Gechen Hernández

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al demandante le asiste derecho a ser posesionado en el cargo de profesional universitario grado 16 en el Juzgado Único Administrativo del Circuito del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pese a que no tiene residencia en ese departamento, porque fue nombrando por concurso de méritos, convocado por la Rama Judicial y optó por esa plaza?

Tesis: “[...] para la permanencia dentro del mencionado departamento existen limitaciones a los derechos de circulación y residencia en aras del control de la densidad demográfica, sustentada en la supervivencia del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la necesidad de protección de los raizales, entre otros derechos relacionados con la vida; pero esta restricción, en virtud de la soberanía, no cobija a las personas no residentes en el departamento que tengan la condición de autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, la restricción de obtener la residencia se aplica a los extranjeros y a los na-

cionales colombianos no residentes en el departamento que no sean autoridades nacionales. Ahora bien, en lo atinente a los empleados de la Rama Judicial, se tiene que el Consejo Superior de la Judicatura agregó, como requisito para optar por una vacante en un cargo de empleado en los despachos ubicados en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el acreditar, de conformidad con lo establecido en el Decreto ley 2762 de 1991 y la Ley 47 de 1993, la calidad de residente. (...) La Sala observa que dentro del concurso para acceder al cargo de manera expresa, previa y diáfana se previó por medio del Acuerdo 574 de 14 de septiembre de 1999, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, el requisito de tener la calidad de residente de la Isla y aportar la «certificación expedida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE-, donde conste»; este requisito no fue soslayado por el Acuerdo 195 de 29 de noviembre de 2013, por el cual la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar adelantó el procedimiento de selección y convocó al concurso de méri-

tos para la conformación del registro seccional de elegibles para la provisión de los empleos en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Se repite, previo a que el demandante se inscribiera al concurso, en forma clara se dispuso que tenía que colmar el requisito de la residencia ante las autoridades encargadas de este trámite. Ahora bien, el hecho de que dentro del concurso de méritos se exigiera satisfacer el requisito de la residencia, implica que este comporta carácter vinculante y obligatorio, pues, como ya lo ha dicho esta subsección, sus reglas son vinculantes para los participantes. Pero, al margen de la obligación prevista en el concurso, la Sala no advierte la inconstitucionalidad o ilegalidad que aduce el demandante, pues, por un lado, dentro de la autorregulación que tiene la Rama Judicial el Consejo Superior de la Judicatura optó por exigir el requisito de la residencia para la posesión; y, por otro, omitir

ese requisito conlleva una violación del derecho a la igualdad de los demás participantes, quienes sí deben observar su cumplimiento, por tratarse de una regla del concurso de méritos. En efecto, la regla general es que dentro del Archipiélago esté restringido su ingreso y las normas de carrera judicial también lo limitan; no existe razón alguna para desconocerlas o soslayarlas. Además, el demandante, en el momento en que optó por la sede, debió tener en cuenta que existían normas de su conocimiento que exigían el requisito de la residencia, la que, dicho sea de paso, ni siquiera se molestó en demostrar que hizo algún trámite ante la oficina de control de circulación y residencia (OCCRE) o que esta dependencia le denegara su inscripción (ff. 29 a 31, e.d.); por ende, los actos administrativos, que se abstuvieron de confirmar su nombramiento por carecer del requisito de la residencia en la Isla, se encuentran ajustados a derecho”.

No excede la facultad reglamentaria del Consejo Superior de la Judicatura el limitar la inscripción a un solo cargo en concurso de méritos de la Rama Judicial.

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-01625-00 [5406-2018]

FECHA: 23/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Jesús Alexánder Rodríguez Galán

DEMANDADO: Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: “¿La disposición administrativa según la cual en la convocatoria núm. 27 de 2018 «sólo se permit[ía] la inscripción [a] un (1) cargo», contenida en el artículo 2 del Acuerdo PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018 del CSJ, desconoce el principio de reserva de ley porque constituye una limitación al derecho de acceso a cargos públicos que sólo podía ser estatuido por el legislador?».

Tesis 1: “[...] nada dijo la LEAJ, ni los Decretos 052 de 1987 y 1660 de 1978, sobre el contenido o la forma como debía adelantarse la inscripción de los concursantes al proceso de selección, y ante el vacío normativo advertido, este preciso tópico constituye un claro ejemplo de un ámbito de regulación sobre el cual el CSJ puede ejercer su potestad reglamentaria especial, directa, excepcional, exclusiva o autónoma, (...). En el caso concreto, para efectos de la convocatoria núm. 27 de 2018 demandada el CSJ en ejercicio de las facultades constitucionales y legales aludidas en párrafos precedentes, estableció en el artículo 2 del Acuerdo PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018, que los ciudadanos interesados en participar en el proceso de selección y concurso

de méritos, sólo podían inscribirse para un (1) cargo, es decir, sólo podían concursar respecto de uno de los cargos ofertados. (...) De conformidad con los artículos 257.3 Constitucional, 162, parágrafo, y 164, parágrafo 1º, de la LEAJ, al CSJ se le atribuye la facultad reglamentaria especial, excepcional y exclusiva para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la carrera judicial, lo que incluye, obviamente, la determinación o diseño del contenido, así como el procedimiento de cada una de las etapas del concurso de méritos, entre ellas, la inscripción. En esa medida, la regla acusada es una clara expresión del ejercicio de la facultad reglamentaria asignada por la constitución y la ley al CSJ. Por consiguiente, no cabe duda en cuanto a que el acto administrativo demandado fue expedido por el CSJ en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales”.

Problema jurídico 2: ¿La medida administrativa demandada, artículo 2 del Acuerdo PCSJA18-11077 del 16 de agosto de 2018 del CSJ, trasgrede las normas constitucionales que regulan el referido derecho porque en ellas no se establecen límites a su ejercicio?

Tesis 2: “[...] Respecto de la restricción impuesta por el artículo 2 del acuerdo demandado, en virtud de la cual los concursantes sólo pueden inscribirse para aspirar a un sólo cargo, la Sala no advierte que trasgreda las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda referidas al derecho de acceso a cargos públicos, puesto que si bien los artículos 40 Superior, 127 y 128 de la LEAJ, estatuyen a favor de los ciudadanos el derecho a desempeñar cargos públicos, dichas disposiciones no tienen el alcance que le quiere dar el accionante, según el cual, el concursante puede inscribirse para aspirar a todos los cargos ofertados. En efecto, la interpretación que de estas normas debe hacerse es que positivizan o contienen de manera general, impersonal y abstracta el derecho de acceso a cargos públicos, pero en modo alguno pueden entenderse como una habilitación para que los concursantes o participantes en una convocatoria puedan inscribirse respecto de todos los cargos ofertados. En respaldo de esta Tesis, indica la Sala, que dentro del núcleo esencial o ámbito de protección del derecho fundamental a ocupar cargos públicos estatuido en el artículo 40 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional nunca ha reconocido a los ciudadanos la garantía o prerrogativa de inscribirse o aspirar a todos los cargos objeto de concurso, como lo entiende la accionante. Entonces, al no ser del núcleo esencial o del ámbito de protección del derecho a ocupar o desempeñar cargos públicos, el límite impuesto por la norma acusada a la posibilidad de inscribirse a todos o varios de los cargos ofertados, no constituye una trasgresión de dicho postulado constitucional, y en consecuencia, tampoco implica un desconocimiento a los demás principios y valores constitucionales invocados en la demanda como la igualdad, el trabajo, el debido proceso y la dignidad humana. En ese orden de ideas, tampoco podría

decirse que el aparte normativo demandado invade las competencias propias del legislador porque restringe o limita el ejercicio de un derecho fundamental, lo cual estaría reservado a una ley estatutaria, argumento que no es de recibo para la Sala, en virtud a que, como quedó expuesto, la prohibición establecida, respecto de esta última convocatoria, por el CSJ, en nada irrumpe o cercena el núcleo esencial o el ámbito de protección definido por la Corte Constitucional respecto del derecho fundamental a ejercer u ocupar cargos públicos contenido en el artículo 40 de la Constitución Política. De acuerdo con lo anterior resulta razonable indicar, que establecer un límite máximo en la inscripción por aspirante atiende a los principios de eficiencia, economía y celeridad en el desarrollo de las etapas del proceso de selección que tiene por finalidad asegurar la provisión del número de vacantes reportadas, con las listas de elegibles, y alcanzar el mayor porcentaje de cobertura de la carrera judicial, previendo el carácter perentorio de todas sus etapas y que, en últimas, es también un beneficio para los que resulten integrantes de los registros de elegibles que buscan alcanzar la estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público que ofrece la carrera judicial. En sintonía con lo expuesto, la medida administrativa que limita la inscripción a un solo cargo encuentra justificación en el deber de procurar por la eficacia de los procesos de selección en los que se garantizan la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo y la eficiencia en cuanto que se alcancen mayores y mejores resultados en la ejecución del proceso de selección, que como se indicó en los antecedentes administrativos, de la experiencia con anteriores procesos de selección como se estudió en la sentencia mencionada en el fundamento, se evidenció que el dilatorio agotamiento de las listas de elegibles se debía a que un aspirante

podía estar integrando simultáneamente diferentes listas de elegibles para diferentes cargos y en muchos casos optando por todos ellos sin llegar a posesionarse en todos, que por demás no está permitido, y sin producirse nombramientos mientras que corría el tiempo para el vencimiento del registro de elegibles. Lo cual resulta contradictorio al principio de celeridad que debe atenderse en el proceso de selección. A partir de los razonamientos indicados, la Sala concluye que la presunción de legalidad de la medida administrativa demandada no logró ser desvirtuada [...]”.

Designación del jefe de control interno en las Empresas Sociales del Estado. Improcedencia de elaboración de ternas. Experiencia relacionada sector público y privado.

RADICADO: 08001-23-33-000-2017-00211-01(0561-2019)

FECHA: 14/10/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Juan Guillermo Cardona Padilla

DEMANDADO: Departamento del Atlántico, Municipio de Sabanalarga y E.S.E Centro Materno Infantil de Sabanalarga

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El ejercicio de la facultad nominadora, radicada en la máxima autoridad administrativa territorial, para la designación del jefe del control interno en las Empresas Sociales del Estado, debe estar precedida por la conformación de ternas por la junta directiva de la entidad y los 3 años de experiencia relacionada se deben cumplir exclusivamente en el sector público?

Tesis: “[L]a expedición de la Ley 1474 de 2011 modificó la designación del responsable de la Oficina de Control Interno y le otorgó la facultad a la máxima autoridad administrativa, sin incluir remisión alguna a otras disposiciones; por lo cual, la facultad discrecional de nombrar al Jefe de Control Interno recae sobre la máxima autoridad administrativa del ente territorial, quien también ejercerá la dirección y control político; de manera que la tesis de los entes demandados, según la cual, la Ley 1474 de 2011 no derogó el artículo 11 de la Ley 87 de 1994 por ser complementarias, en el sentido, que le correspondía a la Junta Directiva de las empresas sociales del Estado

la elaboración de la terna de candidatos con el que se proveería el cargo, es incorrecta. (...) [A]l momento de entrar a estudiar la hoja de vida del actor y las constancias relacionadas con el ejercicio profesional, conforme al artículo 8 parágrafo 1 ibídem [Ley 87 de 1994], era necesario acreditar una formación profesional y experiencia mínima de 3 años en asuntos relacionados con el control interno, la Sala encontró que contaba con el mínimo de experiencia requerida para el ejercicio del cargo para el cual fue nombrado, como quiera que desarrolló empleos relacionados con el control interno por más de 3 años, de manera que, los motivos expuestos en los actos administrativos demandados sobre los cuales el señor Juan Guillermo Cardona Padilla incumplió los requisitos para ejercer como Jefe de Control Interno y, en virtud de eso, revocó su nombramiento, no tenían fundamento. (...) [E]n el Decreto 00018 del 22 de enero de 2016 «acto acusado» se indicó la experiencia acreditada por el demandante no podía tenerse en cuenta para efectos de desempeñar el cargo en una Empresa Social del Estado pues-

to que era necesario que ejecutara un modelo de control interno que no es propio del sector privado, sino que sólo es aplicable a entidades públicas, tal es el caso del Modelo Estándar de Control Interno -MECI- ; sin embargo, para la Sala este argumento no tiene fundamento alguno, en tanto que la norma consagra que los requisitos para el desempeño del cargo solo hacen referencia a la experiencia relacionada con el ejercicio del control interno, sin hacer distinción del modelo aplicado en el desempeño de las funciones, por lo que dicho elemento diferenciador que fue señala-

do en el acto de revocatoria carece, del mismo modo, de veracidad.(...) [D]e conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, es dable concluir que el señor Juan Guillermo Cardona cumplió con la entrega de los documentos establecidos en el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1083 de 2015 para efectuarse el nombramiento y, además, cumplía con los requisitos mínimos para desempeñar como encargado de la Oficina de Control Interno, por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. [...]”.

RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE

Vinculaciones del docente oficial a través de contratos de prestación de servicios con el Estado. Vinculaciones sucesivas e interrumpidas conllevan el reconocimiento de la relación laboral y prestaciones sociales.

RADICADO: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-2014)

FECHA: 18/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Isabel Vega Beltrán

DEMANDADO: Municipio de Rionegro (Santander)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: En el caso de la señora demandante, ¿cuáles son los extremos temporales que se debían reconocer al declararse la existencia de la relación laboral entre esta y el municipio de Rionegro?

Tesis 1: “[...] sobre la forma de demostrar los tiempos de vinculación, esta Subsección debe advertir que los periodos objeto de reconocimiento judicial por la configuración del contrato realidad, deben ser aquellos efectivamente acreditados a través del medio de prueba idóneo, siendo este, por regla general, el contrato o la orden de prestación de servicios el elemento de convicción que permite llegar al juez al grado de certeza sobre los extremos temporales de la vinculación con el Estado. [...] en el sub examine, la Corporación observa que, por regla general, entre cada orden de prestación de servicios existieron interrupciones de aproximadamente dos meses (diciembre y enero). Empero, en la sentencia de primera instancia dichos periodos fueron tenidos en cuenta por la a quo al considerarlos como la época de las vacaciones escolares. No obstante, en el expediente no obra prueba que permita demostrar que la señora (...) desempeñó alguna función

relacionada como docente durante los meses de interrupción de la vinculación contractual. En ese sentido, no obran pagos que acrediten la prestación de los servicios personales de la demandante durante los meses de diciembre y enero (con excepción del año 2001, donde la contratación duró hasta el 14 de diciembre), así como tampoco se aportaron otras piezas documentales que permitan dar cuenta de que la señora (...) desarrolló o ejecutó actividades propias en su calidad de docente en las instituciones educativas ubicadas en el municipio de Rionegro, por orden del citado ente. Aunado a lo que antecede, la prueba testimonial practicada en el proceso tampoco da cuenta de la ocurrencia de que dicha situación hubiese ocurrido. [...] Para la Corporación, los elementos probatorios no permiten determinar la existencia de una relación laboral entre la señora (...) y el municipio de Rionegro desde el 1.º de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, de forma continua e ininterrumpida, tal como concluyó el a quo y como fue solicitado por la demandante. Únicamente se pueden reconocer los periodos efectivamente contratados y laborados, señalados precedentemente”.

Problema jurídico 2: ¿Hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto a los periodos sobre los cuales se declaró la relación laboral entre la señora demandante y el Municipio de Rionegro?

Tesis 2: “[...] En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad: • Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella. • Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización. Según las reglas jurisprudenciales expuestas, en el caso objeto de estudio, en razón a que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 27 de noviembre de 2012, y por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados. Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los perio-

dos de vinculación laboral de la señora (...) se encuentran prescritos al haber transcurrido más de 3 años entre la finalización de cada uno de ellos y la fecha de reclamación del derecho [...] de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, ii) el principio in dubio pro operario, iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, el precedente de unificación en cita ordenó al juez administrativo estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya solicitado expresamente, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al Sistema General de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que la señora (...) le prescribió el derecho a reclamar los emolumentos deprecados derivados del reconocimiento de la relación laboral, como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones,

primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar. Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora (...) como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo

que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora. En conclusión: En el caso de la señora (...) se acreditaron los supuestos del contrato realidad, luego habría lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales devengadas ordinariamente por los docentes con calidad de empleados públicos. No obstante lo anterior, por prescripción extintiva del derecho, la demandante únicamente tiene derecho a que el municipio de Rionegro realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible”.

Prestación del servicio de vigilancia y celaduría en establecimiento educativo. Elemento de la subordinación de la labor contratada para el reconocimiento del contrato realidad. Reconocimiento del contrato realidad no atribuye al contratista la calidad de empleado público. Prescripción extintiva de los derechos derivados del contrato realidad e imprescriptibilidad de los aportes a pensión.

RADICADO: 66001-23-33-000-2013-00431-01(0846-15)

FECHA: 30/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Fernando Elías Largo Taba

DEMANDADO: Municipio de Pereira

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Al demandante le asiste razón o no para reclamar a la entidad territorial demandada el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como vigilante?

Tesis 1: “Las actividades desarrolladas por el actor revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues se desempeñó por 4 años como celador de las distintas instituciones educativas, que el municipio de Pereira le asignaba, sin que lograra ser autónomo e independiente, como lo manifestó el ente territorial demandado, pues como se observa en los contratos, esté debía controlar el ingreso y salida de personas y muebles de la entidad, como otras funciones, lo señalado indica entonces, que el demandante recibía órdenes de un superior, cumplía dicha actividad a través de horarios y turnos en las instituciones, es decir no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación, desdibujándose de esta manera las características propias de un contrato u orden de prestación de servicio. Ahora, bien, la

Sala advierte que, si bien se encuentran probados los elementos constitutivos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, también lo es, que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, como quiera que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior”.

Problema jurídico 2: ¿Prescribieron los derechos del demandante derivados del contrato realidad debido a que estos fueron demandados pasados tres años?

Tesis 2: “La Sala advierte que la última vinculación del demandante como celador - vigilante al servicio del municipio de Pereira, se dio en virtud del contrato 1019 de marzo de 2008, cuya duración se pactó por nueve meses, es decir hasta el 29 de diciembre de 2008, y formuló la respectiva solicitud de pago de las prestaciones emanadas del vínculo de carácter laboral el 3 de abril de 2013, lo que significa que los emolumentos que reclama fueron pedidos por

fuera de los tres años. No obstante lo anterior, y dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles tal como se explicó en la sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el ente territorial deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el 3 de febrero de 2004 al 29 de diciembre de 2008, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. [...] sin más dilucidaciones sobre el particular, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que declaró

configurada la excepción de prescripción extintiva frente a todos los derechos reclamados por el actor y negó las súplicas de la demanda, y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre el señor (...) y el municipio de Pereira durante los plazos de ejecución de los contratos de prestación de servicio suscritos con dicho ente territorial, en el período comprendido entre el 1 de mayo de 2002 y el 31 de enero de 2008, salvo aquellos en los cuales hubo interrupciones. Asimismo, condenará a la demandada a efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del actor, correspondientes al tiempo en que se constató su relación de carácter laboral, y declarará la configuración de la prescripción extintiva de los derechos causados. En conclusión, al señor (...) le prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas con entre el 3 de febrero y el 29 de diciembre de 2008. No obstante, el demandante tiene derecho a que el municipio de Pereira realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente. [...]”.

Contrato de prestación de servicios de administración de hogar geriátrico territorial. Inexistencia del elemento de subordinación de la relación laboral y coordinación de las labores contratadas.

647

RADICADO: 73001-23-33-006-2012-00195-01(0015-14)

FECHA: 03/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: William Hernán Tovar

DEMANDADO: Municipio de Prado (Tolima)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Entre el demandante y el municipio de Prado (Tolima) se configuró una relación laboral subordinada, cuya existencia permita declarar la nulidad del acto administrativo demandado y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos que reclama?

Tesis: “El preámbulo de la Constitución Política de 1991, que acoge la parte dogmática del texto, declara como valores, objetivos y principios de la nación «la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo». A su vez, extraídos de este, los artículos 13 y 25 ejusdem desarrollan, como derechos fundamentales, la igualdad y el trabajo digno [...] Aunado a estos preceptos, el artículo 53 de la Constitución consagra los derechos fundamentales de los trabajadores, recogiendo como tales, los siguientes: i) Igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; iii) estabilidad en el empleo; iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) facultades

para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; vii) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; viii) garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, y; ix) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. [...] En el ámbito del derecho internacional, la igualdad laboral fue consagrada por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo -OIT, a través del principio de «salario igual por un trabajo de igual valor», el cual fue desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la misma organización, en cuya virtud «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto». Dicho Convenio es fuente de derecho y su aplicación es directa en el ordenamiento jurídico interno, según lo establece el mismo artículo 53 y el 93 de la Constitución Política.

En la misma línea protectora se encuentra el artículo 122 de la Constitución, que al señalar que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», establece la prohibición de emplear el contrato de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales. [...] nivel legal, el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 recoge las siguientes circunstancias como elementos que configuran la relación laboral: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia «del trabajador respecto del empleador; y iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta Corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios simulados. [...] el demandante, en su condición de contratista de la Alcaldía municipal de Prado no aportó ningún elemento probatorio que demostrara la existencia de algún tipo de direccionamiento, cumplimiento de horario u órdenes impuestas por parte de un superior o veedor de sus actividades. De hecho, la única prueba que presentó para respaldar la presunta subordinación de su trabajo fue la de los testimonios antes referenciados, la cual, como entendió el a quo, se muestra insuficiente para dar credibilidad a los hechos de la demanda, pues a pesar de que los testigos intentan guardar armonía en sus declara-

ciones, estas terminan contradiciéndose ante la debilidad de sus argumentos. [...] teniendo en cuenta que según el principio dispositivo que rige el proceso contencioso-administrativo al demandante le incumbe probar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, y que la subordinación es un factor determinante de la relación laboral -puesto que su presencia supone la dependencia del contratista respecto de la Administración-, debe haber suficiente claridad probatoria para poder diferenciarla de la coordinación de actividades y, por lo tanto, no basta con afirmarla para acreditar su existencia. Este ha sido el criterio hermenéutico de esta Subsección para diferenciar el vínculo laboral del contractual, precisándose que no toda relación de servicios implica per se la existencia del elemento subordinatorio, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. En consecuencia, la situación del demandante difícilmente puede acercarse al grado de dependencia que suele atribuírsele a un trabajador respecto de su patrono en una relación laboral común, donde el direccionamiento de las actividades es constante y se le impone el deber de atender las directrices impartidas por su superior. [...]».

Docentes oficiales vinculados por órdenes o contratos de prestación de servicios. Existencia de una relación laboral con efectos pensionales. Cómputo del periodo acumulado como contratista para acreditar el requisito temporal de labores oficiales de la Ley 33 de 1985. Obligatoriedad de efectuar los aportes pendientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por parte del docente y su entidad empleadora en orden de financiar la prestación. Giro de los aportes a pensión ante la declaratoria de existencia de una relación laboral.

RADICADO: 81001-23-33-000-2013-00079-01(4021-2014)

FECHA:11/02/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carmen Gabriela Loyo Arrieta

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento de Arauca y Fiduciaria La Previsora S.A.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El periodo durante el cual la demandante se desempeñó como docente oficial a través de contratos de prestación de servicios, puede tenerse en cuenta para acreditar el requisito del tiempo de servicio de 20 años de que trata el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, a fin de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación?

Tesis 1: “[...] tanto lo probado en la actuación como la sola naturaleza de las funciones ejercidas por la demandante durante el tiempo que celebró contratos de prestación de servicios con la parte apelante, dan cuenta de que en observancia del principio de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 Constitucional y sin necesidad de concederle la calidad de empleada pública per se, aquella sí puede ser considerada como una docente oficial a lo lar-

go del lapso aludido en virtud de la etimología propia de dicha ocupación. Por este motivo, también es válido estimar que efectivamente el período precitado corresponde al de una relación de trabajo, en tanto se consolidaron sus elementos constitutivos, así como lo concluyó el a quo. En punto a aquel postulado, se destaca que no existe duda sobre la prestación personal del servicio por parte de la señora (...) al igual que la remuneración que ésta percibió por ello, debido a la sola esencia del acto jurídico celebrado que así lo previó por ser ese el fin de la bilateralidad que lo caracteriza. Ahora bien, la subordinación y dependencia se verifica en igual medida a partir del propio esquema de «soluciones educativas», así como de la noción de docente estatal, habida cuenta de la falta de autonomía y discrecionalidad que se predica inexpugnablemente en el desarrollo de

esta actividad, por la consecuente sujeción de quien desempeña tal cargo a una política pública educativa y a unos lineamientos revisados, controlados y materializados en órdenes de un superior que distan de la autonomía concebida para los contratos de prestación de servicios. Lo expuesto halla respaldo para asuntos como el de marras, en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado [...] A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el haber advertido y decretado la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Departamento de Arauca por el tiempo que tuvieron vigencia los contratos de prestación de servicios celebrados entre estos. No obstante, debe resaltarse como se adujo en el acápite anterior, que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron las consecuencias de la referida situación, solo a los efectos pensionales que su declaración conlleva, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues se reitera, ello no había sido materia de discusión. En suma, para el caso sub iudice la decisión de primera instancia únicamente implica tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones. [...] En conclusión: a lo largo del período en el que la demandante se desempeñó como docente del Departamento de Arauca vinculada mediante contratos de prestación de servicios, efectivamente se consolidó una relación de trabajo que para efectos pensionales (...) conlleva el imperioso cómputo de dicho lapso en el cálculo del tiempo de ser-

vicio acumulado de 20 años que se prevé como requisito para acceder a la pensión de jubilación conforme el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, ello sin que hubiese sido necesario la declaratoria administrativa o judicial previa de tal situación. Bajo este entendido y luego de verificar el cumplimiento de las exigencias de la norma en cita, se encuentra que la libelista sí consolidó el derecho a la referida prestación, tal como lo estimó el a quo”.

Problema jurídico 2: ¿El Departamento de Arauca es responsable concurrente con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el pago de la pensión de jubilación a favor de la demandante?, o en su lugar, ¿el ente territorial demandado solo debe realizar las cotizaciones al referido fondo respecto de la demandada por el lapso en el que esta fungió como docente contratista en razón de la configuración de una relación laboral?

Tesis 2: “[...] el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien debe cancelar las sumas y emolumentos que se pagan a los docentes afiliados a este y no las entidades territoriales certificadas a las cuales pertenece dicho personal, tal como se reitera en la línea de interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Este postulado se sintetiza en que las consecuencias económicas que se derivan de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración funcional radicada en los entes certificados, se consolidan única y exclusivamente bajo la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FNPSM. Como sustento de lo afirmado, es destacable el hecho de que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, (el cual fue derogado por la Ley 1955 de 2019, y posteriormente modificado por el artículo 57 ejusdem), señala que las pensiones de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el aludido fondo mediante la aprobación del proyecto de resolución por par-

te de quien la administre, el cual en todo caso debe ser elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente. Empero, a pesar de la referida conjugación de intervinientes en el íter administrativo descrito, resulta imperioso precisar que ello no despoja a la mentada entidad de previsión de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los educadores estatales, aun ante la suscripción de encargos fiduciarios para la administración y pago material de tales prestaciones, pues ello es constitutivo de una situación externa que determina un procedimiento para materializar un derecho, pero no desplaza las obligaciones impuestas legalmente a una autoridad para garantizarlo. [...] A contrario sensu, tal como lo esgrimió el Departamento de Arauca en su recurso de apelación, este no es responsable ni se encuentra legitimado para asumir la carga económica de la referida prestación, así como tampoco para concurrir parcialmente en ella, debido a que su actuar de trámite en la actuación administrativa no lo sujeta a lo decidido y menos a sus efectos cuando ello normativamente está asignado al FNPSM en virtud de su naturaleza jurídica. [...] Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y con la claridad de que la entidad territorial vinculada no debe ser condenada al pago concurrente de la pensión de jubilación objeto del litigio, sí debe destacarse que la orden específica de la sentencia respecto de dicha autoridad en el ordinal cuarto es: «[...] que el Departamento de Arauca concurra al pago de la pensión, realizando los aportes correspondientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que (sic) atinente a las sumas que le corresponde aportar.» A partir de este planteamiento, estima la Subsección que en todo caso, una vez enervada la responsabilidad de la parte apelante en cuanto al reconocimiento concurrente de la pensión debatida, es menester validar también la procedencia de

la condena en su contra inherente al pago a favor del FNPSM de las cotizaciones a pensión a nombre de la demandante por el período durante el cual esta se desempeñó como docente mediante contratos de prestación de servicios, de acuerdo con las previsiones del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003. [...] De esta manera, el Departamento de Arauca cotizará al FNPSM, únicamente la suma faltante por dicho concepto si existiere, y solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En caso de que la docente no demuestre o afirme no haber realizado tales cotizaciones, es evidente que el mentado fondo podrá descontar de las sumas adeudadas a la libelista en virtud de la condena, los valores pendientes de recaudo o la diferencia en su contra (si se presenta), por el porcentaje que le incumbía a aquella como trabajadora. En suma, lo cierto es que en este caso pesa sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una condena relacionada con el pago de una pensión de jubilación, la cual no fue apelada por la propia autoridad afectada y por lo tanto impide su discusión en esta instancia. En este sentido, como la prestación aludida no puede estar desfinanciada, se estima ajustada la decisión de ordenar: i) Al Departamento de Arauca como responsable directo de la relación laboral declarada para efectos pensionales, girar al precitado fondo el monto restante o pendiente de las cotizaciones para pensión que debieron realizarse por el período de configuración del vínculo de trabajo, en la proporción que como «empleador» de la señora (...) le habría correspondido, ello calculado en comparación con el valor pagado por la demandante en su momento como contratista a cualquier entidad de previsión. En caso de no haberse efectuado estas cotizaciones por la libelista, le corresponderá a la entidad territorial abonar el valor total de su aporte, pero se reitera, solo en el porcen-

taje que como autoridad patronal lo obliga. ii) A su vez, el FNPSM deberá repetir y en consecuencia solicitar a la entidad de previsión a la que se hubiese encontrada afiliada la demandante en el tiempo que fungió como contratista, el reembolso de los pagos hechos aquella por concepto de aportes a pensión, siempre y cuando así se asegure y acredite. En caso de que ello no hubiese ocurrido de dicha forma, estará autorizado a descontar de las sumas adeudadas a la docente, los valores equivalentes al porcentaje de cotización que como «trabajadora» tendría que haber realizado por ese mismo período para completar el monto de la contribución a su cargo. En conclusión: el Departamento de Arauca no es responsable de asumir el pago to-

tal ni proporcional de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, sino que en virtud de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta por contratos de prestación de servicios, aquel se encuentra obligado a girar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los valores pendientes que por concepto de cotización a pensión de la libelista, debió efectuar en el porcentaje que como empleador le habría correspondido, ello por el tiempo en el que se configuró el mentado vínculo de trabajo, de conformidad con la obligación patronal derivada del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003”.

Restablecimiento de derechos derivados del reconocimiento de la relación laboral encubierta. Inexistencia de solución de continuidad en la relación laboral. Obligaciones del empleador del pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, aportes al sistema de salud y prestaciones extralegales. Contrato de prestación de servicios con auxiliar de enfermería.

RADICADO: 81001-23-39-000-2017-00036-01(1138-2019)

FECHA: 17/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Herminia Tovar Jiménez

DEMANDADO: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Entre la demandante y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente?

Tesis: “De conformidad con la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, de 9 de septiembre de 2021, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el marco normativo y jurisprudencial para determinar la existencia de las relaciones laborales encubiertas o subyacentes es el siguiente: El Preámbulo de la Constitución Política de 1991 declara como valores, objetivos y principios de la Nación «la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo». A su vez, los artículos 13 y 25 ejusdem desarrollan, como derechos fundamentales, la igualdad y el trabajo digno [...] Aunado a estos preceptos, el artículo 53 constitucional consagra como derechos fundamentales de los

trabajadores, entre otros, los siguientes: i) igualdad de oportunidades; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; iii) estabilidad en el empleo; iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; y, vii) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Ahora, el mismo artículo 53, además, expresa que los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado, forman parte de la legislación interna (bloque de constitucionalidad laboral). En ese sentido, en el ámbito del derecho internacional, la igualdad laboral fue consagrada por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- a través del principio de «salario igual por un trabajo de igual valor», el cual fue desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la misma organización, en cuya virtud «todo miembro para el cual este Conve-

nio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto». Asimismo, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Colombia ratificó el «Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales», adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, el cual, en sus artículos 6 y 7, consagra el derecho al trabajo como «(...) la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada», de manera que todos los Estados parte deben garantizar, como mínimo, «(...) unas condiciones justas, equitativas y satisfactorias (...)», y, en particular «una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción». Las disposiciones citadas generan al Estado colombiano el deber de otorgar esas garantías mínimas para la materialización del derecho al trabajo, pues los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador establecieron la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias en su ordenamiento interno, para efectivizar los derechos que en el Protocolo se reconocen, entre ellos, el trabajo. En consecuencia, ni la ley, ni mucho menos los contratos, los acuerdos o los convenios laborales pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores en Colombia. Retornando al ordenamiento nacional, el artículo 122 de la Constitución, al señalar que «no habrá empleo público que no

tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales. A su turno, el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado. Así las cosas, con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado. [...] El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresa-

mente recoge el estatuto general de contratación pública [...] Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de un contrato de trabajo. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala conjuntó las siguientes manifestaciones como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual. Los estudios previos. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales (...) el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. [...] Subordinación continuada. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determi-

nante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio. [...] Prestación personal del servicio. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este [...] Remuneración. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado. Reglas de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021. Primera regla. El «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tiene lugar en la fase precontractual, pues es en esta donde la entidad contratante aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución. (...) la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido [...] la Sala unificó el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el

objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. [...] Segunda regla. La Sala consideró adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. [...] Asimismo, en la sentencia se reiteró que «(...) cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 (...) la cual estableció, a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios» [...] la Tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral. [...] Finalmente, en la tercera regla, la Sección Segunda consideró «improcedente la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista en exceso», por «constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal». Lo anterior, comoquiera que el contratista debe sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, y, por lo tanto, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. [...] De acuerdo con el material probatorio que obra dentro del expediente, se tiene que la demandante estuvo vinculada por más de cinco años

con la entidad demandada, desarrollando un objeto similar en cada contrato (indicio del carácter permanente de sus funciones) y que la relación que los unió reúne los elementos propios del contrato de trabajo [...] la demandante acredita la prestación personal del servicio, a través de los 43 contratos de prestación de servicios suscritos [...] se aportaron 5 actos administrativos en los que se señaló que, aunque no mediaba contrato de prestación de servicios, era necesario que las personas que venían vinculadas bajo la modalidad de contrato desempeñaran sus actividades con la finalidad de que la entidad pudiera cubrir la demanda que se presentaba con los usuarios del servicio de salud, para no afectar incluso el derecho a la vida de aquellos, y reconoció el pago de los honorarios causados [...] Si bien los objetos de cada vinculación fueron para prestar servicios en el área de la salud como auxiliar de enfermería, se puede sintetizar que la actividad desarrollada por la señora (...) se prestó en diferentes áreas del hospital a saber: i) consulta; ii) urgencias; iii) obstetricia (patologías relacionadas con el embarazo, parto, puerperio y menor de cinco años); y iv) banco de sangre. En segundo lugar, se encuentra que la señora (...) tuvo dentro de sus funciones la de prestar atención de enfermería a los pacientes según las órdenes médicas y de las jefes de enfermería, la cual revela, como expresión sustantiva y cierta de su ejercicio, que esta fue desarrollada por aquella, y no a través de otra persona. En tercer lugar, los contratos de prestación de servicios y las vinculaciones que se mencionaron revelan la vocación personalísima de las actividades que la señora (...) debía desarrollar [...] son indicios de la subordinación ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia, entre estas, las siguientes: i) El lugar de trabajo: En el presente asunto la demandante tuvo que prestar sus servicios personales al interior del Hospital San Vicente de Arauca. ii) El horario de labores: de los contratos de

prestación de servicios, las resoluciones obrantes y las planillas de turnos mensuales, se desprende que la demandante estaba supeditada al cumplimiento de horarios y/o turnos de trabajo, junto con las demás auxiliares de enfermería que prestaban servicios en la institución; y las declaraciones recaudadas coinciden en señalar el cumplimiento de los referidos turnos, testimonios que merecen credibilidad, toda vez que relatan la manera cómo la accionante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada. [...] iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar: según se desprende de la lectura de las obligaciones contractuales se observa que cada una de ellas debían ejercerse atendiendo las precisas órdenes de los médicos tratantes y de las enfermeras jefe. Así las cosas, las labores que ejercía (...) no podían desarrollarse de manera autónoma, sino que, atendiendo a la naturaleza de la actividad de la medicina y el manejo directo de pacientes que le eran encomendados, debían limitarse a las precisas instrucciones impartidas por los médicos tratantes del hospital. En suma, no tenía autonomía técnica ni administrativa en su relación contractual. [...] iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral: (...) se colige que las labores asignadas a la contratista se acompasan con aquellas que debían prestar los funcionarios de planta de la entidad, sin las cuales no puede cubrir la función misional del hospital. Dicha afirmación encuentra sustento, además, en las resoluciones por medio de las cuales el director del hospital reconoció el pago de honorarios a la demandante pese a no haberse suscrito contrato, por cuanto de ellas se desprende qué tan importante era la función de aquella desempeñaba, pues en algunos meses tuvo que continuar proporcionando sus servicios con el propósito de no afectar la prestación de la asistencia fundamental que se suministra

en dicha E.S.E. [...] En este punto es del caso precisar que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, pero en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito. Lo anterior difiere de la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, esta cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia. [...] Finalmente, el tercer elemento que se somete a comprobación es el relacionado con el pago de un salario periódico a la demandante. En el sub lite, queda acreditada la remuneración efectuada mensualmente por el referido hospital a la demandante con los contratos de prestación de servicios, las resoluciones de reconocimiento y pago y el acta de conciliación de pago de honorarios, documentos que constituyen prueba suficiente para probar la contraprestación que percibía por los servicios prestados como auxiliar de enfermería. Aunado a todo anterior, se evidencia que la relación contractual no tuvo carácter temporal, sino permanente o con ánimo de permanencia, en la medida en que se desarrolló por más de 5 años, aunque con algunas interrupciones las cuales se analizarán más adelante, período en el cual la demandante desplegó las funciones de auxiliar de enfermería de manera uniforme se-

gún los objetos contractuales concertados; por consiguiente, se suplió una función permanente o misional de la entidad. Por todo lo anterior, esta Sala encuentra plenamente acreditados los elementos esenciales de una relación laboral (encubierta) entre la parte demandante y la entidad demandada; en consecuencia, considera que la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca debe revocarse. [...] Inexistencia de una relación laboral continuada. [...] entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013, se presentó ruptura del vínculo contractual [...] El primer período contractual se puede delimitar entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de marzo de 2009 [...] El segundo período fue establecido entre el 4 de junio de 2009 y el 31 de agosto de 2010 [...] El tercer período de contratación tuvo lugar desde el 11 de noviembre de 2010 hasta el 30 de junio de 2012 [...] Así pues, al haberse presentado interrupciones considerables que suspendieron la continuidad del vínculo debían haberse reclamado en sede administrativa dentro de los tres años siguientes a la terminación del encargo; no obstante, la primera petición de reconocimiento y pago de sus acreencias laborales ante la entidad fue presentada el 12 de octubre de 2016, por lo que, en los tres casos, fue superado ampliamente el término de prescripción y, en consecuencia, se configuró dicho fenómeno. Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el Hospital deberá completarlos al respectivo fondo de pensiones en el porcentaje que le correspondía durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 30 de junio de 2012, salvo las interrupciones advertidas. El cuarto período contractual, entonces, se desarrolló entre el 1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013. Sobre dicho lapso se advierte que la demandante prestó sus servicios profesiona-

les al Hospital San Vicente de Arauca en una continuada relación laboral, por cuanto no se vio interrumpida en ningún momento, ya que los interregnos entre cada contrato no fueron superiores a los 30 días hábiles [...] Debe precisar la Sala que pese a que la mayoría de las interrupciones contractuales advertidas son, en principio, inferiores a 30 días hábiles, ello no implica el reconocimiento y pago de prestaciones sobre los lapsos en donde se presentó la interrupción, esto es, en los que no medió contrato de prestación de servicios. [...] a la actora le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un auxiliar de enfermería del Hospital demandado, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que ella carece. En ese sentido, le corresponderá a la entidad accionada al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor de la actora. [...] aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual. Así las cosas, frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución. [...] con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispondrá lo siguiente: i)

Declarar la existencia de una relación laboral entre la señora (...) y la ESE Hospital San Vicente de Arauca desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de octubre de 2013, salvo la interrupción advertida. ii) Declarar la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados con anterioridad al 1º de septiembre de 2012. iii) Ordenar al Hospital pagar a la señora (...) las prestaciones sociales correspondientes, devengadas por los servidores de planta, para cuya base de liquidación deberá tener en cuenta el valor de los honorarios pactados en cada contrato, en proporción al período trabajado entre el 1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013. iv) El hospital deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el valor de los honorarios pactados en cada contrato), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como emplea-

dor. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora. v) Declarar que el tiempo laborado desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas en el proceso, se debe computar para efectos pensionales. Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente: $R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$ Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos”.

Prescripción de las acciones que emanan de los derechos laborales de la relación laboral encubierta y cómputo de la prescripción trienal. Facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la excepción de prescripción.

RADICADO: 05001-23-33-000-2015-01983-01[4171-2017]

FECHA: 21/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Yonny Adelmo Vásquez Jiménez

DEMANDADO: E.S.E. Hospital Francisco Valderrama de Turbo (Antioquia)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿De acuerdo con los argumentos expuestos por la parte demandante, apelante único en la alzada, la excepción de prescripción podía ser declarada de oficio, como lo consideró el a quo para negar las pretensiones de la demanda, o, por el contrario, su estudio requería de su invocación por la parte demandada?

Tesis: “En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, el Decreto 3135 de 1968 – que previó la integración de la Seguridad Social entre el sector público y el privado, y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales- estableció, en su artículo 41, lo siguiente: Artículo 41.- Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Asimismo, debe señalarse que el precepto fue posteriormente reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 102 precisó y reiteró el mismo lapso: Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135

de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. [...] De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos, Tesis o posiciones en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción en el contrato realidad: i) la prescripción trienal se cuenta desde terminación de último contrato de prestación de servicios; ii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia constitutiva de la relación laboral; iii) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato; iv) la prescripción trienal se cuenta desde la sentencia declarativa, pero el contratista debe reclamar sus derechos a la Administración dentro de los 5 años siguientes a la terminación del último contrato. [...] No obstante lo anterior, esta Sección unificó su criterio y, en la actuali-

dad, “(...) cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, la cual estableció, a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios” [...] Ahora bien, es común que en algunos escenarios se confunda la prescripción con la caducidad; sin embargo, en materia contencioso administrativa existen notorias diferencias que hacen distinguir con claridad ambos conceptos. Así, respecto de la prescripción, la jurisprudencia ha dicho que “(...) es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva”. Mientras que, sobre la caducidad, la ha considerado como “(...) el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia”. [...] En definitiva, con base en análisis normativo y jurisprudencial que antecede, puede concluirse que la prescripción de un derecho sí es posible decretarla de oficio por el juez del proceso contencioso, sin que sea requisito para su estudio que haya sido propuesta por la contraparte, dado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, en la sentencia definitiva, el juez administrativo debe decidir sobre “las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”, y, por tratarse de una norma especial para esta jurisdicción, prima sobre las reglas generales de otros procedimientos, como lo sería, para este caso particular, el Código General del Proceso. [...] El presente recurso de apelación se formula contra la sentencia (...) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad, negatoria

de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada contra el oficio sin número de fecha (...) a través del cual el gerente de la E.S.E, Hospital Francisco Valderrama de Turbo negó la petición de reconocimiento de una relación laboral y del pago de las correspondientes prestaciones sociales al señor (...). [...] Al tenor de la norma trascrita, a diferencia de lo considerado por la parte recurrente, es evidente que el juez contencioso-administrativo, en este caso el Tribunal Administrativo Antioquia, contaba con la facultad de declarar de oficio la excepción de prescripción, puesto que la ley especial aplicable (Ley 1437 de 2011) así lo permite en caso de encontrarla probada, de tal manera que, aunque en el presente caso la entidad demandada no solicitó su declaración, sí procedía su análisis al momento de proferir sentencia, como en efecto ocurrió. Por su parte, el artículo 182A, adicionado por la Ley 2080 de 2021 a la Ley 1437 de 2011, en su numeral tercero, respecto de la sentencia anticipada, mantuvo la potestad oficiosa del juez para declarar probada de oficio, en cualquier estado del proceso, la excepción de prescripción. [...] En el caso bajo estudio, el a quo declaró probada en la sentencia, y de manera oficiosa, la excepción de prescripción, medio exceptivo que no reviste la naturaleza de previa, pero sí de perentoria, en tanto no pretende enderezar o subsanar irregularidades procesales, sino que extingue el derecho reclamado. De hecho, la aludida excepción no se enlista o forma parte de las excepciones previas de que trata el artículo 100 de la Ley 1564 de 2012. [...] Del análisis del contenido de los preceptos jurídicos citados, la Sala observa que el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad al juez administrativo para pronunciarse, sin límite alguno, sobre las excepciones propuestas o no dentro del proceso. En cambio, el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012 sí restringió la facultad oficiosa respecto de las excepciones de prescripción, compensación

y nulidad relativa. [...] En ese orden de ideas, el argumento de apelación presentado por la parte demandante no está llamado a prosperar y, en consecuencia, la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, de 3 de agosto de 2017, deberá ser confirmada. [...] Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos

análogos, fáctica y jurídicamente, al asunto que ahora es objeto de estudio, y en el acervo probatorio, la Sala concluye que el juez contencioso-administrativo sí está facultado para declarar de oficio la excepción de prescripción, en virtud de lo preceptuado por el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre el particular, razón por la cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia. [...]”.

Inexistencia de la relación laboral encubierta o subyacente. Contratos de prestación de servicios de apoyo gestión documental de la UGPP. No se acreditó el elemento de la subordinación de la relación laboral.

RADICADO: 25000-23-42-000-2018-03919-01(4008-2018)

FECHA: 09/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Julián Mauricio Garay Castro

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Entre el demandante y la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales se presentó una relación laboral, encubierta a través de contratos de prestación de servicios?

Tesis: “[...] el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende hacia la garantía de los derechos mínimos de las personas, preceptuados en normas respecto de la materia. De acuerdo con lo anterior, para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, especialmente que el contratista desempeñó una actividad de la entidad en condiciones de subordinación y dependencia continuada. Contrario sensu, se constituye una

relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados. [...] cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato administrativo estatal. Ello en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. De tal manera se superó esa prolongada Tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados. [...] En cuanto a los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó que no

prescriben, debido a que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que, aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años. [...] Asimismo, dicha providencia aclaró que el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible. Finalmente, es de señalar que la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021 estableció las siguientes pautas de unificación frente a varios aspectos del contrato realidad como son: i) el sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» (temporalidad) contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ii) la delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos; y, iii) improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista. [...] Contrario a lo considerado por el Tribunal, en criterio de esta Sala de subsección, una vez valoradas las declaraciones testimoniales a la luz de la sana crítica, y en conjunto con las pruebas documentales aportadas, se

concluye que no otorgan certeza sobre la existencia de subordinación o falta de autonomía del señor (...) en la ejecución de sus actividades contractuales, puntualmente en la i) imposición de un horario para la realización de las actividades contratadas, ii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, esto es, su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que este ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual, iii) la inherencia de las funciones como parte esencial para el cumplimiento misional de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en el reconocimiento pensional, ni que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, con fundamento en las siguientes razones: Los objetos de los contratos suscritos por el demandante consistían en prestar apoyo operativo a la entidad demandada para el recibo, organización, digitalización, control de calidad e indexación documental de expedientes pensionales, así como el apoyo a la Subdirección de Gestión Documental como líder de control calidad dentro del proyecto de intervención documental, las cuales son actividades de apoyo a la gestión, claramente relacionadas con funciones operativas y logísticas, que no hacen parte del giro ordinario de la actividad encomendada a la entidad demandada consistente en «el reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales [...] Estas actividades o tareas que desarrollar no eran misionales de la entidad, sino de apoyo operativo y de apoyo a la gestión en procesos de digitalización y custodia documental dentro del Plan de alistamiento de las entidades a recepcionar, como se desprende de los estudios previos allegados al proceso. Dichas actividades de apoyo a la gestión se caracterizan por la independencia o autonomía que

tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con la contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades (...) por lo tanto, en criterio de la Sala de Decisión las pruebas aportadas no resultan suficientes para demostrar que la imposición de un horario para desarrollar las actividades, y las directrices dadas por el supervisor o coordinador del contrato, constituyan subordinación laboral, pues son instrucciones que se enmarcan dentro de los parámetros básicos y generales que resultan indispensables para el buen funcionamiento de la entidad y la correcta prestación del servicio. No existe total claridad frente al cumplimiento de un horario presuntamente establecido por la entidad demandada, puesto que si bien con la demanda se aportaron los «cuadros de turnos» que constan de siete columnas en las que se incluye la siguiente información: «radicado, PDF, indexador, turno, observaciones y bandeja», lo cierto es que no existe certeza sobre la procedencia de la información ahí consignada, quién la certificó y mucho menos a qué se refiere con los radicados y turnos, esto es, si correspondían a una jornada laboral, en todo caso, estos no son indicativos de una subordinación sino de la coordinación inherente entre contratante y contratista para el cumplimiento de sus actividades. Adicionalmente, si bien los testigos manifiestan el cumplimiento de un horario, una vez analizados a la luz de la sana crítica y de cara a las pruebas documentales aportadas, se evidencia que no existe respaldo documental de tales afirmaciones, por cuanto los «cuadros de turnos» no demuestran la «imposición» de un horario por parte del jefe de la entidad, sino la mera coordinación de unos tiempos en los que se prestaría el servicio contratado. Ahora bien, en cuanto a los correos electrónicos seleccionados por el demandante, se evidencia que la mayoría de ellos no están relacionados con el elemento de subordinación que se pretende probar, sino que se

refieren a asuntos propios del desarrollo contractual, por ejemplo: el recordatorio de la supervisora del contrato de cumplir con el objeto contractual. En ese sentido, excepcionalmente se advirtieron correos electrónicos que podrían constituirse en un indicio para la configuración de la relación laboral, como una excusa del demandante en la que informó la imposibilidad de asistir a la entidad por una calamidad doméstica fechada el 1 de noviembre de 2013 y la aprobación por parte de la Dirección de Soporte y Apoyo Organizacional de la UGPP del 10 de abril de 2014 en la que indicó que se lo concederían los días 12 y 19 de abril de 2014 como «compensatorios». [...] En punto a la demostración de la subordinación debe recordarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no toda relación de servicios implica necesariamente la existencia de este elemento, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. [...] De otra parte, para la Sala, el hecho de que la entidad proveyera al demandante de equipos para el desarrollo de sus actividades y le ofreciera capacitaciones, no es suficiente para demostrar una subordinación, sino que la UGPP le facilitó los elementos materiales y académicos al contratista para el cumplimiento del objeto contractual [...] a diferencia de lo considerado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para esta Sala, el acervo probatorio obrante en la actuación no es concluyente en relación con la configuración del elemento de subordinación, toda vez que (i) los testimonios practicados no ofrecieron la credibilidad sufi-

ciente previa valoración de los hechos por ellos manifestados a la luz de las prueba documentales aportadas, (ii) de los documentos no emergen de forma clara y certera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas las actividades del demandante en cumplimiento de los contratos celebrados con la UGPP, (iii) no se demostró que al demandante se le impartieran órdenes o se le asignara un ho-

rario, siendo imposible develar que existió una posible subordinación, y (iv) las actividades o tareas a desarrollar no eran misionales de la entidad, sino de apoyo operativo y de apoyo a la gestión dentro del plan de alistamiento de las entidades a recepcionar, por consiguiente, la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se negarán las pretensiones del medio de control”.

Relación laboral encubierta en la prestación de servicios a través de cooperativa de trabajo asociado. Características del contrato de prestación de servicios, elementos de la relación laboral y prueba de los elementos de la relación laboral.

RADICADO: 23001-23-33-000-2013-00390-01(3612-2015)

FECHA: 27/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Julio César Suárez Hernández

DEMANDADO: E.S.E. CAMU de San Pelayo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si entre el demandante y la E.S.E. CAMU de San Pelayo se configuró una relación laboral encubierta surgida de la contratación de sus servicios a través de varias cooperativas de trabajo asociado?

Tesis: “[...] el artículo 122 de la Constitución, al señalar que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales. A su turno, el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribu-

ción del servicio. Así las cosas, con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado. [...] la existencia de un contrato de prestación de servicios, en favor de un tercero ajeno a ese negocio jurídico, no impide que, encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, pues dicha decisión se ampara en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores. [...] la documental aportada al expediente resulta insuficiente para determinar la prestación personal del servicio del señor (...) a la E.S.E. CAMU de San Pelayo, pues lo único que alcanza a demostrar es que el mencionado señor estuvo o participó como asociado de dos cooperativas de trabajo denominadas «Cooperaserin» e «Integra», para los meses de enero y septiembre de 2008 y, más adelante, en el mes de noviembre de 2011, respectivamente. [...] no

se aportaron los negocios jurídicos de asociación que, presuntamente, debió haber suscrito el señor (...) con las distintas cooperativas de trabajo asociado que, a su vez, celebraron con la E.S.E. CAMU de San Pelayo los contratos de prestación servicios acreditados en el hecho probado primero, y teniendo en cuenta lo manifestado por cada uno de los declarantes, la Sala no puede determinar, de forma fehaciente, que el demandante haya prestado sus servicios de facturador a la entidad demandada, para el período comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 30 de abril de 2012. [...] No existe dentro del dossier ningún elemento documental que demuestre que la E.S.E. CAMU de San Pelayo cancelaba al demandante alguna contraprestación económica por sus servicios como facturador. Solo se aprecia que, mediante la orden de prestación de servicios 001 de 21 de enero de 2008, la Cooperativa de Trabajo Asociado de Servicios Integrales «Cootraserin» le solicitó al señor (...) prestar su fuerza de trabajo en la cooperativa como auxiliar de información en salud (auxiliar de facturación), desde el 21 hasta el 31 de enero de 2008, con una compensación de \$201.663. [...] como lo ha señalado esta Subsección en asuntos de similares contornos «si bien no puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral, deben aportarse aquellas que permitan acreditar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad, para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e

instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran». Por todo ello, y como en el proceso, se itera, no obra prueba documental que demuestre que la E.S.E. ejerció sobre el demandante un poder de dirección o disciplinante (como correos electrónicos, memorandos u oficios que contuvieran llamados de atención, sanciones, advertencias o cualquier otra forma propia del correctivo laboral) la Sala encuentra la prueba testimonial insuficiente para determinar que el señor Julio César Suárez Hernández laboró al servicio de la E.S.E. CAMU de San Pelayo, entre el 21 de enero de 2008 y el 30 de abril de 2012, en condiciones de subordinación o dependencia continuada. En definitiva, en el sub lite, la parte demandante no logró demostrar i) que la prestación del servicio se hubiera realizado personalmente con la E.S.E. demandada; ii) que hubiese percibido una contraprestación económica por parte de la entidad; y, iii) que de haberse presentado la prestación del servicio, este hubiese sido con ausencia de autonomía, pues, se insiste, el cumplimiento de un horario y la obligación de llevar a cabo ciertas instrucciones son condiciones válidas para el desarrollo de las funciones asignadas. Por lo tanto, como dentro del plenario no reposan otras pruebas que evidencien la configuración de los tres elementos del contrato de trabajo, la Sala, al igual que lo encontró el a quo, no cuenta con argumentos probatorios suficientes que le permitan formarse un convencimiento sobre la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente entre las partes. [...]”.

Perspectiva de género en las sentencia judiciales, rechazo de cualquier acto discriminatorio contra las mujeres por su condición de maternidad. Reconocimiento de la licencia de maternidad a las mujeres vinculadas por contrato de prestación de servicios. Medidas de protección a la maternidad. Reconocimiento y pago de los honorarios pactados durante el periodo de lactancia como indemnización por despido discriminatorio. Discriminación laboral en razón del género. Inexistencia de la relación laboral encubierta por ausencia del elemento de la subordinación.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-01265-01(4620-2017)

FECHA: 26/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Janneth Johanna Buriticá Rodríguez

DEMANDADO: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Entre la demandante y la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se presentó una relación laboral encubierta a través de contratos de prestación de servicios?

Tesis 1: “[...] para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, especialmente que el contratista desempeñó una actividad de la entidad en condiciones de subordinación y dependencia continuada. Contrario sensu, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos es-

pecializados. [...] una vez valoradas en conjunto las pruebas documentales aportadas, se concluye que no otorgan certeza sobre la existencia de subordinación o falta de autonomía de la señora (...) en la ejecución de sus actividades contractuales, puntualmente en la i) imposición de un horario para la realización de las actividades contratadas y ii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, esto es, su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. (i) Los objetos de los contratos suscritos por la demandante consistían en prestar sus servicios profesionales para apoyar y asesorar jurídicamente a la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, así como acompañar a la

Dirección de Regulación en la elaboración de una propuesta para la implementación de una nueva metodología para el control de precios de medicamentos y la formulación de nuevos mecanismos jurídicos que permitieran la aplicación de las decisiones de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos. Dichas actividades se caracterizan por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con la entidad contratante, pues conforme con las obligaciones contraídas en los cuatro contratos que suscribió, se advierte que la demandante podía manejar su propio itinerario, claro está, en coordinación con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (ii) No existe total claridad frente al cumplimiento de un horario presuntamente establecido por la entidad demandada, puesto que solo se advierte dos correos electrónicos del 28 y 29 de agosto de 2013 suscrito por la coordinadora de recursos humanos del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el que se le informa que «teniendo en cuenta los últimos incidentes acarreados a raíz del paro, el ministro (...) autoriza la terminación de la jornada laboral, por el día de hoy, en este momento». En ese sentido, se evidencia que no existe respaldo documental que d[é] cuenta del cumplimiento de un horario laboral por parte de la demandante. (iii) De acuerdo con lo anterior, según el contenido de los correos electrónicos aportados, no hay certidumbre de la existencia de «órdenes e instrucciones» por parte de jefes inmediatos o superiores de la entidad respecto de la ejecución de las actividades contratadas (...). (iv) En punto a la demostración de la subordinación debe recordarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no toda relación de servicios implica necesariamente la existencia de este elemento, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es

libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. (v) Tales aspectos, que conciernen a la demostración del elemento subordinación, acorde con criterios que rigen la actividad probatoria, pueden ser acreditados a través de documentos, y testimonios de terceros, imparciales y directos que hubieren presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas las actividades realizadas por la demandante en cumplimiento de los contratos celebrados con la entidad demandada, pues se hace indispensable para el fallador obtener certeza de la constante sujeción a normas, reglamentos y directrices del contratante que impidan al contratista actuar con total libertad en el cumplimiento del objeto contractual, empero, en el presente caso las pruebas documentales no son diáfanas en acreditar los hechos indicadores de una subordinación, específicamente la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*. Por lo expuesto, para esta Sala el acervo probatorio obrante en la actuación no es concluyente en relación con la configuración del elemento de subordinación, toda vez que (i) los correos electrónicos allegados no dan cuenta que la demandante debía cumplir un horario laboral para el desarrollo de las actividades contratadas con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o la inserción en el círculo, organizativo y disciplinario de la entidad demandada y (ii) no se demostró que a la demandante se le impartieran órdenes, sien-

do imposible develar que existió una posible subordinación, por consiguiente, no se demostró que entre la señora (...) y la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo existió una relación laboral subyacente o encubierta, en consecuencia, no hay lugar al pago de prestaciones sociales solicitado. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le reconozca y pague la licencia de maternidad y la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T.?

Tesis: “[...] La perspectiva de género, en términos de LEGARDE, «no es una ideología más, ni un análisis endosable a las concepciones previas. Si somos personas conservadoras, pone en crisis toda nuestra concepción del mundo, nuestros valores, nuestros modos de vida, y la legitimidad del mundo patriarcal. En cambio, si somos mujeres y hombres en transición, democráticos y alternativos, encontramos en esta perspectiva los argumentos y los conocimientos para convalidar discrepancias y alternativas, y además para aprender. Las acciones y las propuestas que hoy sintetiza la perspectiva de género han hecho que biografías y etnografías no vuelvan a ser las mismas debido a su metodología deconstructiva y creativa.» Particularmente en Iberoamérica, la perspectiva de género en la administración de justicia encuentra sustento, por ejemplo, en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, aprobadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, en las que se reconoció como sujetos en condición de vulnerabilidad y beneficiarios de esas reglas «aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento

jurídico.» En esa oportunidad, se identificó a las mujeres como personas vulnerables por los obstáculos sociales para materializar el disfrute de sus derechos ante el sistema de justicia y se recomendó a los Estados «el impulso de las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.» [...] En ese sentido, es deber de todos los funcionarios judiciales aplicar la perspectiva de género en los asuntos puestos en su conocimiento a fin de llegar a una decisión justa que reconozca las desigualdades sociales a las que se han visto sometidas, en este caso, las mujeres en el ámbito laboral, sobre todo, por su condición de maternidad. [...] la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre la protección a la maternidad con el objeto de salvaguardar a las trabajadoras durante el embarazo y después del parto [...] Congruente con lo anterior, el artículo 13 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene el deber de proteger «especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta» y debe sancionar «los abusos o maltratos que contra ellos se cometan». En ese mismo sentido, el artículo 43 ibídem, dispone que la mujer embarazada y en estado de lactancia «gozará de especial asistencia y protección del Estado». [...] De acuerdo con el criterio constitucional recientemente adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T329 de 2022 y que en esta oportunidad acoge esta Sala de Decisión, según el cual para acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad y la indemnización del 239 del C.S.T. no es neces-

rio que la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios demuestre la existencia de una relación laboral subyacente, a fin de resolver el presente Problema jurídico se verificará a continuación si en el sub examine (i) el contratista conocía el estado de embarazo de la contratista, (ii) subsistía la causa del contrato y (iii) no contaba con permiso del inspector del trabajo para terminar el vínculo contractual. En ese sentido, sobre el primer elemento se encuentra acreditado en el expediente que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conocía del estado de embarazo de la demandante como se desprende del informe que esta presentó a su supervisor durante la ejecución del contrato 064 del 25 de febrero de 2013 - cuyo plazo comprendía desde el 25 de febrero de 2013 al 31 de diciembre de 2013 –en el que se advierte que le comunicó que el 15 de noviembre de 2013 iniciaría su licencia de maternidad. Por otra parte, en relación con la subsistencia de la causa del contrato se tiene que, antes del embarazo y el parto, la demandante había suscrito tres contratos de prestación de servicio con la entidad demandada en el periodo comprendido entre 31 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y se encontraba ejecutando el cuarto contrato cuyo objeto era «acompañar a la Dirección de Regulación en la elaboración de una propuesta para la implementación de una nueva metodología para el control de precios de medicamentos y la formulación de nuevos mecanismos jurídicos que peritan la aplicación de las decisiones de la comisión nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos», sin embargo, terminado este contrato, durante el cual quedó en estado de embarazo, la entidad no volvió a contratarla nuevamente sin siquiera demostrar que dicho objeto desapareció y sin contar con la autorización del inspector del trabajo. Nótese que para el 31 de diciembre de 2013, fecha de finalización del contrato 064 del 25 de febrero de 2013, la demandante solo tenía un

mes desde el nacimiento de su hijo, el 25 de noviembre de 2013 [...] En ese orden de ideas, la no contratación de la demandante se constituye en un hecho discriminatorio, en razón del género, teniendo en cuenta que antes de su embarazo había sido contratada sucesivamente por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y pese a conocer de su situación, la entidad, al cumplir el plazo del contrato, no probó la terminación del vínculo por la desaparición del objeto contractual, ni buscó y mucho menos contó con la autorización del inspector del trabajo. [...] toda vez que en el sub examine el periodo de lactancia terminó, pues el día del parto fue el 25 de noviembre de 2013, como medida de protección se ordenará en favor de la señora (...) el pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato, el 1 de enero de 2014, hasta por el término del periodo de lactancia [...] teniendo en cuenta que de las pruebas aportadas al expediente se observa que la señora (...) no disfrutó de su licencia de maternidad (...) la Sala de Decisión ordenará su reconocimiento y pago a la demandante hasta el periodo de lactancia, es decir, seis meses después del parto conforme el artículo 238 del C.S.T., la cual se liquidará con sustento en los honorarios pactados. [...] en lo relacionado con la indemnización por despido discriminatorio prevista en el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T., la Sala de Subsección considera en que hay lugar a esta [...] Por consiguiente, se condenará a la entidad demandada (...) al pago de 60 días de trabajo para lo cual se deberán tener en cuenta los honorarios pactados. Finalmente, no se ordenará el reconocimiento de las prestaciones sociales en salud, por cuanto a la contratista le correspondía asumir esta obligación según lo previsto en el Decreto 780 de 2016, además, porque se ordenará el pago de los honorarios dejados de devengar por la demandante, de tal manera que hacerlo constituiría un doble pago a su favor. Estas medidas de pro-

tección adoptadas por esta Sala de Subsección del Consejo de Estado, derivadas de la posición de la Corte Constitucional, materializan la perspectiva de género en las decisiones judiciales, pues se consideran aspectos como la desigualdad - que ha sido constante en el tiempo - de las mujeres que se encuentran vinculadas al Estado por contrato de prestación de servicios y que durante la maternidad se les ha desconocido el derecho fundamental que les asiste a una licencia por ese hecho, pues su disfrute ha quedado sometido a la voluntad del contratante, quien decide si suspende el contrato o debe continuar con su ejecución. De acuerdo con lo anterior, en ese sentido, las órdenes de esta sentencia constituyen una reivindicación de esas garantías que siempre les debieron ser reconocidas. [...] Por último, con fundamento en la obligación que le asiste a esta institución judicial de proteger y garantizar los derechos dispuestos en la constitución y la ley y en razón a los criterios expuestos en esta providencia relacionados con la perspectiva de género, a título de garantía de no repetición, la Sala de Decisión rechaza cual-

quier acto discriminatorio contra las mujeres por su condición de maternidad de tal manera que se conminará a la entidad demandada para que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asisten a las mujeres embarazadas y en condición de maternidad, especialmente a quienes están vinculadas por contrato de prestación de servicios, a fin que la conducta objeto de reproche en el asunto de la referencia, no vuelva a ocurrir”.

A título de garantía de no repetición:

“[...] ORDENAR a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asisten a las mujeres embarazadas y en condición de maternidad, especialmente a quienes están vinculadas por contrato de prestación de servicios, a fin que la conducta objeto de reproche en el asunto de la referencia, no vuelva a ocurrir”.

REINTEGRO

No procede el reintegro a un cargo de libre nombramiento y remoción que se desempeñe en comisión, como consecuencia del levantamiento de la medida suspensión en el ejercicio del cargo por orden judicial.

RADICADO: 44001-23-31-000-2012-00016-01(2035-2018)

FECHA: 18/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Yohn Carlos Cuéllar Gómez

DEMANDADO: Unidad Nacional de Protección [UNP], como sucesora procesal del extinguido Departamento Administrativo de Seguridad [DAS]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Procede el reintegro al cargo de director seccional del DAS, de libre nombramiento, que desempeñaba el servidor en comisión al momento de hacer efectiva la medida de suspensión provisional por orden judicial, o por el contrario, su regreso a la entidad debía efectuarse al empleo de carrera del que era titular y, en consecuencia, el reconocimiento salarial y prestacional?

Tesis: “Procede el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante el lapso de suspensión, una vez dispuesto el reintegro del empleado público afectado con la medida, puesto que la orden de suspenderlo no implica el rompimiento de la relación laboral, sino una condición resolutoria y temporal. Sin perjuicio de lo expuesto en precedencia, resulta necesario anotar que, si de lo que se trata es de retrotraer la situación laboral del afectado al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, no cabe duda que, por regla general, el reintegro debe realizarse al mismo empleo que el interesado desempeñaba cuando ello ocurrió, sin que sea dable, entonces, pregonar que los reco-

nocimientos económicos derivados de la vinculación legal y reglamentaria sean susceptibles de ser liquidados con base en asignaciones diferentes a la que correspondía.(...) En el caso sub examine, debe recordarse que el actor es titular de un cargo de carrera, pero cuando fue suspendido desempeñaba, en comisión de servicio, uno de libre nombramiento y remoción, situación que impide aplicar la jurisprudencia invocada por aquel, por cuanto su base fáctica difiere respecto de la aquí expuesta, pues en aquellos eventos, si bien los afectados por la orden de suspensión provisional eran incorporados a sus anteriores empleos, lo cierto es que en ninguno de ellos se presentaba la situación administrativa de la comisión.(...) En tal sentido, para esta subsección la decisión de la Administración, consistente en reintegrar al accionante a su otrora cargo de carrera de detective profesional 207-10, se encuentra ajustada a derecho, por cuanto con ella se garantizaron todas las prerrogativas laborales, en especial la permanencia en la carrera especial y la estabilidad laboral, que pudieron verse afectadas con la orden de suspensión provisional ordenada por la jurisdicción ordinaria penal. [...]”.

Reincorporación de servidora pública a la Agencia Nacional de Tierras por liquidación de Incoder. Cargo no equivalente. Infracción directa de la ley. Falsa motivación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00153-00 [0504-2018]

FECHA: 24/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Agencia Nacional de Tierras (ANT)

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos administrativos que ordenaron la reincorporación de una funcionaria de carrera adolecen de las casuales de nulidad de infracción directa de las normas en que debían fundarse y falsa motivación, al considerar equivalentes o iguales el empleo Gestor código T1 grado 10 de la planta de personal de la Agencia Nacional de Tierras Unidad de Gestión Territorial con el empleo denominado Profesional Especializado código 2028 grado 14 de la planta de personal del extinto Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder)?

Tesis: “[...]. el empleo Profesional Especializado 2028 grado 16 del liquidado INCODER, vendría a corresponder al empleo Gestor código T1 grado 10 en la ANT mientras que, según la prueba documental arrimada al expediente, la señora (...) ostentaba derechos de carrera administrativa del empleo Profesional Especializado grado 2028 grado 14 en el extinto INCODER. Por otra parte, a juicio de la Sala, si bien es cierto los actos acusados se apoyaron en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, hecho que per se no configura nulidad por cuanto esta disposición legal en estricto sentido es la que señala los criterios o supuestos para determinar las equivalencias

de empleos, lo cierto es que para el caso sub judice, dicha circunstancia estaba supeditada en todo caso a la aplicación preferente de las equivalencias previstas en el Decreto 420 de 2016 que como su nombre lo indica, reguló las equivalencias en los empleos para esta Agencia y la ADR. Aunado a lo anterior, resulta necesario tener presente también que en la parte considerativa del Decreto 420 de 2016 dispuso la remisión expresa al Decreto 508 de 2012 que como ya se analizó en precedente, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos para las agencias estatales de naturaleza especial, legislación que no le es ajena a la ANT, mientras que la CNSC aplicó exclusivamente el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”. Por lo anterior, estima la Sala que le asiste la razón a la parte demandante, al esgrimir que en el presente caso la CNSC debió haber adelantado un proceso de incorporación directa –que como ya se analizó era obligatorio por mandato legal según los decretos 419 y 420 ambos de 2016-, afirmación que es corroborada por esta instancia judicial. En lo que no se está de acuerdo totalmente con la ANT, es

en el reproche según el cual la CNSC debió aplicar de manera preferente o especial -casi que restrictiva- el Decreto 420 de 2016 y no la disposición de carácter general como lo es el Decreto 1083 de 2015, por cuanto en estricto sentido dichas legislaciones son complementarias entre sí, como quiera que los supuestos fácticos y criterios que definen la equivalencia de empleos, se encuentran consignados en el Decreto 1083 mientras que el Decreto 420 se limitó a establecer como tal las equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos del INCODER y la nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a la ANT y a la ADR. Incluso el Decreto 508 de 2012 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos de las Agencias Estatales de Naturaleza Especial, de las Agencias Nacionales de Defensa Jurídica del Estado y de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, organismos del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”, no previó como tal una norma que regulara el tema de las equivalencias, razón de más para sostener que en el sub judice se debían tener presente también las previsiones del artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015. Por tanto, para efectuar el análisis de equivalencia de los empleos a comparar, necesariamente se debía recurrir al Decreto 1083 de 2015, cosa distinta es que para el caso de la ex funcionaria del INCODER, debía también la CNSC haber aplicado el Decreto 420 de 2016 de manera preferente y complementaria, partiendo de las pautas generales del Decreto 1083 de 2015. De acuerdo con las anteriores consideraciones, resulta evi-

dente la aplicación indebida de las normas en que debían fundarse los actos administrativos acusados. (...) El Gobierno fijó para la vigencia 2016 la suma de \$3.205.872 como asignación básica mensual para el cargo Profesional Especializado código 2028 grado 14, mientras que para el empleo Gestor código T1 grado 10, la misma legislación fijó una asignación de \$4.019.424, por tanto, resulta evidente la diferencia salarial de \$813.552 que excedió en más del 25% de la asignación básica que tenía el empleo suprimido, cuando el tope máximo era del 10% que correspondería a \$320.587. Reafirma la asignación básica salarial que percibió la señora (...) en el liquidado INCODER hasta el mes de julio de 2016, el comprobante de pagos obrante en el CD pág. 38. Sin duda alguna, le asiste la razón a la demandante al cuestionar que la anterior situación configuró una vulneración al artículo 125 de la Carta Política, por cuanto la orden impartida en los actos acusados, lo que previó fue un ascenso automático de la funcionaria (...) en los términos en que fue reincorporada a la ANT, ascenso que se encuentra proscrito en el ordenamiento legal por cuanto bien es sabido que la carrera administrativa está fundada en el reconocimiento del principio del mérito, como fundamento principal para el ingreso y el ascenso laboral en las entidades del sector público. De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala encuentra probada la causal de nulidad de falsa motivación en los actos administrativos acusados, al ordenar la reincorporación laboral de la señora (...), para un cargo que no era equivalente al que desempeñaba en el liquidado INCODER”.

Le asiste un mejor derecho al reintegro al servicio por orden judicial cuando se confronta con el derecho de nombramiento en propiedad del primero en la lista de elegibles en concurso de méritos de la rama judicial.

RADICADO: 05001-23-31-000-2013-00040-02 [0870-2021]

FECHA: 07/12/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Ricardo Acosta Buitrago

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial [DEAJ]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Le asiste al demandante razón jurídica para reclamar de la accionada el pago retroactivo de salarios y prestaciones dejados de devengar entre la fecha en que considera debió ser nombrado en carrera judicial en el empleo de magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (sala civil) [29 de agosto de 2011] y cuando fue efectivamente designado (4 de agosto de 2015), pues en dicha oportunidad no se tuvo en cuenta que al estar incluido en el registro de elegibles se debió proceder a su nombramiento, pues en su lugar se nombró otra persona para dar cumplimiento a una orden judicial de reintegro?

Tesis: “[...] Si bien los integrantes de los registros de elegibles conformados por la Administración con ocasión de convocatorias laborales para proveer cargos en propiedad tienen una expectativa de ingresar al servicio oficial, lo cierto es que previo a que ello ocurra, el nominador se encuentra obligado a verificar la concurrencia de otras personas con mejor derecho, valga decir, (i) que cuenten con orden judicial de reintegro, (ii) cuando medie solicitud de traslado, (iii) quien, al ocupar un cargo suprimido, opte

por el derecho preferencial a ser reincorporado en empleos iguales o equivalentes, y (iv) los concursantes que figuren en los aludidos registros de elegibles. En suma, sin perjuicio de la ubicación del demandante en el registro de elegibles y en la «Lista de Aspirantes por Sede», la Corte Suprema de Justicia estaba obligada a designar en los puestos vacantes a quienes colmaran los anteriores requisitos, en ese orden, lo que evidentemente realizó al nombrar al señor (...), a quien la Corte Constitucional dispuso reintegrar «[...] a la Rama Judicial, sin necesidad de concurso público o elección, [...] en un cargo de iguales condiciones que aquel que ocupaba al momento en que fue obligado a retirarse de la carrera judicial» (sentencia SU-938 de 2010). Agregase a lo anotado que para el 23 de junio de 2011, cuando el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia puso en conocimiento de la Sala plena la orden de la Corte Constitucional, el actor no había escogido la sede de su preferencia (8 de julio siguiente) y, por ende, la unidad de administración de la carrera judicial no tenía la «Lista de Aspirantes por Sede» (publicada el 3 de agosto posterior), es decir, no existía certeza de quién ocuparía la plaza

disponible desde el 1º de noviembre de 2010 en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (sala civil), motivo por el cual, luego de varias discusiones orientadas a determinar la solución jurídicamente correcta, la Corte Suprema de Justicia decidió acatar aquella decisión de manera pronta, como le correspondía, y nombró al señor (...) en ese cargo. (...) no es dable pregonar la vulneración de derechos constitucionales fundamentales ni de otros inherentes a la carrera judicial, máxime cuando el nombramiento del litisconsorte cuasi necesario

ocurrió en virtud de una orden judicial de reintegro, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de quienes hacen parte de las listas finales elaboradas con ocasión de los resultados de los concursos de méritos; amén de que, en todo caso, esa situación no implicó la exclusión del actor del registro de elegibles o la imposibilidad de ser nombrado, pues, en el peor de los casos, conservaba su garantía de ser designado hasta el 1º de julio de 2015, esto es, al expirar la vigencia de dicho registro, una vez se verificara la existencia de una plaza disponible. [...]”.

RETIRO DEL SERVICIO

El acto administrativo de insubsistencia de empleado de libre nombramiento y remoción no debe ser motivado y no cambia su naturaleza la designación mediante un proceso de selección abierto y público.

681

RADICADO: 73001-23-33-000-2013-00447-01(4519-2014)

FECHA: 09/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Julio César Olivero Gutiérrez

DEMANDADO: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Social – Instituto Colombiano Agropecuario

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: Conforme lo estatuido en la Ley 909 de 2004, ¿es deber de la administración motivar las declaratorias de insubsistencia en cargo de libre nombramiento y remoción y cambia su naturaleza el hecho de adelantar la entidad un concurso público y abierto para la designación del servidor público?

Tesis: “No se observa en el proceso controversia alguna acerca de la naturaleza del cargo que ostentaba el señor (...), es decir, que dicho empleo se enmarca dentro de los clasificados como de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, en la cual se encuentra el empleo referido, por lo que, en principio el acto de insubsistencia goza de presunción de legalidad. No obstante lo anterior, por tratarse de una presunción legal, la misma es pasible de ser desvirtuada con el fin de demostrar que fueron razones diferentes al buen

servicio las que motivaron el retiro del actor. En ese orden, la gerencia general del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, contaba con plenas facultades para retirar del servicio al actor sin la obligatoriedad de tener que motivar el acto administrativo que retiraba del servicio al accionante. Ahora, si bien la entidad accionada decidió implementar el concurso de méritos para la designación del cargo de gerente seccional Tolima, a fin de escoger con mayor transparencia la persona que ocuparía el mismo, no por ello, cambia la naturaleza del cargo, de tal suerte que, no podría la parte actora pretender arrogarse derechos de carrera administrativa y en tal sentido, pretender que el acto declarativo de la insubsistencia tenga que ser motivado, puesto que, tal prerrogativa no está consagrada por la ley para los cargos de libre nombramiento y remoción como el ocupado por el demandante sino para los de carrera administrativa, conforme lo preceptúa el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004”.

No se afecta la legalidad del acto de insubsistencia del servidor público por la posterior declaración de nulidad del acto de designación de la autoridad nominadora.

RADICADO: 76001-23-31-000-2011-00399-01[2545-2014]

FECHA: 21/09/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Jairo Eduardo Miranda Murillo

DEMANDADO: Departamento del Valle del Cauca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La declaratoria de nulidad del artículo segundo del Decreto 2925 del 5 de agosto de 2010, que designó al gobernador del Valle del Cauca, mediante sentencia de 23 de febrero de 2012 proferida por la Sección Quinta de la Corporación, conlleva la nulidad del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del cargo del demandante, proferido por el gobernador designado?

Tesis: “En el presente caso los efectos de la sentencia de nulidad del 23 de febrero de 2012 que declaró la nulidad del artículo segundo del Decreto 2925 del 5 de agosto de 2010, frente al acto de insubsistencia contenido en el Decreto 0958 del 13 de agosto de 2010, son ex nunc porque: Al declararse la nulidad de la designación no significa que los actos expedidos por quien ejerció el cargo desaparezcan de la vida jurídica porque la actuación administrativa del servidor público cuya designación se declara nula, se presume que se desarrolló con observancia del

principio de legalidad, marco dentro del cual se ejercen las atribuciones que la Constitución y la Ley le confieren para proferir actos administrativos con efectos jurídicos. La actuación consolidada antes de la declaratoria de nulidad del acto de designación, por razones de estabilidad y seguridad jurídica queda incólume y se mantiene intangible. En el caso bajo estudio se tiene que, para la fecha en que fue expedido el acto administrativo de insubsistencia, el Gobernador designado, en su condición de servidor público, estaba investido de plenas facultades para el ejercicio del cargo dentro del marco de competencias que la Constitución y la Ley le atribuían. Fue en ejercicio de esas competencias y bajo el ropaje de la legalidad del acto de designación contenido en el Decreto 2925 del 5 de agosto de 2010, que dispuso mediante acto de insubsistencia proferido el 13 de agosto de 2010, el retiro del servicio del demandante en su condición de empleado de libre nombramiento y remoción”.

La prohibición de vinculación en la nómina estatal en época preelectoral, consagrada en la Ley 996 de 2005, no es aplicable a la Procuraduría General de la Nación, ya que dicha restricción solo se contempla para la Rama Ejecutiva.

RADICADO: 76001-23-33-000-2014-01351-01[0606-2017]

FECHA: 22/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Mauricio Giovanni Rojas Gil

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Desconoció la Procuraduría General de la Nación, al expedir el acto de insubsistencia del Procurador Provincial de Buga, las reglas relativas a la estabilidad laboral que otorga la Ley 996 de 2005 - Ley de garantías electorales?

Tesis: “El contenido prohibitivo señalado en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende la vinculación a la nómina estatal, no resulta aplicable a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder. En efecto, los destinatarios de la restricción contenida en el citado artículo, solo es aplicable a los servidores de la rama ejecutiva del

poder público, por lo que, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano autónomo y diferente de la rama ejecutiva, no estaba cobijado por su contenido limitante o restrictivo. Por lo anterior, la prohibición de no vinculación a la nómina estatal contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no deviene aplicable a la Viceprocuradora General de la Nación, por lo que entonces, al expedirse el Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014, el cual declaró insubsistente al demandante, no indica un actuar que desconozca una norma superior, todo lo contrario, como quiera que ésta se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la constitución y el Decreto 262 de 2000 le confería”.

Facultad discrecional del nominador respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción. Las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le dan al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno.

RADICADO: 05001-23-33-000-2013-01754-01[4450-16]

FECHA: 15/11/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ángela María Patiño García

DEMANDADO: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada - Metro de Medellín Ltda.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La declaratoria de insubsistencia de la señora (...), quien se desempeñaba en el cargo de jefe de comercialización del transporte, adscrito a la Gerencia Comercial y Social, en la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, Metro de Medellín, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración?

Tesis: “[...] La demandante en calidad de jefe de comercialización del transporte, adscrito a la gerencia comercial y social de la entidad demandada, no demostró que su desvinculación ocurrió por fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar desviación de poder. Con todo, debe señalarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que la hoy demandante hubiese realizado una buena gestión como jefe de comercialización del transporte, lo que afirmaron va-

rios declarantes, no desdice de las aptitudes de quienes fueron encargados en reemplazo suyo para ejercer el cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública. [...] con el retiro de la señora (...) no se probó que se desmejoró el servicio, aunado al hecho de que respecto a las personas que asumieron las funciones durante el tiempo que el cargo continuó dentro de la planta de personal, no se argumentó que no cumplieran los requisitos mínimos (...) la misma demandante lo señaló en su declaración, los señores (...) mientras trabajaron con ella, fueron excelentes profesionales y cumplieron con todas las responsabilidades a ellos encomendadas, desempeño laboral que les sirvió para que les fueran otorgadas las funciones en calidad de encargo, durante el tiempo en que la

demandante fue desvinculada y hasta que fue suprimido el empleo público. [...] De otra parte, no es de recibo (...) la desviación de poder en el acto administrativo enjuiciado, la señora (...) fue desvinculada porque se iba a suprimir el cargo, pues recuérdese que contrario al empleo de carrera, el de libre nombramiento y remoción no tiene fuero de estabilidad y, en todo caso, si aquél se hubiese eliminado de la planta de personal de la entidad, no tendría derecho a una reincorporación o una indemnización, pues como se ha sostenido la categoría del empleo de libre nombramiento y remoción, no posee los mismos derechos que aquél que ha superado un concurso y méritos y por tanto, tiene derechos de carrera. [...] Para la provisión de su empleo, catalogado como de libre nombramiento y remoción, según la normativa estudiada, se le ha otorgado al nominador la discrecionalidad para nombrar a la persona de su confianza. Entre otras cosas, porque el buen desempeño de la demandante en el empleo no enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia y porque posterior a su retiro no se probó ninguna circunstancia negativa que hubiese afectado el servicio público a cargo de la dependencia que ella

dirigía. [...] se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar que la medida adoptada no tuvo dichas finalidades, lo que en el sub lite no ocurrió. [...] la Subsección encuentra que si bien es cierto, se acreditó que la demandante se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, ello como se dijo, no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio. Con la declaratoria de insubsistencia de la señora (...) en el cargo de jefe de comercialización del transporte, adscrito a la gerencia comercial y social de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, METRO DE MEDELLÍN LTDA, mediante Resolución 6757 del 2 de abril de 2013, no se demostró fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar desviación de poder”.

Nulidad por falsa motivación de acto administrativo de insubsistencia de fiscal delegada ante Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al acreditarse que el reemplazo fue nombrado en periodo de prueba en un cargo distinto.

RADICADO: 25000-23-25-000-2010-00317-01(2769-2013)

FECHA: 07/03/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: María Rocío Cortés Vargas

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La decisión del Fiscal General de la Nación de declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la fiscal 29 delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, se encuentra debidamente motivada, teniendo en cuenta que el reemplazo fue nombrado en un cargo diferente al desempeñado por el servidor público retirado del servicio?

Tesis: “La razón de la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora fue la designación en período de pruebas del señor (...), es decir, que este nombramiento es la causa por lo que se produce el efecto: la insubsistencia. Por ello, si el motivo tiene por objeto demostrar el ejercicio correcto del poder discrecional, debe existir la conexión necesaria de él con la conclusión del acto; por lo que la falsa motivación, como lo ha predicado la doctrina, concierne a la realidad fáctica y jurídica del acto

administrativo. Al respecto, en el oficio 152 de 23 de mayo de 2011, del secretario administrativo (e.), de la Fiscalía General de la Nación, (...), se demuestra que el señor (...) no ocupó en período de prueba la fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá de la que era titular la demandante (en provisionalidad), o sea, la distinguida con el número 29, sino la 46, (...) De tal suerte que la Resolución 0-4762 de 24 de septiembre de 2009, del fiscal general de la nación (e.), cumple, desde el punto de vista formal, la condición de señalar los motivos; pero estos no corresponden a la realidad, tanto fáctica como jurídica, puesto que el señor (...) no se posesionó en el despacho que desempeñaba la accionante, esto es, la Fiscalía 29 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, sino la 46, lo que hace que el acto no se produjera en aras del buen servicio y, por ende, se configure la falsa motivación, que, con arreglo al artículo 84 del CCA, es causal de invalidez de este”.

Desviación de poder en el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción. Motivación del acto administrativo de remoción. Anotación en la hoja de vida.

687

RADICADO: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-2017)

FECHA: 02/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Luz Marina Rodríguez Díaz

DEMANDADO: Contraloría General de la República

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción han de ser motivados?

Tesis 1: “[...] la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello. [...] el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional. [...] la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse den-

tro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. [...] lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción. [...] En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. En este orden de ideas (...) es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva presta-

ción del servicio público. [...] En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos”.

Problema jurídico 2: ¿A quién corresponde la carga de la prueba sobre la desviación de poder en el ejercicio de la facultad discrecional en los casos de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción?

Tesis 2: “[...] la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en la de-

mandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación. [...] un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral. [...]”.

Las sentencias judiciales disciplinarias no son susceptibles de control por la jurisdicción contenciosa administrativa. Insubsistencia de magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura. Inhabilidad sobreviniente por sanción disciplinaria.

RADICADO: 73001-23-31-000-2011-00610-01[0988-2014]

FECHA: 13/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Carlos Gonzalo Alvarado Gaitán

DEMANDADO: Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Son susceptibles de control por la jurisdicción de lo contencioso administrativo las sentencias judiciales disciplinarias, y como consecuencia de la sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por dos años, se configura una inhabilidad sobreviniente que ocasiona la declaración de insubsistencia del cargo de carrera desempeñado por el demandante como magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima?

Tesis: “[...] Según el artículo 111 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y el pronunciamiento previo de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional [Sentencia C-037 de 1996], las decisiones proferidas en materia disciplinaria por el Consejo Superior en segunda instancia y por los Consejos Seccionales de la Judicatura a través de sus salas disciplinarias, tienen la naturaleza jurídica de sentencias judiciales y no de actos administrativos. (...) en el caso bajo examen, teniendo de presente que la sanción de suspensión proferida por el Consejo Superior de la Judicatura en contra del abogado (...) fue producto de un proceso disciplinario adelantado en su contra por haber in-

currido en infracción al Estatuto del Abogado en ese momento consignado en el Decreto 196 de 1971, dicha actuación fue decidida mediante sentencias judiciales y no actos administrativos, las cuales escapan al presente examen de legalidad. En virtud de esta circunstancia, la Sala no puede resolver el planteamiento de inconformidad relativo a la supuesta omisión del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, al no haber efectuado una valoración total y en conjunto de la prueba documental allegada al proceso disciplinario que según el censor hubiera cambiado el sentido del fallo sancionatorio, por cuanto en primer lugar, este análisis le correspondió efectuarlo en su momento a la jurisdicción disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y, en segundo lugar, porque como ya se advirtió, no es procedente vía contencioso administrativo efectuar el enjuiciamiento de sentencias judiciales disciplinarias.(...) Al margen del anterior planteamiento, lo cierto es que bien es sabido que la persona que ha sido sujeto de sanción mediante un fallo disciplinario, quedará reseñada con un certificado de antecedentes disciplinarios, que como en el caso en estudio al tratarse de la sanción de suspensión

en el ejercicio de la profesión por dos años, tal y como lo consignó el acto administrativo acusado, dicha sanción configuró una inhabilidad sobreviniente, por cuanto el profesional del derecho ya se encontraba fungiendo en la Rama Judicial como Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura. De tal suerte, que en virtud de que la sanción impuesta al demandante fue consecuencia de un proceso disciplinario adelantado por la jurisdicción disciplinaria del Consejo Seccional y del Superior de la Judicatura a través de sus salas jurisdiccional disciplinarias, mediante las sentencias del 19 de febrero y del 30 de junio ambas de 2010 respectivamente, la decisión que procedía como consecuencia de la evidente inhabilidad que sobrevino, no podía ser otra que la declaratoria de insubsistencia al cargo que desempeñaba el actor como Magistrado Seccional, en virtud del numeral 9° del artículo 149 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que contempla la declaración de insubsistencia, como una de las causales de retiro del servicio que da lugar a la cesación definitiva de las funciones, tal y como así lo consignó el Acuerdo N°093 de 2010. (...) Desde ningún punto de vista erró el Tribunal de primera instancia, al omitir pronunciarse

sobre los anteriores asuntos puestos de presente por la parte actora, por cuanto como ya se indicó en precedencia, esta jurisdicción carece de competencia para efectuar pronunciamiento alguno respecto de las sanciones proferidas en ejercicio del poder disciplinario por las salas disciplinarias del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, por tratarse de sentencias judiciales frente a las cuales no procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Contrario al presente caso en el que se enjuició el acto de declaración de insubsistencia como consecuencia de la inhabilidad sobreviniente. (...) Es pues con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, que a juicio de esta Sala, al expedir el Acuerdo N°093 de 15 de octubre de 2010, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, no incurrió en las causales de falsa motivación ni desviación de poder, al declarar la insubsistencia del cargo de Magistrado Seccional del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima que ostentaba el actor, pues estaba dando cumplimiento a la inhabilidad sobreviniente al haber sido retirado del servicio, dada la violación al régimen disciplinario en que estaba in curso de acuerdo con la sentencia disciplinaria que pesaba en su contra”.

La junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión es competente para ejercer la facultad de remoción del cargo Jefe de la Oficina de Control Interno de la entidad. Empleado de libre nombramiento y remoción no goza de la estabilidad laboral reforzada de prepensionado. Procedencia de modificación de planta de personal en época preelectoral.

RADICADO: 25000-23-25-000-2012-00232-01(2280-2018)

FECHA: 27/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jaime Hernán Díaz Díaz

DEMANDADO: Comisión Nacional de Televisión (CNTV)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es competente la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para declarar la insubsistencia del jefe de la oficina del control interno de la entidad o la competencia para ello se encuentra radicada en el presidente de la República?

Tesis 1: “La naturaleza del cargo jefe de Control Interno es de libre nombramiento y remoción, tiene un periodo fijo de 4 años y, en el caso además de las entidades estatales de la rama ejecutiva, el Presidente de la República es el encargado de designarlo. Ahora bien, al estudiar las Resolución 185 de agosto 13 de 1996 se puede concluir, que la función nominadora en la Comisión Nacional de Televisión le corresponde a la Junta Directiva y, ocasionalmente por disposición de ella, podrá ser delegada en el director. Bajo ese contexto, si bien es cierto el Presidente de la República es el encargado de designar al responsable de la Oficina de Control Interno en las entidades estatales de la rama ejecutiva, también lo es que la Comisión Nacional de Televisión, por disposición del entonces artículo 77 de la Constitución Política «artículo dero-

gado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2011», contaba con un carácter especial que la excluía de los poderes del Estado, en aras a garantizar el pluralismo informativo y la democratización en el acceso a los medios de comunicación, por lo mismo, no le resultaba aplicable la Ley 1474 de 2011. Así pues, la atribución material de nombrar y remover a los empleados de la entonces Comisión Nacional de Televisión -CNTV- le correspondía a la Junta Directiva y, por su parte, el director se limitaba a ejecutar las decisiones del órgano colegiado”.

Problema jurídico 2: ¿La protección laboral reforzada por derecho a pensión opera respecto de los servidores que desempeñan un cargo de libre nombramiento y, en consecuencia, limita la facultad discrecional del nominador?

Tesis 2: “[...] Los funcionarios que se encuentran ocupando cargos denominados de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada y, además, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, no hay lugar a considerar que

la persona es beneficiaria de la protección especial dada la condición de prepensionado. En el presente caso para el 1º de septiembre de 2011, fecha en que fue expedido el acto acusado, el demandante acreditaba 58 años y 1825 semanas cotizadas, para un total aproximado de 35 años de tiempo de servicios; quiere decir que, al ser beneficiario del régimen de transición, adquirió su estatus pensional una vez que cumplió los 55 años de edad, exactamente, el 16 de agosto de 2007; en tal sentido, es evidente que ya había cumplido los requisitos para adquirir la pensión. Es decir, al dar alcance a la sentencia de unificación de la Corte Constitucional anteriormente citada, es evidente que el [demandante] no es beneficiario de la protección especial de prepensionado, pues, además de que se encuentra probado que el cargo que ostentaba era aquellos de los denominados de libre nombramiento y remoción; como acreditó el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización no pierde el acceso a la pensión de vejez, de allí que no hay lugar a considerar que sea beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada. (...) Se insiste, además de que el demandante contaba con el tiempo de servicios necesarios y la edad para obtener su pensión, resulta que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, situación que no enerva la facultad discrecional de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- para retirarlo mediante la declaratoria de insubsistencia. (...) Si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 determinó que se debe dejar constancia en la hoja de vida del motivo que dio lugar a un retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. En efecto, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida que realiza normalmente el jefe de personal o su equivalente se efectúa con poste-

rioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el nominador. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (CNT) podía declarar insubsistente al director de la Oficina del Control Interno de la entidad en época preelectoral?

Tesis 3: “Esta ley [Ley 996 de 2005] en el último inciso del párrafo de su artículo 38 impuso como restricción tanto para los entes territoriales como para las entidades, la consistente en que, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, la nómina respectiva no se puede modificar, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada y en los casos de aplicación de la normativa de carrera administrativa. Esta prohibición ha de entenderse que se extiende a todas las elecciones a cargos de elección popular, inclusive a las presidenciales. (...) Se tiene entonces que, por virtud de esta norma, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, de parlamento, asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y demás comicios electorales, los gerentes o directores de las entidades descentralizadas deben respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad que regentan (...) la restricción o limitación establecida en el citado artículo debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del Estado, porque de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal -extender la prohibición a los demás entes estatales-, el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equivoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del

Estado. (...) Bajo ese contexto, en el caso en concreto encuentra la Sala que el cargo alegado por el recurrente no tiene vocación de prosperidad pues, se reitera, el contenido prohibitivo

señalado en la Ley 996 de 2005, no resultaba aplicable a la Comisión Nacional de Televisión -CNTV- como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder. [...]”.

Discrecionalidad del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios. Retiro del servicio activo de las Fuerzas Armadas.

RADICADO: 25000-23-25-000-2010-01134-01[0866-2014]

FECHA: 12/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Luis Alberto Ortiz Quintero

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El acto demandado mediante el cual se resolvió y fundamentó el retiro por llamamiento a calificar servicios del señor (...) fue realizado conforme a la normatividad vigente y por tanto goza de la presunción de legalidad que lo ampara?

Tesis: “[...] el llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal

retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales. [...] se pudo comprobar que el acto demandado se realizó conforme a las leyes preexistentes, que se efectuó de acuerdo con el debido proceso, que fue proferido por la presunción del buen servicio, en donde el Decreto 2219 de 21 de junio de 2010, expedido por el Ministro de Defensa Nacional mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo de la Policía Nacional del demandante, se efectuó como producto de la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional mediante Acta 009 de 14 de mayo de 2004. Además el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales. Para finalizar la Sala reitera que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio. [...]”.

Revocatoria directa del acto de nombramiento en el empleo público. Revocatoria directa del acto administrativo de contenido particular y concreto. Inexistencia del título profesional para el ejercicio del cargo.

695

RADICADO: 66001-23-33-000-2013-00233-01[3883-14]

FECHA: 24/01/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jorge Enrique Salgado García

DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Son nulas las resoluciones 007397 del 3 de octubre de 2012 y 009918 del 3 diciembre de 2012, proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como consecuencia de la revocatoria del nombramiento del demandante en el empleo de Técnico de Ingresos Públicos I nivel 25 grado 8, por no contar con su consentimiento expreso y escrito?

Tesis: “Por regla general será solo con el consentimiento del interesado que se podrá revocar un acto administrativo de carácter particular y concreto, y solo de manera excepcional, frente a la actuación evidentemente fraudulenta del titular del derecho, la administración podrá prescindir de la obtención previa de su consentimiento. Con la revocación del nombramiento del demandante en forma directa sin que mediara su expreso consentimiento, no se avizora violación alguna al debido proceso, toda vez que la Subdirección de Gestión de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con la finalidad de establecer la autenticidad del título universitario que reposa en la hoja de vida del demandante, procedió a solicitar previamente la información necesaria

al Consejo Nacional Profesional de Economía y este, en respuesta allegada el 25 de julio de 2012 con el anexo de 19 de julio del mismo año, suscrito por la Secretaria General de la Fundación Universitaria los Libertadores de Bogotá, corrió traslado por 5 días al señor (...) para que pudiera ofrecer las explicaciones que estimara pertinentes; (...) si la revocatoria se presenta porque fuere evidente que el acto de apertura “ocurrió por medios ilegales” (inciso segundo del artículo 73 del C.C.A.), resulta indudable que la administración puede dejarlo sin efectos, pues no tendría sentido que la administración quedara atada por un acto que ha surgido de forma “manifiestamente” ilícita, por el hecho de que el particular se ponga a que la decisión administrativa sea retirada del ordenamiento jurídico. [...] De conformidad con lo previsto por el literal b) del artículo 9 del Decreto 1865 de 1992 “Por el cual se regula el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos de la Unidad administrativa Especial-Dirección de Aduanas Nacionales”, para ejercer al cargo de Técnico de Ingresos Nivel 25 grado 08 no se requería título universitario alguno, tal como lo fue el primer cargo a que accedió el demandante, no menos lo es que el

actor ocupó cargos de los niveles técnico, profesional y asesor, cargos para los cuales sí se encuentra establecida la exigencia legal de acreditación de estudios universitarios, tal como lo dispone el artículo 9, literal a) del Decreto 1865 de 1992. La Sala estima que le asiste razón a la demandada al sostener que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (...) expuso que la revocatoria del nombramiento del señor (...) se enmarcaba en la causal prevista en el literal f) del artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, en el literal j del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y en el numeral 54.9 del artículo 54 del Decreto 765 de 2005, y que de acuerdo con la naturaleza del acto administrativo de nombramiento, que vinculó al señor (...) y la UAE-DIAN, con una relación legal reglamentaria y en virtud de

la aplicación de las normas contenidas en el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, no se requería el consentimiento previo del funcionario para revocar el acto de nombramiento. Por tanto, al estar probado que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos para desempeñar el empleo, toda vez que el documento con que se acreditó el aludido requisito para la provisión del mismo fue considerado falso, resultaba procedente la revocación del acto de nombramiento con fundamento en las causales invocadas, y en especial por la prevista en el mencionado artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que liberó a la administración del deber de solicitar el permiso escrito y expreso para revocar el nombramiento del demandante en este proceso. [...]”.

En la Rama Judicial no procede el retiro del servicio por voluntad del empleador con fundamento en el reconocimiento pensional al servidor.

697

RADICADO: 76001-23-31-000-2009-00211-01[0337-2013]

FECHA: 30/01/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Bertha Lucía Luna Benítez

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En la Rama Judicial es procedente el retiro del servicio del servidor como facultad unilateral del empleador con fundamento en el reconocimiento pensional y dicha causal puede ser reglada por una ley ordinaria?

Tesis: “Para la Sala, en virtud de los criterios de interpretación de especialidad y jerarquía normativa, la causal de retiro del servicio del numeral 6 del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, como expresión de la voluntad del servidor, en sana lógica excluye la aplicación en la Rama Judicial de la facultad unilateral del empleador de retiro por reconocimiento pensional, contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Adicionalmente, aunque el artículo 204 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, indique que una ley ordinaria puede regular la carrera judicial, no se puede pasar por alto que en la sentencia C-037 de 1996, que estudió su constitucionalidad, se dijo aquélla solo puede regular los aspectos que no fueron regulados en la ley estatutaria y que en todo caso no podría modificar o derogar las

normas estatutarias. (...) Por último, se precisa que, en el año 2008, el Consejo Superior de la Judicatura dictó el Acuerdo PSAA08-5160 (que modificó el Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006), relativo al trámite a seguir por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para ordenar la desvinculación de los servidores con resolución de reconocimiento pensional en firme. Empero para esta fecha no se había expedido el fallo del Consejo de Estado (2013) que anuló el numeral 1 del citado Acuerdo PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006. Por consiguiente, en razón de la declaratoria de nulidad del numeral 1 del citado Acuerdo, por falta de competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para expedir el acto de retiro de los servidores de la Rama Judicial; es improcedente aplicar el referido Acuerdo PSAA08- 5160 de 2008, comoquiera que modifica un acto administrativo anulado parcialmente. Así las cosas, aunque al consultarse en la página electrónica oficial se indique que está vigente, ha perdido fuerza ejecutoria y no tiene efectos [...]”.

La causal de retiro del servicio por cumplimiento de la edad de retiro forzoso de 65 años consagrada en el Decreto 2400 de 1969 no es aplicable a los curadores urbanos por su condición de particulares con funciones públicas.

RADICADO: 17001-23-31-000-2011-00158-01[3451-2014]

FECHA: 21/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: María Lucía Amador Mendieta

DEMANDADO: Municipio de Manizales

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es aplicable a los curadores urbanos, quienes tienen la calidad de particulares con funciones públicas, la causal de retiro del servicio por llegar a la edad de retiro forzoso de 65 años, consagrada en el Decreto 2400 de 1969 para los servidores públicos?

Tesis: “Los curadores urbanos son particulares que cumplen una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción (art. 9, Ley 810 de 2003). Entonces por disposición de la Carta Política es competencia del legislador determinar el régimen que se les aplicará y las condiciones de ejercicio de dicha función pública, asuntos sometidos a reserva legal. En cumplimiento del mandato constitucional el desarrollo normativo se ha adelantado en las Leyes 810 de 2003 (art. 9) y 1796 de 2016 (título IV). (...) El numeral octavo del artículo noveno de la Ley 810 de 2003 establece que la ley que reglamente las curadurías determinaría las inhabilidades e incompatibilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo de curador. Sin embargo, ante la ausencia de dicha ley fue el gobierno nacional, actuando con exceso de

la potestad reglamentaria, quién se ocupó de regular para los curadores la falta absoluta por cumplir la edad de retiro forzoso, en los decretos 564 de 2006 (art. 93, núm. 7), 1100 de 2008 (art. 5, núm. 7) y 1469 de 2010 (art. 102, núm. 7). Acudiendo al Decreto 1100 de 2008 (art. 5, núm. 7) el municipio de Manizales decidió retirar del servicio a la accionante, y pese a que en aquél no estaba fijada la edad de retiro forzoso se remitió al Decreto 2400 de 1968, norma cuyo campo de aplicación concierne exclusivamente a los servidores públicos. Por consiguiente, nótese, en primera medida, que los actos de retiro de servicio de la demandante se fundaron en una norma reglamentaria expedida por el gobierno nacional con exceso de la potestad reglamentaria, pues tal como lo estableció esta Sala, en sentencia del 9 de febrero de 2017, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Ley 810 de 2003 no se ocupó de la edad de retiro forzoso, y la Carta Política establece una reserva legal para regular el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas. Cabe destacar, en segundo lugar, que el municipio no podía acudir a la edad de retiro forzoso de 65 años, prevista en el Decreto 2400 de 1968, que se reitera solo cobija a los servido-

res públicos, ya que así lo consideró la Corte Constitucional, en la sentencia C-351 de 1995. Desconociéndose con ello que la actora en la condición de curadora era una particular que desempeñaba funciones públicas. Aunado a lo anterior, la Sala acoge los planteamientos expuestos por la demandante, en el escrito de apelación, relativos al desconocimiento de la estabilidad laboral; en razón a que tenía una expectativa legítima de terminar el periodo de

5 años para el que había sido nombrada, por haber superado el concurso para el cargo de curador en el municipio de Manizales. Las anteriores consideraciones conllevan a declarar la nulidad de los Decretos 0309 del 27 de julio de 2010 y 0457 del 28 de septiembre de 2010, proferidos por el alcalde del municipio de Manizales (Caldas), a través de los cuales retiró del servicio a la demandante del cargo de Curadora Urbana No. 2 [...]”.

Competencia de la sala administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá para incorporar despachos judiciales penales al Sistema Penal Acusatorio. Competencia de la Sala Plena de la Corte Suprema para conocer del recurso de apelación contra los actos de declaración de abandono del cargo y consecuente vacancia de un juez penal.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-05424-01(3908-2017)

FECHA: 02/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Luis Gonzalo Ardila Manjarrés

DEMANDADO: Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es competente la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá para incorporar despachos judiciales al Sistema Penal Acusatorio?

Tesis 1: “[...] para la Sala no es de recibo el argumento de inconformidad que alude a la falta de competencia de la para expedir el Acuerdo CSB-TA13-143 de 31 de enero de 2013. En primer lugar, porque si bien el numeral 5 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996 fija en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la atribución de «[c]rear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar, transformar y suprimir Tribunales, las Salas de éstos y los Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia, así como crear Salas desconcentradas en ciudades diferentes de las sedes de los Distritos Judiciales, de acuerdo con las necesidades de éstos», conforme al parágrafo de ese artículo, dicha Sala puede «delegar en sus distintos órganos administrativos el ejercicio de sus funciones administrativas». También, de acuerdo con el artículo 101 (numeral 12) de

la Ley 270 de 1996, las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura pueden asumir las funciones que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le delegue, así como las demás que les señale la ley o el reglamento. Se tiene entonces que en el sub lite el referido encargo se surtió a través del Acuerdo PSAA12-9260 de 21 de febrero 2012, «[p]or el cual la Sala Administrativa [del Consejo Superior de la Judicatura] delega funciones en el nivel Seccional», al disponer, frente a la oralidad, que «[l]as Salas Administrativas Seccionales podrán especializar los juzgados de su Distrito o Circuito en causas orales, en causas escritas o volverlos mixtos, con el fin de optimizar la oferta judicial», tal como quedó expresamente consignado en la parte considerativa del Acuerdo CSBTA13-143 de 31 de enero de 2013 [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Es competente la Sala Plena de la Corte Suprema para conocer del recurso de apelación interpuesto contra los actos de declaración de abandono del cargo y consecuente vacancia de un juez penal?

Tesis 2: “[...] Conforme a las citadas normas sustanciales [artículos 139, 141 Ley 270 de 1996], corresponde entonces a la autoridad nominadora adelantar la actuación administrativa correspondiente a la declaratoria o no del abandono del cargo, que a falta de un procedimiento especial, se debe acudir a las reglas generales previstas en el CPACA. Fue por ello que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su condición de autoridad nominadora, adelantó en primera instancia la actuación administrativa que culminó con la declaratoria de abandono del cargo y la consecuente vacancia, sin justa causa, «en el Juzgado 46° Penal del Circuito de Conocimiento» (f. 12), cuestionada en este proceso. Ahora bien, comoquiera que este tipo de actuaciones administrativas se rige por las reglas generales del CPACA, según el numeral 2 del artículo 74 del referido estatuto, corresponde conocer de la apelación «el inmediato superior administrativo o funcional», que en el asunto sub examine concierne a la sala plena de la Corte Suprema de Justicia. La razón estriba, principalmente, en que a la sala plena de esa Corporación le

competite «resolver los asuntos administrativos y jurisdiccionales» (artículo 17, numeral 2, de la Ley 270 de 1996) y en atención a que, de acuerdo con la estructura organizacional de la Rama Judicial, es la autoridad nominadora de los magistrados de tribunales superiores (artículo 131, numeral 5, *idem*), y estos a su vez de los jueces que hacen parte de la jurisdicción ordinaria, es la mencionada Colegiatura el superior para conocer de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones administrativas adoptadas por dichos tribunales. (...) Por las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que no le asiste razón jurídica al recurrente cuando afirma que la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para conocer de la apelación del acto que declaró el abandono del cargo; amén de que las actuaciones administrativas que adelanten los funcionarios judiciales no están limitadas o reservadas a las «de índole disciplinario o de calificación de servicios», tal como lo indicó en la alzada, pues, como su nombre lo indica, son todas aquellas que se adopten en actos diferentes a los de índole jurisdiccional [...]”.

La supresión del cargo del director general de la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia (CIJ). Improcedencia de concepto favorable de Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Improcedencia de estudio técnico.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-02956-01(6339-2018)

FECHA: 16/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: César Augusto Solanilla Chavarro

DEMANDADO: Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia (CIJ)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Para la expedición del acto que suprimió el cargo de Director General de la Institución Universitaria de Conocimiento e Innovación para la Justicia (CIJ), se requería previamente el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el estudio técnico para la reestructuración administrativa de la planta de personal de esa entidad?

Tesis: “[...] El Consejo Directivo de la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia -CIJ-, en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 7 y 15 del Decreto 036 de 2014, debía adoptar la estructura interna y la planta de personal necesaria para su debido y correcto funcionamiento; quiere decir entonces que, contrario a lo expuesto por el recurrente, el Consejo Directivo si tenía la competencia para suprimir, incluso, el cargo del Director General, como quiera que está dentro de la planta de personal. No era necesario que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidiera un concepto favorable para la supresión de la planta de personal del ente demandado, como quiera que, al no haber incluido las partidas necesarias para su

funcionamiento, se sobrentiende que estaba de acuerdo con tal modificación; aunado a ello, para la Sala, tal requisito es solo necesario cuando se requiera o implique de una apropiación presupuestal, como en efecto ocurrió con el Oficio del 23 de febrero de 2015, en donde el Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informó al Director de la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia que si bien se había efectuado un ahorro anual en el presupuesto de aquel año debido a la disminución de 3 cargos, la provisión de los mismos no debería exceder del monto que se había apropiado en la Ley de Presupuesto General de la Nación. Pero si en gracia de discusión no se admitiera el anterior argumento, es necesario hacer uso del segundo escenario, el cual es, cuando el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expresó que no le correspondía emitir conceptos puesto que ello era competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública. En efecto, así lo dio a conocer el Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Fiscal General de la Nación «miembro del

Consejo Directivo del ente demandado» y trajo a colación ciertos apartes que resultaban ser relevantes, por ejemplo, cuando precisó que los únicos empleados que tienen derecho al reconocimiento y pago de una indemnización como consecuencia de la supresión de los empleos son aquellos que acrediten derechos de carrera administrativa, mientras que los que se encuentran en provisionalidad, así como lo de libre nombramiento y remoción, en el momento de la supresión de sus cargos, tendrían derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y salarios causados y no pagados, como en efecto ocurrió.(...) Finalmente, en relación con el estudio técnico necesario para la modificación de la planta de personal, a juicio de la Sala, tampoco resultaba necesario porque el Consejo Directivo de la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia -CIJ- lo puede realizar sin la necesidad de efectuar de éste. En efecto, de conformidad con el artículo 14 del Decreto Ley 20 de 2014, los servidores públicos de la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la Justicia -CIJ- se encuentran sometidos en materia de administración de personal y de

carrera al régimen de personal de la Fiscalía General de la Nación, en tal sentido, al tener estos servidores un régimen especial solo es procedente aplicar la Ley 909 de 2004 de manera supletoria, quiere decir, en caso de que la norma especial no indique nada al respecto. Bajo ese contexto, en principio, sería necesario efectuar un estudio técnico para la reestructuración de la planta de personal como quiera que si bien el Decreto Ley 20 de 2014 estableció en su artículo 96 como causal de retiro del servicio, la supresión del empleo; resulta que no efectuó pronunciamiento alguno en relación con los requisitos necesarios para las reformas de la planta de personal. Sin embargo, como el numeral 6º del artículo 7º del Decreto Ley 036 de 2014 señaló que puede adoptar y modificar la estructura organizacional interna y la planta de personal del Establecimiento Público de Educación Superior previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es dable concluir que no se requería de un requisito adicional, en razón a que la normativa especial no lo estableció y además porque tampoco remitió a otro tipo de requisitos adicionales [...]”.

El término de aceptación de la renuncia es de 30 días calendario siguientes a su presentación; por tanto, el acto administrativo no se encuentra viciado por falta de competencia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

RADICADO: 08001-23-33-000-2014-00136-01(3470-2015)

FECHA: 23/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: César Augusto Solanilla Chavarro

DEMANDADO: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia el acto administrativo de aceptación de la renuncia del director regional Norte 3, código 0150 grado 17 del Instituto Nacional Penitenciario (INPEC), proferido el 1.º de agosto de 2013, y el comunicado del 29 del mismo mes y año, atendiendo a que dicha solicitud fue presentada por el interesado el 29 de julio de 2013?

Tesis: “La Sala observa que el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, transcribe el contenido del artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, pero en el segundo inciso hace una precisión y es que luego de transcurridos los treinta días de presentada la renuncia -igualmente no especificó si los días son hábiles o calendario-, sin que se haya pronunciado la Administración, el funcionario se podrá separar del cargo sin incurrir en abandono del cargo, pero además contempla el presupuesto fáctico de que el dimitente pueda continuar en el desempeño de su cargo, ya que la renuncia no produjo ningún efecto si no fue objeto de pronunciamiento alguno durante el plazo de los treinta días posteriores a su presentación. (...) Como se observa, esta disposición normativa [artículo 51 del Decreto 407

de 20 de febrero de 1994, por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario] reprodujo los artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 del Decreto 1950 de 1973, pero precisó que la fecha que se determina para el retiro no podrá ser posterior a treinta días calendario después de presentada la renuncia, lo cual equivale a decir, que en el caso del INPEC se precisó el vacío legal de los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, especificando que la aceptación de la renuncia se deberá proferir dentro de los treinta días calendario siguientes a su presentación. (...) Teniendo de presente que el término de los treinta días de que habla el artículo 51 del Decreto 407 de 1994, ha de entenderse como días calendario, para el caso sub-lite, contado desde el día siguiente a la presentación de la renuncia, esto es el día 30 de julio de 2013, el INPEC contaba hasta el día 28 de agosto de 2013, para pronunciarse respecto de la renuncia presentada por el señor (...). (...) Siendo ello así, la Sala no comparte desde ningún punto de vista el argumento de la primera instancia según el cual, al haber transcurrido más de treinta días “calendario” sin que la administración se hubiera pronunciado, la renuncia presentada por el ac-

tor no surtía ningún efecto, por cuanto como ya se vio en precedencia, la Administración se pronunció desde el día 1° de agosto de 2013 al expedir la Resolución N°02254 aceptando la renuncia presentada por el actor. Tampoco le asiste la razón cuando afirmó que a partir del día 28 de agosto de 2013, el INPEC carecía de competencia funcional para pronunciarse respecto de la renuncia, por cuanto ya lo había hecho desde el día 1° de agosto de dicha anualidad al expedir la Resolución 002245, como quiera que el día 29 de agosto de 2013 lo que hizo fue comunicarle mas no notificarle al señor (...), la aceptación de su dimisión”.

Abandono del cargo y declaratoria de vacancia del cargo. Procedimiento sumario previo a la declaratoria de vacancia del cargo y abandono del cargo como causal de retiro y falta disciplinaria. Vacancia del cargo por abandono, forma autónoma para la cesación de funciones o retiro del servicio público.

RADICADO: 13001-23-33-000-2014-00250-01[4642-2019]

FECHA: 01/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Julio Enrique Fonseca Rodelo

DEMANDADO: Departamento de Bolívar

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandante, en su condición de docente al servicio del Departamento de Bolívar, incurrió en la causal de abandono del cargo, que dio lugar a la declaratoria de vacancia del cargo?

Tesis 1: “[...] la doctrina ha definido el abandono del cargo como «el alejamiento personal de la posición pública de manera indebida. Es la dejación irregular sin causa justificada que hace el empleado público del empleo que venía ejerciendo» [...] esta figura se consolida cuando el funcionario se ausenta o deja de ejercer las funciones asignadas a su cargo sin razón alguna. [...] la cesación definitiva de funciones se produce, entre otras circunstancias, por abandono del cargo. Dicha causal fue reproducida por el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 que prevé que el retiro del servicio se da por las siguientes causas: i) declaración de insubsistencia del nombramiento; ii) renuncia regularmente aceptada; iii) supresión del empleo; iv) invalidez absoluta; v) edad; vi) retiro con derecho a pensión de jubilación; vii) destitución; viii) abandono del cargo; ix) revocatoria del nombramiento y x) muerte. [...] el artículo 126, ibi-

dem, señaló que el abandono del cargo se produce cuando un empleado, sin justa causa, no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando no concurra al trabajo por tres días consecutivos; cuando no concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o, en caso de renuncia, antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del mismo decreto; y cuando se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo. En estas hipótesis legales, no se requiere adelantar proceso disciplinario para efectuar la declaratoria respectiva. A su turno, los artículos 127 y 128, ejusdem, decretaron que corroborada la ocurrencia de alguna de las citadas hipótesis, la administración podría declarar la vacancia del empleo, previo el procedimiento legal, y en caso de que el servicio se vea afectado, el empleado será acreedor de las sanciones disciplinarias, penales y civiles correspondientes. En ese orden de ideas, la falta de asistencia a trabajar por parte de un funcionario, sin justificación, durante determinado

tiempo, faculta a la administración para que declarara la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este, por parte de su titular, previo al agotamiento de un procedimiento sumario en el que se demuestre la intención del servidor de dejar el empleo”.

Problema jurídico 2: ¿La vacancia del cargo por abandono, como una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, exige para su declaración el adelantamiento de un proceso disciplinario?

Tesis 2: “[...] [La] conducta fue incluida como falta gravísima en el artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002, entendida como la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor estatal, de forma injustificada, esto es, sin que exista una razón que compruebe la inasistencia. [...] «dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio. Corolario de lo anterior es que el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la anti-juridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria». [...] El Consejo de Estado, de tiempo atrás, sostenía una postura pacífica y reiterada respecto del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio, en el sentido de indicar que no se requería del adelantamiento de un proceso disciplinario

para su declaración, por cuanto consideraba «incuestionable que el abandono del cargo constituye una situación independiente, con características especiales que la distinguen de las demás causales de retiro, como se desprende del mencionado Decreto 2400 de 1968». Dicha posición se mantuvo hasta después de la entrada en vigor de la Ley 200 de 1995. [...] la figura del abandono de cargo cambió radicalmente, a partir de la vigencia de la Ley 200 de 1995, porque este Código Disciplinario Único consagró, en el numeral 8 del artículo 25, como falta gravísima, el abandono injustificado del cargo o del servicio, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución en los términos del artículo 32 ibidem. [...] la Sección consideró que el artículo 25 del citado Decreto 2400 de 1968, junto con su reglamentación contenida en los artículos 126 a 128 del Decreto 1950 de 1973, fueron derogados por la Ley 200 de 1995, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario establecido en esta normativa. Agregó que no existía fundamento que permitiera sostener la diferencia entre el abandono que da lugar a la vacancia del cargo y el que genera la causal disciplinaria (...) Con esta Tesis, se le imponía a la entidad, para declarar la vacancia del cargo por abandono, adelantar un proceso disciplinario y si ello no ocurría el acto se encontraba viciado de nulidad, por pretermitir el trámite señalado por la ley. No obstante, la Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, recogió el anterior planteamiento sobre la materia, aclarando que si bien se trata de una misma circunstancia, el abandono injustificado del servicio comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida, advirtió que mal puede aplicarse la causal de abandono del cargo solamente precedida de un proceso disciplinario, pues frente a

la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública. [...] En conclusión, es claro que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, que no exige el adelantamiento de un proceso disciplinario, sino la comprobación de tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la admi-

nistración al respecto es meramente declarativo. [...] el apelante sostiene que su ausencia del trabajo se encuentra justificada en las amenazas que recibió contra su integridad física. No obstante, como lo advirtió el a quo, el demandante se ausentó del servicio desde el 15 de abril de 2010 y solo puso en conocimiento de la Secretaría de Educación su situación de amenazado, mediante escrito radicado el 23 de noviembre de 2011, es decir, un año y siete meses después. De igual manera, denunció el hecho en la Fiscalía General de la Nación, el 23 de enero de 2013. No obstante, no aportó ninguna prueba de las supuestas amenazas. [...]”.

La nulidad de la declaración de la vacancia por abandono del cargo con ocasión de la vulneración del debido proceso no conlleva el restablecimiento automático del derecho, reintegro al cargo y pago de prestaciones sociales, cuando el servidor ha hecho dejación de funciones por el término 10 años, sin preocuparse de regularizar su situación laboral.

RADICADO: 08001-23-31-000-2011-01155-01(0665-2016)

FECHA: 15/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Alejandro Ángel de la Hoz Oviedo

DEMANDADO: Universidad del Atlántico

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Previo a decretar el abandono del cargo del servidor público, la entidad requería adelantar un trámite administrativo donde se procurará la comparecencia del interesado?

Tesis 1: “[...] Llámese la atención en el sentido de que el artículo 127 del Decreto 1950 de 1973, dispuso que la autoridad nominadora declarará la vacancia del empleo, previo los procedimientos legales, lo cual conduce a concluir que dicha declaratoria deberá ser adoptada con observancia de las formas propias del debido proceso.(...) lo reprochado frente al acto demandado es la falta de notificación en los términos del Código Contencioso Administrativo. De tal suerte que la institución académica debió garantizarle al actor el derecho al debido proceso administrativo. Lo anterior, por cuanto de acuerdo con el acopio probatorio, no figura ninguna actuación desplegada por la Universidad tendiente a 46 notificarle, ni a darle la oportunidad para aportar o controvertir pruebas, e incluso para interponer recursos previa a la expedición de la mencionada resolución demandada. (...)”

Son dos escenarios distintos, uno el proceso disciplinario regido por la Ley 734 de 2002 y otro el relativo al ejercicio de la función administrativa. Dice también, que esta Corporación ha dejado claro que en casos de abandono del cargo no es necesario adelantar ningún proceso previo, si se tiene en cuenta que aquél es un hecho realizado autónomamente por el trabajador. Al respecto se precisa que aunque el nominador no estaba obligado adelantar un proceso disciplinario para decretar la vacancia del cargo, ello no implica que estuviera facultado para desconocer las garantías del debido proceso mediante un trámite administrativo sumario. Así pues, ha sido reiterativa la postura de esta Corporación en señalar que, previa la declaratoria de vacancia definitiva por la causal de abandono del cargo, se debe desarrollar un proceso administrativo sumario, por tanto, la Universidad sí estaba obligada a seguir una actuación previa -que en el sub judice estaba fundada en el Decreto 1950 de 1973- asunto que no se puede confundir con el proceso disciplinario, cuyo adelantamiento se rige por la Ley 734 de 2002.(...) Si bien es

cierto, los centros de educación superior de naturaleza pública -como lo es la Universidad del Atlántico- al gozar del reconocimiento de la autonomía universitaria están excluidos de la Ley 443 de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, por este hecho, no se le podía desconocer al demandante la garantía del debido proceso antes, durante y después de la expedición del acto acusado, con el fin de tener la oportunidad de ejercer las garantías de contradicción y defensa, según mandato consignado en el artículo 127 del Decreto 1950 de 1973. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Es procedente el restablecimiento del derecho, pago de salarios y prestaciones sociales, del empleado público que omitió normalizar su situación durante 10 años?

Tesis 2: “[...] El acto enjuiciado no causó la privación del derecho al trabajo del demandante. A esta conclusión se arriba, por cuanto la cesación en las funciones laborales del señor Alejandro De La Hoz, no fue producto del acto administrativo acusado. Justamente, el demandante durante más de diez años no asistió a su lugar de trabajo, aun cuando no conocía de la existencia del acto de declaratoria de vacancia por abandono del cargo que ocupaba. Nótese la negligencia del actor res-

pecto de su situación laboral. Esto en tanto, el accionante se ausentó sin haber previamente solucionado su situación laboral con la Universidad. En su lugar, el interesado mantuvo una actitud pasiva e inactiva durante más de diez años. Sobre el particular debe resaltarse que, en su condición de empleado público, el demandante tenía el conocimiento de las consecuencias jurídicas que su actuación omisiva podría conllevar. Pero, ahora pretende el pago de salarios y prestaciones por 10 años, en contravía del principio general del derecho según el cual nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio *nema auditur propiam turpitudinem*. (...) Se pone de presente que, en principio, el empleado De La Hoz Oviedo tenía una justificación para ausentarse del trabajo dada su situación de amenaza personal. Pero, no se puede admitir que se hubiera despreocupado por solucionar su tema laboral con la Universidad del Atlántico, al punto que fue por “casualidad” que se enteró de la existencia del acto administrativo acusado hasta el año 2011, cuando se encontraba gestionando la pensión. (...) De tal manera que, en el presente caso, es improcedente el restablecimiento del derecho pedido en la demanda, ya que la administración de justicia no puede pasar por alto la actitud omisiva y negligente del actor de cara a la regularización de su situación laboral”.

La terminación de la comisión de servicios en un cargo de libre nombramiento y remoción no conlleva el retiro del servicio del cargo que el servidor desempeña en propiedad.

711

RADICADO: 76001-23-33-000-2016-00701-01[2673-2019]

FECHA: 21/10/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Adriana Carabalí Zapata

DEMANDADO: Departamento del Valle del Cauca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El dar por terminada la Administración la comisión de servicios en un cargo de libre nombramiento conlleva el retiro tácito del cargo de carrera administrativa y el consecuente desconocimiento de los derechos de carrera de la servidora pública?

Tesis: “[...] Dado que tal comisión tiene carácter temporal, una vez finalizada por culminar «[...] el término por el cual se otorgó [...], el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión [...]», el servidor «[...] deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva» (se destaca; inciso 2º del artículo 26 de la Ley 909 de 2004). (...) [E]l empleado de carrera que por cualquiera de las aludidas causales [artículo 41 de la Ley 909 de 2004] se desvincule del empleo de libre nombramiento y remoción al que fue comisionado por el nominador, deberá asumir, de manera inmediata, el cargo que tiene asignado en propiedad, so pena de perder los derechos de carrera administrativa.(...) (A)unque, en efecto, el oficio por medio del cual se le anunció a la actora que como consecuencia de tal designa-

ción (Decreto 24 de 8 de enero de 2006) sería removida del empleo de subdirectora de despacho, le pidió hacer entrega de los elementos e información a su cargo y se le autorizó para reclamar las prestaciones definitivas, además de agradecerle por su gestión, es evidente que el contenido tanto del respectivo acto administrativo como de aquel oficio hacían referencia única y exclusivamente al retiro del empleo de libre nombramiento y remoción, sin que de ningún aparte se pueda deducir, como insistentemente sugiere la actora, que dicha decisión afectó otros ámbitos de su vida laboral. Agrégase a lo anotado que, en todo caso, el acto por el cual se le concedió la comisión fue claro en el sentido de prevenirla en cuanto a que una vez se diera alguno de los supuestos para dar por finalizada esa situación administrativa, le correspondía «[...] asumir el empleo respecto del cual ostenta derecho de carrera [...]», so pena de declararse la vacancia, condición que, como lo dijo el a quo, ella conocía, no solo porque anteriormente había hecho uso de esa prerrogativa, sino porque tenía un nivel de experticia de la función pública tan alto que le había dado lugar, incluso, a ser encargada por el presidente de la República como gobernadora del Valle del Cauca entre mayo y julio de 2012. A pesar de

lo expuesto, la accionante no compareció a su puesto de trabajo luego de que se le comunicara que su comisión había terminado ni mucho menos el 1° de abril de 2016, cuando venció el plazo de la licencia no remunerada que se le había otorgado, lo que dio lugar, de acuerdo con las pruebas adosadas, a que luego sí fuera desvinculada, pero en razón a la declaratoria de abandono del cargo(...)L]a subsección encuentra que con las pretensiones formuladas en el sub lite la actora pretende obtener provecho de su propia culpa, lo cual no es dable («»), pues es evidente que, pese a conocer de su deber de reintegrarse al cargo de carrera una vez fuera

retirada del de libre nombramiento y remoción por cualquiera de las causales previstas en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, ya citado, como había procedido con anterioridad sin ningún inconveniente, o regresar una vez culminara el lapso de la licencia no remunerada, guardó silencio, y solo se pronunció una vez recibió el requerimiento de la subsecretaría de recursos humanos para que explicara las razones por las «[...] cuales no se ha presentado a laborar al término de la Licencia Ordinaria [...]» (sic), que feneció el 31 de marzo de 2016, para justificarse en el supuesto entendimiento errado del contenido de los actos acusados. [...]”.

La derogatoria de un nombramiento, por ser un acto condición, no requiere el consentimiento del titular del derecho cuando no se ha comunicado la designación.

713

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05421-01[1116-2019]

FECHA: 25/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Efraín Torrado García

DEMANDADO: Ministerio de Relaciones Exteriores

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: “¿Al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar la ilegalidad del acto administrativo que derogó su nombramiento en el empleo de consejero de relaciones exteriores, código 1012, grado 11, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito al consulado general de Colombia en Chicago, con funciones de cónsul en esa misión diplomática, pues fue expedido sin obtener su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 72 del CPACA; o si, por el contrario, la Administración no debía colmar tal requisito, comoquiera que tal designación no fue comunicada ni se aceptó por el titular, como lo concluyó el a quo?”.

Tesis: “Por regla general los actos administrativos que crean una situación jurídica de carácter particular no podrán ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular del derecho, a menos que por disposición legal se autorice la revocación sin esa autorización, con sujeción a las causales previstas en el artículo 93 del CPACA, esto es, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no estén conformes al interés público o social, o atenten contra él, y con ellos se cause agravio injustificado a una

persona, desde luego, sin perjuicio de las excepciones a esta regla contenidas en otras normas. (...) En virtud de lo anterior, la Administración contaba con un mecanismo para excluir del ordenamiento jurídico un acto de nombramiento, a través de una decisión unilateral que tenía lugar cuando se configurara cualquiera de las causales mencionadas en el citado artículo 2.2.5.6.1, sin requerir el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho, puesto que responden a las excepciones legales a que se refiere el artículo 97 del CPACA. (...) De igual forma, ha advertido que el «acto condición» de designación no otorga per se derecho alguno a su destinatario, puesto que para su formalización siempre estará sujeto a la verificación de los requisitos legales para el ingreso a la función pública, precisamente porque no atiende a intereses individuales, sino a la satisfacción de necesidades colectivas. (...) La revocación y la derogatoria del nombramiento autorizan a la Administración a desaparecerlo del espectro legal cuando el beneficiario no satisface las condiciones para desempeñar el cargo por unas causales específicas, tales como la falta de comunicación de esa decisión y la omisión del interesado de aceptar el nombramiento o posesionarse de manera oportuna. De las

pruebas adosadas a las presentes diligencias, se observa que la demandada hizo uso específico de la derogatoria, al determinar que el acto acusado no fue comunicado, sin mencionar que este fuera contrario a la Constitución Política o a la ley o al interés público o social o que causara agravio injustificado a una persona, lo que desvirtúa que la demandada hubiera tenido que acudir a la figura de la revocación directa de que tratan los artículos 93 a 97 del CPACA y, en consecuencia, obtener la autorización previa del accionante”.

La causal de retiro por pensión no es aplicable a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 1993, ni a quienes se encontraban vinculados al servicio a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016. Permanencia en el servicio hasta la edad de retiro forzoso.

715

RADICADO: 17001-23-33-000-2013-00020-01 [0563-2014]

FECHA: 03/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Julio César Caicedo Osorio

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La causal de retiro del servicio por pensión, regulada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es aplicable a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 o tienen derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, por disposición del artículo 150 de la Ley 100 de 1993? y si, ¿la Ley 1821 de 2016 inaplicó la causal de retiro dispuesta en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003?

Tesis: “[...] Se establece que el señor (...) es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, tenía más de 15 años de servicios, para su entrada en vigencia. acorde con el análisis del material probatorio, el cargo del demandante como Gerente IV, 8 horas, Registro Universal 24983, Gerente Seccional del ISS, era de libre nombramiento y remoción. Por otra parte, para el 31 de julio de 2012, fecha en que el nominador expidió el acto demandado que dispuso el retiro del servicio del demandante, el Instituto de Seguros Sociales (como entidad de previsión social) ya había efectuado

el reconocimiento pensional por medio de la Resolución 2511 del 26 de julio de 2012, y lo incluyó en nómina a partir del 1 de agosto de 2012. En este orden de ideas, siguiendo la línea jurisprudencial de esta Corporación, expuesta en el marco normativo y jurisprudencial, visto que el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición tiene derecho a la prerrogativa del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. Normativa según la cual no podía ser obligado “a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”. Por tanto, es improcedente la aplicación de la causal de retiro del servicio contenida en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tal como lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación, desde la sentencia del 4 de agosto de 2010-Bajo dicha interpretación, la causal de retiro de servicio por reconocimiento de pensión e inclusión en nómina de pensionados no comprende a los beneficiarios del régimen de transición, quienes en virtud del derecho a la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden continuar laborando en su empleo para aumentar

el monto de la mesada pensional hasta la edad de retiro forzoso. Ahora bien, nótese que, para el caso de quienes ejercen funciones públicas la norma vigente en la actualidad es la Ley 1821 de 2016, la cual implementa dos grandes cambios: el primero es aumentar a 70 años la edad de retiro forzoso y el segundo, permitir que los empleados públicos continúen prestado voluntariamente sus servicios al Estado hasta la edad de retiro forzoso, aunque tengan derecho al reconocimiento pensional, siempre que sigan contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales). En cuanto al campo de aplicación de esta norma, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos 2326 del 8 de febrero de 2017 y 2466 del 9 de agosto de 2021, explicó que en razón a que “la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por

el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2° de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos” ..En consecuencia, visto que a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, el demandante tenía 67 años de edad, toda vez que nació el 27 de octubre de 1949, se le aplica la edad de retiro forzoso de 65 años; y en todo caso, la causal de retiro del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no se le aplica, siguiendo el criterio interpretativo de esta Corporación, que se remonta a la sentencia del 4 de agosto de 2010 [...]”.

Concurso de méritos de la Procuraduría General de la Nación. Terminación de provisionalidad de procurador judicial con ocasión del concurso de méritos de la Procuraduría General de la Nación. Desvinculación de empleado en provisionalidad y estabilidad laboral reforzada del trabajador. Inexistencia de la violación de la estabilidad laboral reforzada del trabajador. Prueba de la condición de padre cabeza de familia.

RADICADO: 05001-23-33-000-2017-02209-01(6576-2019)

FECHA: 20/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Álvaro Quintero Sepúlveda

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Le asiste razón al demandante al solicitar la nulidad del acto administrativo acusado a través del cual se le retiró del cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC en la Procuraduría 113 Judicial II Administrativa con sede en Medellín por desconocerse la condición de estabilidad laboral reforzada que ostentaba a la fecha de retiro y, en consecuencia, si tiene derecho al restablecimiento o a la reparación del daño ocasionado?

Tesis: “[...] la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013 abordó nuevamente el estudio y declaró inexecutable la expresión “procurador judicial” del numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 260 de 2000 por vulnerar el artículo 280 citado que consagra la equiparación en materia de derechos entre los magistrados, jueces y agentes del Ministerio Público que ejercen el cargo ante ellos, estimando que entre los derechos a homologar está el de ser considerado de carrera administrativa, por tal razón ordenó la incorporación de los Procuradores Judiciales en el régimen de carrera de la Procuraduría

General de la Nación. Así las cosas, el cargo de Procurador Judicial pasó de ser un cargo de libre nombramiento y remoción a un empleo de carrera administrativa. Además, la Corte Constitucional ordenó a la PGN que en un término máximo de 6 meses contados a partir de la ejecutoria del fallo se convoque a concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial. [...] En cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013, el Procurador General de la Nación mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, dio apertura al proceso de selección para proveer los 744 cargos de Procuradores Judiciales de los cuales 317 son Procuradores Judiciales I y 427 Procuradores Judiciales II, a través de 14 convocatorias. En dicho acto administrativo reglamentó las condiciones de la convocatoria estableciendo, entre otras, (i) 6 etapas del proceso de selección: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas, conformación de la lista de elegibles, período de prueba y calificación de este período, (ii) el término de inscripción era desde el 16

al 20 de febrero de 2015, (iii) se determinaron 3 pruebas, la de conocimientos con un valor porcentual de 55%, competencias comportamentales con 25% y el análisis de antecedentes con 20% y (iv) se estipuló que la lista de elegibles se conformaría con aquellos concursantes que obtengan un puntaje igual o superior al 70%. [...] La parte demandante adujo que el acto acusado adolece de nulidad por infracción de las normas en las que debería fundarse, por cuanto desconoció los derechos constitucionales protegidos derivados de su condición de prepensionado y padre cabeza de familia. La estabilidad laboral reforzada es una garantía constitucional que se le otorga a un determinado grupo de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad protegiéndolos del riesgo de perder el empleo o trabajo. [...] en el caso de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de esta Corporación han sostenido que gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, lo que implica que su retiro debe fundarse en una causa legal la cual debe señalarse en el acto administrativo, es decir el acto de desvinculación debe ser motivado. Una de las causas legales es la provisión del cargo que ocupan por el nombramiento en período de prueba de la persona que superó el concurso de méritos y que se encuentra en la lista de elegibles, en este caso la estabilidad del funcionario en provisionalidad cede al mejor derecho que tiene la persona que ganó el concurso. No obstante, dentro de los servidores que ocupan provisionalmente un cargo de carrera pueden encontrarse personas protegidas constitucionalmente por tener especial condición, como la de prepensionado o padre cabeza de familia. En este orden de ideas, aunque los servidores nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, pueden ser retirados para proveer el cargo con una persona que concursó y obtuvo el derecho a ser nombrado en periodo de

prueba, sin perjuicio del derecho que tienen a un “trato preferencial” como medida de acción afirmativa, pero sin desconocer los derechos fundamentales del funcionario de carrera. Una de las condiciones que otorga la protección de la estabilidad laboral es ostentar la calidad de prepensionado, figura aplicable a “aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”. En el caso sub examine el señor (...) a la fecha del retiro contaba con 64 años de edad y el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Medellín le había ordenado a Colpensiones reconocer la pensión de jubilación, sin embargo el fallo se encontraba apelado y estaba en trámite ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. [...] no existe prueba en el expediente que para la fecha de retiro el señor (...) 1 de febrero de 2017, ostentaba la condición de prepensionado, pues según la orden judicial de primera instancia del 9 de diciembre de 2016 que le ordenaba a Colpensiones efectuar el reconocimiento de la pensión de jubilación, ya cumplía con los requisitos de edad y semanas de cotización para acceder a ella, tal como fue confirmado años después por el Tribunal en sentencia del 5 de abril de 2021. La administración, en este caso la Procuraduría General de la Nación, para la fecha de desvinculación no podía advertir que el fallo favorable al actor que ordenaba el reconocimiento de la pensión iba a ser revocado en segunda instancia y su derecho sólo sería reconocido 4 años después, razón por la cual no le era exigible a la entidad proteger su condición. Además debe advertirse que el Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó reconocer la pensión desde el 12 de junio de 2016 condicionando su pago a la fecha efectiva del retiro. [...] Dentro del material probatorio obrante en el expediente solo

reposan unos recibos de pago del colegio de sus hijos menores, lo cual no es suficiente de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, para acreditar la calidad de “padre cabeza de familia”; no existe certeza de que sus hijos menores vivían con el demandante y dependían económicamente de él, además no está demostrado que no poseía otra alternativa económica por tener su esposa algún impedimento físico, mental o de otra naturaleza para hacerse cargo de su manutención. Así las cosas, está probado que el acto de retiro

del accionante obedeció a una causa legal, toda vez que se dio como consecuencia del nombramiento en periodo de prueba de una persona que se encontraba en la lista de elegibles, previo concurso de méritos y no se probó que el señor (...) al momento del retiro ostentara una condición que estuviera protegida por la estabilidad laboral reforzada como la de prepensionado o padre cabeza de familia, que obligara a la entidad a otorgarle un “trato preferencial” como medida de acción afirmativa”.

La ausencia laboral, por un periodo de tres días, de un docente oficial que padece la enfermedad de adicción al alcohol debe contar con certificación médica. En caso contrario, procede la declaración de vacancia por abandono del cargo.

RADICADO: 76001-23-33-008-2016-01948-01 [3529-2022]

FECHA: 9/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: William Olave Hoyos

DEMANDADO: Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Educación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La no asistencia a laborar durante 3 días por parte de un docente oficial que sufre la enfermedad de adicción al alcohol debe contar con certificación médica, so pena de declarar la vacancia por abandono del cargo?

Tesis 2: “[...] El Decreto ley 2400 de 1968, en el artículo 25, dispone que la cesación definitiva de funciones se produce, entre otras circunstancias, por abandono del cargo. El artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 también prevé que el retiro del servicio se da por «abandono del cargo»; y el artículo 126 ibidem señaló que este tiene lugar cuando un empleado, sin justa causa, no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando no concurra al trabajo por 3 días consecutivos; no asista al puesto antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o, en caso de renuncia, antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del mismo Decreto; y/o se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el empleo quien ha de reemplazar-

lo. En estas hipótesis legales, no se requiere adelantar procedimiento disciplinario para efectuar la respectiva declaratoria. Los artículos 127 y 128 del Decreto 1950 de 1973 previeron que, corroborada la ocurrencia de alguna de las citadas hipótesis, la Administración podría declarar la vacancia del empleo, previo el «procedimiento legal»; además, en caso de que el servicio se vea afectado, el empleado será acreedor de las correspondiente sanciones disciplinarias, penales y civiles. En consecuencia, el no concurrir a laborar, sin justificación, durante las hipótesis indicadas, faculta a la Administración para que declare la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este por parte de su titular, previo al agotamiento de un procedimiento sumario en el que se demuestre que este no tiene excusa válida. (...) la vacancia del cargo por abandono comporta una forma autónoma e independiente de retiro del servicio del empleado oficial; (ii) como se trata de una situación administrativa distinta, tiene sus propios procedimientos o mecanismos para definir la cesación de funciones; (iii) no tiene carácter sancionatorio, sino administrativo,

por ello no se exige el adelantamiento de un trámite disciplinario, pues debe adelantarse un procedimiento breve con el fin de comprobar el ausentismo laboral y así proceder a declarar el retiro por esa causal; y (iv) al no tener la naturaleza de falta disciplinaria, la decisión respecto del implicado solo conlleva la declaración de terminación de la relación laboral por ministerio de la ley, en la medida en que no asistió a laborar en los plazos y formas ya indicada (...). De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) el demandante padece de un cuadro de dependencia al alcohol, desde el 2005; (ii) que tiene antecedentes por dejar de asistir a laborar de manera justificada e injustificada, por ello, se le había sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo; y (iii) se emitió decisión administrativa que declaró configurada la existencia de causal de retiro por abandono del cargo, impugnada por el actor y confirmada por la Administración. (...) está demostrado que el demandante dejó de asistir a laborar en el lugar donde ejercía sus actividades del 2 al 6 de diciembre de 2013; y del 17 al 19 de febrero, del 8 al 11 y del 14 al 16 de abril, del 5 al 7 de mayo y del 3 al 9 de junio de 2014, en la Institución Educativa Mercedes Abrego en el municipio de Pradera (Valle del Cauca), como lo certificó el 9 de junio de 2014 el rector del colegio. En otros términos, en las fechas antes indicadas en diciembre de 2013 y de febrero a junio de 2014 no se presentó a trabajar por más de tres (3) días en seis (6) ocasiones y, por ende, abandonó las funciones que tenía que desarrollar como docente; en esta instancia, el demandante presenta, como razón justificativa, su cuadro de adicción al alcoholismo lo que le impidió asistir a laborar. Para comprobar la situación particular del actor, además de los documentos arriba relacionados en los que se constata la adicción grave del demandante al alcohol, se recibió el testimonio de su

médica psiquiatra, la doctora (...), quien lo atendió «hasta mediados de junio de 2014» y señaló que inicialmente no se le dio un manejo integral a su tratamiento, porque la empresa Cosmitet no lo autorizaba; que padeció «pancreatitis», que es una complicación física por su «dependencia al consumo de alcohol»; se remitió a un tratamiento integral por la «falta de autodeterminación [...] descuido y desatención de sus obligaciones»; frente a la capacidad de comprender la magnitud de sus actos, indicó que «en periodos de crisis estando bajo efectos del alcohol perdía totalmente esa capacidad y en los periodos también en los que dejaba de consumir, que presentaba cuadros de abstinencia, también llegaba a perder esa capacidad porque se altera totalmente la capacidad de juicio»; y destacó la necesidad de un tratamiento integral para el accionante, «pero ellos le negaban el servicio diciendo que no tenían ningún convenio con algún centro de rehabilitación, que ellos tenían cubrimiento del diagnóstico [...] en la consulta psiquiátrica, con psicología y por aparte, pero no un manejo integral [...] hizo recomendaciones a finales de 2013 y principios de 2014, pero las fechas exactas no las [tiene] presente». Agregó cuáles fueron las complicaciones a nivel personal que tuvo el demandante, en su entorno familiar y en el ámbito laboral y que se afectó «la parte del sensorio, lo que es la consciencia, la voluntad [...] la orientación, la atención y él presentaba compromiso en memoria, a veces no se acordaba que había pasado ni que había hecho». También se recogió la deposición del señor(...), representante legal de Corpovser IPS, licenciado en educación, quien lleva más de 18 años «trabajando en temas de farmacodependencia» y es especialista en este ramo; expresó que recibió al actor en un «estado muy lamentable, en un estado de nervios incontrolable, empieza a manejar el síndrome de abstinencia» (sic);

que tuvo problemas para las autorizaciones por parte de la empresa Cosmitet Limitada; que recibió un correo, mientras el actor estuvo internado, en el que le informa sobre problemas laborales; acude a la gobernación del Valle del Cauca y observa que para definir las dificultades laborales del accionante no se tuvo en cuenta la historia clínica de donde residía el paciente, sino solo la de la ciudad de Cali; y que revisó su historia clínica para deducir que «este es un caso delicado, porque el consumo de sustancias psicoactivas está catalogado como un trastorno mental y del comportamiento donde la persona no es consciente ni es capaz de tomar decisiones coherentes». Ambos deponentes afirmaron que el actor logró salir de su adicción y en este momento está rehabilitado. Ahora bien, sea lo primero precisar que no le asiste razón al a quo, en cuanto a que el juez solo debe constatar la mera ausencia a laborar durante los tres (3) días que la ley prevé como plazo para declarar el abandono, este criterio resulta ajeno y contrario a los precedentes emitidos por esta Corporación, pues se debe verificar la existencia de que esa dejación del puesto sea «injustificada», por ello, se ha insistido en que debe tramitarse un procedimiento en el que se otorgue un espacio para que el empleado justifique el porqué de su ausencia; por tanto, causa extrañeza a esta subsección fallos como el recurrido, que carece de análisis de ese aspecto subjetivo, cuando este punto es la piedra angular de la decisión. Sin embargo, en el presente caso, se precisa que no aparece justificada la ausencia del demandante de concurrir a laborar en las fechas arriba anotadas (diciembre de 2013 y febrero, abril, mayo y junio de 2013); evidentemente existe un indicio grave de que estas inasistencias pudieron ser por su cuadro de adicción al alcohol, pero lo cierto es que, como cualquier enfermedad, debió tramitar su excusa médica o justificar su

inasistencia en las fechas en las cuales se le endilgó el abandono. El anterior análisis cobra mayor relevancia en el caso del demandante quien se desempeñaba como docente y el hecho de padecer un cuadro de alcoholismo no hace presumir que siempre que se ausente sea como consecuencia de alguna crisis, pues debe pedir la incapacidad y, en todo caso, justificar su ausencia para que se adopten las medidas indispensables con el fin de evitar que el servicio educativo se paralice o se interrumpa por su enfermedad. Se reitera, la sola inasistencia sin justificación a laborar por 3 días es causal suficiente para declarar el abandono del empleo y dar por terminada la relación laboral; y en este asunto el demandante dejó de asistir a trabajar como mínimo en la misma cantidad de días durante 5 meses hasta cuando se declaró la vacancia del cargo, lo que denota el desinterés o abandono de las funciones. En conclusión, no se puede presumir que cada ausencia del demandante tuviera como causa un cuadro de adicción de alcoholismo, bien sea por consumo o por el síndrome de abstinencia, sino que este ausentismo debe ser justificado por el respectivo médico, pues ni la Administración ni al juez les es dable suplir el dictamen del profesional de la salud que constate cada recaída. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Se debe exhortar a la unidad ocupacional de salud de Cosmitet Ltda. y al Ministerio de Salud para realizar implementaciones del manejo del alcoholismo?

Tesis 2: “[...] con base en el recaudo probatorio, la subsección considera necesario exhortar a Cosmitet Ltda., unidad de salud ocupacional o a la que haga sus veces, y al Ministerio de Salud para que procedan a realizar implementaciones sobre el manejo de los cuadros de adicciones al alcoholismo con fin de que, en los casos en los que sea ordenada una atención integral a esta clase de pacientes, se provea de manera ágil

su autorización, para ello se deben mantener convenios con instituciones prestadoras de esa clase de servicios. Como se indicó, hubo una omisión en el sistema de salud en la atención integral y oportuna en favor del demandante, lo que impidió su rehabilitación que evitara, eventualmente, sus recaídas y afectación al servicio y a su relación laboral; por consiguiente, esta Corporación, como lo ha hecho en otras decisiones, rechaza situaciones como la aquí acontecida y, en aplicación del deber de adoptar políticas públicas con el propósito de luchar contra la adicción al alcoholismo, emitirá las correspondientes exhortaciones para que se adopten los respectivos correctivos. [...]”.

La facultad discrecional no se limita por la condecoración “José Ignacio de Márquez”, que consagra la obligación de prestar el tiempo doble de servicios del otorgado en la comisión de estudios.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-02616-01 (3814-2019)

FECHA: 13/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Oliva Hernández Landazábal

DEMANDADO: Nación, Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La facultad discrecional de la autoridad nominadora para disponer el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción estaba limitada por el parágrafo del artículo 15 del Acuerdo PSAA11-7711 de 201114, referente a la prestación del servicio por el doble del tiempo de la comisión de estudios derivada del incentivo «José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial»?

Tesis: “[...] la declaratoria de insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio de la Rama Judicial, como consecuencia del ejercicio de una facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. [...] El Consejo de Estado ha sostenido que la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación. Cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión

dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. En suma, los empleos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al funcionario que lo desempeña, con el fin del mejoramiento del servicio que, en estos casos está dado por la confianza, debido a que esa es la naturaleza de dichos cargos. [...] se tiene que una de los reconocimientos académicos derivados del señalado estímulo, es la comisión remunerada de estudios cuya duración máxima es de un año; situación administrativa en la que el servidor judicial debe cumplir determinados deberes, concretamente suscribir: (i) un convenio por el cual se obligue a prestar sus servicios a la Rama Judicial luego de finalizado el programa académico, por el doble del tiempo utilizado, «sin perjuicio de la potestad nominadora y de las disposiciones de carrera y de reordenamiento», e igualmente, a participar en las actividades académicas de la Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla», por

el mismo término; y (ii) una póliza de cumplimiento a favor del CSJ por el 70% del auxilio económico, como garantía de cumplimiento de lo anterior. [...] la facultad discrecional en cuyo ejercicio la autoridad nominadora declaró la insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción del cargo de magistrada auxiliar no podía limitarse en modo alguno por el convenio derivado del mencionado reconocimiento [...] La apelante indicó que el acto administrativo acusado persiguió fines diferentes del buen servicio y de la satisfacción del interés general, por cuanto fue objeto del aludido reconocimiento y, no obstante, fue retirada el mismo día en que se reintegró al servicio, luego de finalizada la comisión de estudios, por lo que no se pudo perder la confianza del nominador. Sobre el particular, la Sala señala que los anteriores argumentos no son suficientes para establecer que existió una desviación de poder de la autoridad nominadora en el ejercicio de la potestad discrecional. Ello es así, por cuanto la función administrativa (incluso la de nominación) se desarrolla con fundamento, entre otros, en los principios de eficacia, eficiencia, celeridad e imparcialidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, y constituye un deber de los servido-

res públicos observar dichos principios en el cumplimiento de sus deberes funcionales y por consecuencia, abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial. [...] se concluye que (...) no probó que la administración judicial actuara con desviación de poder o alejado de las atribuciones propias que, en ejercicio de la facultad discrecional, le otorga la ley. [...] Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Subsección encuentra que la facultad discrecional de la autoridad nominadora para declarar la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no estaba limitada por la condecoración otorgada a la empleada, puesto que: i) la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción está sometida a reserva de ley; ii) la obligación de prestar servicios por el doble del tiempo de la comisión de servicios recaía únicamente en cabeza de la beneficiaria; iii) el cumplimiento de las funciones del servidor público con base en los principios de la función administrativa es un deber legal y no genera fuero de estabilidad legal alguno; y iv) los empleos de libre nombramiento y remoción requieren de un grado de confianza derivado de la naturaleza misma del cargo previsto en la ley [...].”

Disminución de la capacidad psicofísica. Acto administrativo de retiro del programa de formación de oficiales. Inexistencia de la violación de la estabilidad laboral reforzada del trabajador.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-00093-01[0386-19]

FECHA: 18/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Claudia Marcela Castro Aponte

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La pérdida de aptitud psicofísica es causal suficiente para el no ingreso de la demandante en el escalafón del grado de teniente de corbeta y la pérdida de su condición de guardamarina o estudiante la escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla»?

Tesis: “[...] El Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000 previó, en su artículo 33, que el «ingreso y ascenso de los oficiales de las Fuerzas Militares se dispone por el Gobierno Nacional». Esta normativa, en el artículo 34, señaló que «los oficiales ingresarán a las Fuerzas Militares como Subteniente en el Ejército y en la Fuerza Aérea y como Teniente de Corbeta en la Armada Nacional» (...) Este ordenamiento, en su artículo 45, también previó que «los cadetes de las escuelas de formación de oficiales y alumnos de las escuelas de formación de suboficiales de las Fuerzas Militares, serán dados de alta por disposición del Comando de la respectiva fuerza. Los alféreces, guardiamarinas y pilotines, por resolución ministerial». Este artículo enfatizó que las «bajas del personal a que se refiere el presente artículo se dispondrán en forma discrecional por las mismas autoridades a las cuales corresponde su incorporación» (...) Por su parte, en los artículos 52 y 53, destacó que para ingresar y ascender en las Fuerzas

Militares (i) «se requiere acreditar condiciones de conducta, profesionales y psicofísicas [...]» y (ii) «acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente». En la misma línea, la Resolución 47 del 20 de abril de 2021, señaló que se pierde la condición de estudiante de la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padilla» cuando «f. [...] un Guardamarina, Alférez, Pilotín, Brigadier, Cadete sea declarado “No apto para el servicio” de acuerdo con el concepto de la Junta Médica y el Tribunal Médico Laboral [...] se encuentra acreditado que la señora (...) fue, inicialmente, propuesta para ingresar al escalafón del grado de teniente de corbeta; sin embargo, esta recomendación quedó aplazada mientras se definía su situación médica, por reumatología. Establecida la patología que afrontaba la señora (...) (Artritis Reumatoidea), se le informó al director de Personal de la Armada Nacional de esta situación y se requirió al Ministerio de Defensa Nacional para que modificara la Resolución 6105 del 1º de diciembre de 2011, en el sentido de excluir a la antes nombrada de la promoción a teniente de corbeta que se efectuaría con efectos fiscales el 10 de diciembre de 2011. La Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, el 18 de noviembre de 2011, resolvió excluir a

la actora de la promoción que se efectuaría al «Curso Extraordinario de Oficiales No. 135, al grado de Teniente de Corbeta con fecha 10 de diciembre de 2011», porque no cumple los requisitos de acuerdo con los artículos 52 y 53 del Decreto 1790 de 2000. En ese sentido, indicó que «aprueba por unanimidad la modificación del Acta No. 012/2011 del 31 de octubre de 2011 en el sentido de excluir el ingreso al Escalafón en el grado de Teniente a la Guardiamarina antes relacionada». Con esta aprobación, la actora fue excluida de la promoción que tendría su curso, el 10 de diciembre de 2011 y, en ese orden, no ingresó al escalafón de teniente de corbeta. [...] no resulta ser cierto que la accionante fue promovida al grado de teniente de corbeta e ingresó a la carrera naval propiamente dicha y, en ese orden, no tenía un derecho adquirido en su favor, del cual se pudiera predicar la estabilidad laboral reforzada por ella predicada. De ahí que, el jefe de Sanidad de la Escuela Naval le informó al guardiamarina (...) la realización de una Junta Médico Laboral. Procedimiento que culminó con la determinación de que la estudiante afronta una incapacidad permanente parcial con pérdida de la capacidad laboral del 11.50%, que la hace no apta para el servicio. Situación que, en los términos (i) del reglamento académico de la Escuela Naval de Cadetes «Almirante Padi-

lla» (Resoluciones 45 del 1º de junio de 2013, 9 de diciembre de 2000 y 47 del 20 de abril de 2021), hace que pierda la condición de estudiante y (ii) de los artículos 52 y 53 del Decreto 1790 de 2000, la imposibilita para ingresar y ascender en las Fuerzas Militares. [...] como el aludido acto de retiro fue expedido por el comandante de la Armada Nacional, con fundamento en (i) la Resolución de Delegación Ministerial No. 15 de 2002 que lo habilita para desvincular de las Escuelas de Formación a los Alféreces, Guardiamarinas y Pilotines, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Decreto Ley 1790 de 2000 (PARÁGRAFO. Las bajas del personal [...] se dispondrán en forma discrecional por las mismas autoridades a las cuales corresponde su incorporación) y (ii) la no aptitud para el servicio, según concepto de la Junta Médica y el Tribunal Médico Laboral, la Sala descarta una falta de competencia o falsa motivación. [...] vale la pena evidenciar que en el plenario no hay elementos de juicio que permitan inferir que la desvinculación de la demandante obedeció a una retaliación, con clara violación de sus derechos fundamentales o a fines distintos no previstos en la ley. Tampoco a la falta de acciones positivas tendientes a su reubicación, ya que era una estudiante, que no alcanzó a ingresar al escalafón del grado de teniente de corbeta. [...]».

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Motivación de los actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias. Valoración probatoria como garantía procesal y el debido proceso. Estándar probatorio disciplinario e inexistencia de causal excluyente de responsabilidad.

729

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00519-00(2009-2011)

FECHA: 23/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Jasson Jadith Miranda Fabra

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La entidad demandada en la motivación de las decisiones disciplinarias acató los parámetros establecidos en el artículo 170 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 1: “Todo acto administrativo debe estar debidamente motivado, lo que implica que al servidor público que lo expide, tiene la obligación de exponer en el mismo las razones normativas y de hecho que dieron lugar a la decisión en él contenida. Lo anterior garantiza el respeto del debido proceso, en tanto permite conocer las causas que impulsaron a la administración a expresar en determinado sentido su voluntad. En el derecho administrativo sancionador tal requisito de validez de las decisiones disciplinarias fue establecido en el artículo 19 de la Ley 734 de 2002 que plasmó el principio de motivación al decir «[...] Toda decisión de fondo deberá motivarse [...]». La mencionada prerrogativa garantiza que la autoridad disciplinaria al emitir un pronunciamiento exponga, de forma racional, las razones en que fundamentó la decisión, de modo que se garantice que esta no sea producto del mero capricho o la pura voluntad del funcionario encargado. La motivación de los actos disciplinarios es garantía principal del de-

bido proceso y el derecho de defensa del disciplinado en la medida que le permite conocer los argumentos y las pruebas tenidas en su contra, a efectos de que pueda controvertir su interpretación. [...] es claro que la entidad en los actos administrativos demandados, tanto en primera como en segunda instancia, analizó los hechos que dieron origen a la acción disciplinaria y las pruebas que dieron cuenta de la materialización de estos. De igual manera, es evidente que la demandada efectuó el análisis jurídico de los cargos, descargos y alegaciones del disciplinado, realizó la correspondiente calificación de la falta, el estudio de la culpabilidad y de los parámetros de proporcionalidad que tuvo en cuenta para graduar la sanción de acuerdo al mandato de los postulados del artículo 170 de la Ley 734 de 2002, luego no existió vulneración de su debido proceso en este punto. En conclusión: La autoridad disciplinaria en el sub examine motivó las decisiones disciplinarias, tanto de primera como de segunda instancia, conforme lo ordena el artículo 170 de la Ley 734 de 2002”.

Problema jurídico 2: ¿Con las pruebas recaudadas en el trámite disciplinario se demostró, más allá de toda duda, que el patrullero incurrió

en la falta disciplinaria señalada en el ordinal 9.º del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006?

Tesis 2: [...] el régimen probatorio que regula los procesos disciplinarios que se adelantan contra el personal uniformado escalafonado y los auxiliares de policía que estén prestando servicio militar en la Policía Nacional³⁴ es el fijado en el título VI de la Ley 734 de 2002, toda vez que la Ley 1015 de 2006 no establece uno propio. Precisamente, el artículo 128 de la Ley 734 de 2002 consagra la necesidad de que tanto el fallo disciplinario como toda decisión interlocutoria esté fundamentada en las pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. La norma es clara en determinar que la carga de la prueba en estos procesos le corresponde al Estado. [...] La norma desarrolla el principio de investigación integral, según el cual, la pesquisa que se efectúe dentro del proceso disciplinario, no solo debe apuntar a probar la falta del servidor público, sino además, a encontrar las pruebas que desvirtúen o eximen de responsabilidad al mismo. Lo anterior en todo caso, no exonera a la parte investigada de presentar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer en su favor. [...] el artículo 142 ibidem, indica, de manera precisa, que «[...] No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado [...]». De esta manera, la autoridad disciplinaria en el momento de emitir la decisión condenatoria, debe tener la convicción y la certeza probatoria de que efectivamente el servidor público incurrió en la falta que se le imputa. La existencia de dudas al respecto, implica necesariamente que estas se resuelvan en favor del investigado, en aplicación del principio in dubio pro disciplinado, toda vez que no logró desvirtuarse su presunción de inocencia [...] La interpretación que jurisprudencialmente se ha dado a los indicios

en materia disciplinaria ha sido clara en señalar que estos no constituyen un medio probatorio y se les ha considerado simples herramientas a tener en cuenta al momento de apreciar las pruebas, tal y como lo advierte la norma citada y conforme lo expuesto en el artículo 131 ibidem referente a que la falta y responsabilidad del investigado podrán demostrarse «[...] con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos [...]», lo que excluye al indicio porque el legislador al regular el proceso disciplinario no lo incluyó dentro de estos. [...] La Subsección advierte que la autoridad al definir la responsabilidad del disciplinado lo hace con fundamento en una deducción lógica, guiada porque encuentra dos hechos probados (a y b), sin embargo, no justifica en debida forma el tercero (literal c) ya que carece de una probanza que la sustente. [...] De acuerdo con lo anterior, el señor (...) no debió ser sancionado por la falta estipulada en el ordinal 9.º del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006, conforme lo señalado en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002 que indica de manera precisa que «[...] No se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado [...]».

Problema jurídico 3: ¿Con las pruebas recaudadas en el trámite disciplinario se demostró, más allá de toda duda, que el demandante incurrió en la falta disciplinaria establecida en el numeral 15 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006?

Tesis 3: “[...] es innegable la responsabilidad del señor [...] por la segunda falta imputada porque se demostró que i) después de las dos y treinta de la tarde conoció que las mujeres que habían detenido antes de que se fuera a almorzar llevaban droga, ii) que aun así sus compañeros de patrulla no las judicializaron y las dejaron huir y iii) que no obstante saber todo esto no informó a sus superiores. Por tal razón, incurrió en

la falta fijada en el artículo 35 numeral 15 de la Ley 1015 de 2006 al « [...] Dejar de informar o hacerlo con retardo, los hechos que debe ser llevados a conocimiento del superior por razón del cargo o servicio [...]» tal como lo determinó la autoridad disciplinaria en la decisión de primera y de segunda instancia. La entidad demandada cuando declaró responsable del segundo cargo endilgado al patrullero [...] consagrado en el numeral 15 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006 consistente en «[...] Dejar de informar o hacerlo con retardo, los hechos que debe ser llevados a conocimiento del superior por razón del cargo o servicio [...]» valoró las pruebas allegadas al proceso disciplinario de forma razonada, conjunta y conforme las reglas de la sana crítica [...]

Problema jurídico 4: ¿El demandante, el día 25 de abril de 2007, actuó amparado en la causal excluyente de responsabilidad de que trata el ordinal 6.º del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006?

Tesis 4: “[...] no puede considerarse que el actor actuó amparado en la causal excluyente de responsabilidad de que trata el ordinal 6.º del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006 porque era consciente de que sus compañeros actuaron de manera contraria al ordenamiento jurídico y aun así no informó de ello al comando de policía. Tampoco es factible aseverar que el error que invoca era invencible, toda vez que no le era imposible comunicarse con otros uniformados a efectos de dar a conocer lo sucedido. El patrullero (...) al no informar a sus superiores sobre los hechos acontecidos el día 25 de abril de 2007, relacionados con lo irregular en el procedimiento efectuado por sus compañeros en lo referente a la incautación de la sustancia alucinógena y la no judicialización de las personas que la transportaban, no actuó amparado en la causal excluyente de responsabilidad de que trata el ordinal 6.º del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006 [...]”.

El delegante es responsable disciplinariamente por dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación en relación con el ejercicio de la función delegada.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00135-00[0553-2012]

FECHA: 05/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Amparo Arbeláez Escalante

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos disciplinarios a través de los cuales a la accionante se le impuso la sanción de destitución del cargo que desempeñaba como gobernadora del Quindío y de inhabilidad general por el término de 12 años, que trajo consigo su desvinculación como senadora de la República, se ajustaron al ordenamiento jurídico?

Tesis 1: “[...] son pues tan evidentes las transgresiones a las normas que regulan la materia que no le asiste la razón a la demandante en la argumentación de su primera objeción consistente en que la responsabilidad de la contratación pública recaía en los delegatarios y que el contrato era de ciencia y tecnología. (...) Se reitera que en razón de la figura de la delegación la demandante se hacía responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos de manera que como delegante es responsable por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación que debía ejercer en el delegatario, en relación con el ejercicio de la función delegada. A todo lo antes expuesto se debe agregar, que no le fueron desconocidos por la entidad demandada los principios del debido proceso administrativo y a la dignidad humana, pues lo cierto es que fue claro que pudo intervenir en todas la etapas procesales disciplina-

rias en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, y que la sanción que se le impuso fue proporcionada en atención a la gravedad de la falta en la que incurrió; cuando siendo representante legal del departamento, bajo un contrato que no exigía legalmente proceso de licitación, se pretendieron ocultar contratos que sí lo requerían, con el ánimo de realizar la contratación de manera directa y sin los estudios previos correspondientes. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Con la figura de la delegación se exime de responsabilidad al delegante y, por tanto, quien responde es el delegatario?

Tesis 2: “[...] aunque la delegación implica el traslado de funciones, competencias, responsabilidades, no se transfiere la titularidad de la función del superior jerárquico al inferior. Por tanto si bien es cierto que este último es quien toma las decisiones, no se puede perder de vista que el delegante por mandato constitucional y legal se encuentra habilitado para en cualquier momento reasumir la competencia, luego de revocar el acto de delegación, como también para revisar los actos que profirió el delegatario, lo que significa que puede revocarlos o reformarlos; en la medida en que entre ambos existe un vínculo funcional especial permanente para el ejercicio de las atribuciones delegadas. [...]”.

Atipicidad de la conducta disciplinaria. La inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 no se predica de los concejales.

733

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00066-00[0284-2012]

FECHA: 05/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Hugo Perlaza Calle y otro

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La conducta por la cual fueron investigados y sancionados disciplinariamente los concejales (...) era atípica a la luz de las reglas jurisprudenciales que para la época de los hechos explicaban el sentido y alcance de la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994?

Tesis: “[...] el reproche disciplinario se fundó en la elección del personero municipal a pesar de que, en criterio de la Procuraduría, aquel estaba incurso en la inhabilidad consagrada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en virtud de la cual «no podrá ser elegido como personero quien haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio». [...] la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 no se predica de los concejales habida cuenta de que si bien estos desempeñan un cargo público, el concejo no hace parte de la administración central ni descentraliza del respectivo municipio. Bajo estos parámetros se puede afirmar que la falta disciplinaria contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no podía ser imputada a los concejales (...) habida cuenta de que no existía causal de inhabilidad que im-

pidiera la elección como personero municipal del señor (...). En otras palabras, la conducta de los demandantes era atípica dado que no se adecuaba al reproche disciplinario y por ello era improcedente imponer la sanción disciplinaria, toda vez que el artículo 4 de la Ley 734 de 2002 dispone que esta solo puede enrostrarse al sujeto disciplinario cuando su comportamiento se encuentre previamente descrito como falta disciplinaria. En correspondencia con lo anterior, se impone decretar la nulidad parcial de la Resolución 069 de 21 de septiembre de 2005 y el fallo disciplinario de segunda instancia de 19 de diciembre de 2005, proferidos por la Procuraduría Regional del Valle del Cauca y la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, respectivamente, sin que se requiera el análisis de los demás cargos de nulidad. [...] La Sala negará las pretensiones referidas a la reparación de los supuestos daños morales causados por la ejecución de los actos demandados y el menoscabo a su buen nombre, como quiera que esta no tiene ningún soporte probatorio que permita concluir que dichos daños fueron efectivamente causados. En tal orden, y atendiendo a la carencia absoluta de prueba que acredite la existencia de tales daños, deviene imposible ordenar cualquier tipo de reparación. En cuanto

el restablecimiento del derecho, la Sala negará la solicitud de reintegro al cargo de concejal teniendo en cuenta que el periodo para el cual fueron elegidos (2004-2007) ya feneció, lo que hace imposible que se imparta una orden en ese sentido. Frente a las demás solicitudes de restablecimiento del derecho, se accederá a ellas y en consecuencia, en la parte resolutive de esta decisión, se ordenará a la Procuraduría General de la Nación desanotar la sanción del registro

de antecedentes disciplinarios, y pagar a los demandados los honorarios causados durante el término de suspensión del cargo y hasta cuando sea procedente su pago teniendo en cuenta la finalización de su período como concejales y el término de la sanción. Para tales efectos, se deberá solicitar certificación del Concejo de Palmira en la que consten las sesiones en las que dejaron de asistir los demandantes como consecuencia de la sanción disciplinaria”.

Conducta atípica en materia disciplinaria. Adecuación típica de la conducta endilgada con los elementos normativos y subjetivos que componen el deber legal o el tipo disciplinario desconocido. Vulneración al debido proceso disciplinario.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00024-00[0085-2012]

FECHA: 05/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Guillermo Andrés Muñoz Cifuentes

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El demandante impidió o dificultó la investigación desarrollada por la Fiscalía 002 Especializada y, por ende, su conducta es típica conforme a lo dispuesto en el numeral 16 artículo 37 del Decreto 1798 de 2000?

Tesis: “[...] en lo que respecta a la tipicidad en materia disciplinaria la doctrina ha sostenido que «si se parte del hecho de que desde el deber funcional como centro de imputación jurídica surgen todas las acciones que pueden llegar a afectarlo y respecto de su ejercicio no opera ningún ámbito de libertad, se entiende que para quien ejerce funciones públicas el límite es el deber funcional mismo y por consiguiente, la tipicidad como garantía que emerge en el proceso, en la medida en que vincula a la administración con la obligación de confrontar correctamente la conducta examinada con el tipo disciplinario que se estructura, de tal manera que de este cotejo exacto se les permita a los procesados defender sus intereses» [...] se ha señalado que el juicio de adecuación típica tiene como presupuesto indefectible una relación de contrariedad entre la acción y su descripción legal, de manera que la valoración debe darse siempre sobre la base de todos y cada uno de los elementos normativos y subjetivos que componen el deber

legal o el tipo disciplinario desconocido. Lo anterior a fin de evitar que el operador disciplinario se sitúe para efectos punitivos por fuera de las fronteras que delinear el precepto prohibitivo [...] no encuentra la Subsección que la conducta desplegada por el subteniente (...) haya obstaculizado de forma grave la investigación judicial, ya que obran dentro de la investigación otras declaraciones que confirman la captura y la incautación de unos elementos realizada el 13 de marzo de 2005, en armonía con lo descrito por el accionante, de igual forma, el operador judicial a partir del informe pudo generar las pruebas necesarias para conseguir la verdad de los hechos, y así establecer si había lugar o no a la media de aseguramiento en contra de los imputados, en cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley, sin dejar de lado que en caso negativo, esta decisión no impediría continuar con el proceso penal. (...) El subteniente [...] no impidió o dificultó de forma grave la investigación desarrollada por la Fiscalía 002 Especializada y por ende su conducta no es típica en los términos descritos en el numeral 16 artículo 37 del Decreto 1798 de 2000, pues tal como se evidenció, obran dentro de la investigación otras declaraciones que confirman la captura e incautación de unos elementos [...]”.

Sanción de suspensión en el ejercicio del cargo del rector de la Universidad del Atlántico, por permitir la invasión y deterioro de inmueble recibido en comodato.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00060-00(0185-2011)

FECHA: 27/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Juan Bautista Romero Mendoza

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos acusados fueron expedidos con violación del debido proceso y falsa motivación, por no ser función de la rectoría el mantenimiento preventivo correctivo de los bienes ni las labores de vigilancia, seguridad y operatividad de los contratos de la universidad, sino del jefe de sección de servicios generales, adscrito a la Vicerrectoría Administrativa, e igualmente, por tener como sustento un contrato de comodato anterior a la vinculación al servicio del disciplinado al ente universitario?

Tesis: “[...] No se tipifica la falta disciplinaria cuando quien realiza la conducta está «amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento» [Ley 734 de 2002] (artículo 23 ibidem). En el caso que ocupa la atención de la Sala, aparece demostrado que el demandante, como servidor público y rector de la Universidad del Atlántico, tenía el deber legal y reglamentario de «Evaluar y controlar el funcionamiento general de la Universidad e informar de ello al Consejo Superior y proponer a las autoridades correspondientes las acciones

a que haya lugar.», lo mismo que «Proteger y administrar todo lo relacionado con la conservación del patrimonio y rentas de la Universidad» (se resalta), como claramente lo estipulaba el estatuto de 1994 de la universidad. (...) Es incuestionable, entonces, que el demandante, como supremo director del alma mater, tenía el deber de ejercer vigilancia y control del funcionamiento general de la universidad, es decir, no escapaba a su responsabilidad y control ningún aspecto, dependencia o asunto, por más que internamente existiera división de funciones y de responsabilidades entre dependencias inferiores. La universidad, como persona jurídica, es un solo ente y el rector es la «primera autoridad ejecutiva de la institución y su Representante Legal», al tenor del artículo 25 del estatuto universitario, a lo cual se suma que otra de sus funciones estatutarias era «suscribir los convenios y contratos, expedir los actos que sean necesarios» por supuesto, dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por la universidad a través de estos, así hayan sido signadas por el anterior rector, como sucedió en este caso con el mencionado contrato de comodato”.

No procede aplicar sanción disciplinaria a un servidor público por proferir la respuesta de una petición en interés general de manera verbal y pública.

737

RADICADO: 68001-23-33-000-2013-00667-01(3114-2014)

FECHA: 21/09/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Arley Esteban Arias

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Hay lugar a sancionar disciplinariamente a un funcionario público por dar respuesta en forma verbal a una petición en interés general?

Tesis: “[...] Bajo la recalcitrante exégesis de que la respuesta a la petición solo podía ser escrita, pese a que los peticionarios y los demás asistentes a la reunión reconocieron haberla recibido públicamente y a satisfacción, no es posible dispensar legalidad a los actos demandados, pues lo contrario significaría desconocer los postu-

lados constitucionales como el que enseña que «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de ...eficacia, economía, ...y publicidad» (artículo 209, Constitución Política) y la prevalencia el derecho sustancial (artículo 228, ibidem). No porque la forma de la respuesta a la petición haya sido verbal y pública, se considera que no la hubo, pues en tal caso se privilegiaría el excesivo rigorismo formal en detrimento de la realidad y del derecho sustancial [...]”.

Proceso disciplinario por participación en política y utilización indebida del cargo público.

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00175-00{1289-2010}

FECHA: 19/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Cecilia Hincapié Velásquez

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se configuró el tipo disciplinario señalado en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 1: “[...] es requisito necesario para que se configure el tipo disciplinario (...) que el servidor público utilice su empleo con el fin de participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas y, de esta forma, incidir directamente en las results de las disputas electorales. [...] puede incurrir en actividades (...) tales como, hacer uso de su autoridad para hacer proselitismo, de recursos del erario o elementos destinados al servicio público, información privilegiada sobre su gestión, entre muchas otras. Estos aspectos, de acuerdo con lo explicado, deben ser analizados por la autoridad disciplinaria, en tanto que no toda actividad desarrollada por el servidor público puede catalogarse como una participación en política que constituya una falta disciplinaria (sic). [...] si bien es cierto la accionante no organizó el evento ni entregó publicidad respecto de alguna candidatura ni hizo arengas en favor de un candidato, también lo es que con su asistencia envió un mensaje a la comunidad del barrio de apoyo a las candidaturas de los candidatos presentes. Además, la infracción se configuró una vez dio respuesta a los interrogantes

planteados sobre las obras del acueducto, por cuanto hizo saber a la comunidad votante en qué etapa se encontraba su ejecución de estas y que estas fueron iniciativa del candidato (...) por ende, dio a entender que con su elección continuarían su desarrollo. [...] la señora (...) como gerente de la Empresa de Servicios Públicos, era conocedora de toda la gestión administrativa y de los proyectos adelantados y ejecutados por la entidad, luego no debió responder las preguntas formuladas respecto de los proyectos adelantados por la empresa en el sector, porque con su dicho generó a los asistentes confianza en favor del aspirante (...) aún más cuando éste adelantó parte de las obras que se estaban ejecutando mientras se desempeñó como gerente de la empresa pública mencionada. A juicio de la Sala, la utilización de información reservada por parte de la accionante a la cual tenía acceso por razón de su cargo inclinó la balanza del aparato estatal en favor de dicho candidato. De esta manera se cumplió el supuesto que exige el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 para incurrir en el tipo disciplinario, esto es, la señora (...) utilizó su empleo, dando información que solo ella manejaba sobre las obras del acueducto en favor de la candidatura a la alcaldía del señor (...). Así, participó en la actividad electoral e influyó de forma directa en

los electores, con lo cual desconoció, no solo el tipo disciplinario aludido, sino también la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política de 1991 y, en consecuencia, procedía la imposición de la sanción disciplinaria”.

Problema jurídico 2: ¿Se violó el debido proceso de la demandante en la calificación de la falta y el análisis de la culpabilidad?

Tesis 2: “[...] El artículo 29 de la Constitución Política de 1991 establece el principio según el cual, toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado culpable, aspecto de vital importancia en el derecho sancionatorio, en razón a que determina la abolición de la responsabilidad objetiva e instaura la necesidad de que se pruebe que el actuar objeto de reproche fue cometido a título de dolo o culpa, lo que a su vez permite el correctivo que se imponga sea proporcional, en tanto pondera la gravedad de la sanción con la intención en la materialización de la conducta sancionable. [...] cuando se ejerza el poder punitivo del Estado, las entidades encargadas de ello están obligadas a dilucidar si la conducta desplegada por el servidor público fue cometida con dolo, esto es, con conocimiento de que el hecho vulneraba las normas disciplinarias y que, no obstante, fue su intención ejecutarlo, o con culpa, entendida como un actuar descuidado. Esta última para efectos disciplinarios la Ley 734 de 2002 en el parágrafo del artículo 44 la divide en culpa grave y culpa gravísima del siguiente modo: «[...] Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones [...]». [...] En torno a la culpabilidad, para la Sala es claro que la accionante acudió a

la reunión proselitista de manera voluntaria y con el conocimiento pleno de que por razón de su cargo como gerente de la Empresa de Servicios Públicos del municipio de Dosquebradas le estaba prohibido, en virtud del artículo 127 Constitucional, el participar en actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, conducta que sabía representaba una infracción disciplinaria y que no obstante no evitó. Cabe precisar que no se requiere una prueba directa que dé cuenta del conocimiento previo de la prohibición, como lo quiere hacer entender la accionante, puesto que por las calidades profesionales y la experiencia que tenía como servidora pública es fácil deducir que ello era así, a lo que debe agregarse que el desconocimiento de la ley no es una causal de exculpación. [...] está claro que la demandante de forma consciente y sin ningún tipo de coacción contestó las preguntas hechas por el candidato a la alcaldía del municipio de Dosquebradas, Risaralda (...) y por el señor (...) relacionadas con la ejecución de las obras del acueducto que se estaban desarrollando para el barrio El Poblado del municipio de Dosquebradas, pese a que conocía que el aspirante usaba tal hecho como bandera de campaña, en razón a que fue quien inició dicho proyecto cuando desempeñó el cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos del ente territorial. [...] la Sala no advierte que el actuar de la accionante hubiese sido culposo como pretende que se considere, en tanto era consciente de que su conducta constituía una falta disciplinaria y, aun así, de forma voluntaria la realizó, lo que permite inferir que su objetivo sí era beneficiar la campaña política del señor (...) máxime cuando se probó que se valió de la información que en virtud de su empleo conocía para intervenir en el evento proselitista, lo cual pudo haber evitado y, no obstante, no lo hizo. [...] la jurisprudencia de la Sección ha indicado que el conocer la ilicitud de la conducta y sin embargo come-

terla constituye un actuar doloso, puesto que ello significa el querer buscar un determinado resultado. Al respecto ha dicho: «[...] Por otra parte por la vía de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina se ha aceptado que el dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinado conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales, con lo cual el conocer involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a ello se realiza la conducta es porque efectivamente quiere el resultado [...]» Bajo tales consideraciones, la Sala desestima el cargo al no encontrar elementos de juicio que permitan concluir que el proceder de la señora (...) se dio por descuido e inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, configurativo de culpa grave, puesto que ella bien sabía de la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política de 1991, y que tal actuación quebrantaba el régimen disciplinario y aun así actuó, por lo que su conducta se cometió a título de dolo. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Se vulneró su derecho al trabajo como consecuencia de la sanción disciplinaria?

Tesis 3: “[...] la Procuraduría tuvo en cuenta los antecedentes disciplinarios y el currículo laboral al momento de imponer el correctivo disciplinario y que este se ajusta al principio de proporcionalidad, por cuanto existe una corre-

lación y un equilibrio entre el ilícito disciplinario y la sanción a imponer, pues para el efecto consideró los criterios consagrados en los artículos 43, 44, 46 y 47 del CDU, y como circunstancia de atenuación observó que la investigada no registraba sanciones ni inhabilidades vigentes en su hoja de vida, conforme al certificado de antecedentes expedido por el jefe de División del Centro de Atención de la Procuraduría General de la Nación visible en el folio 263. [...] si bien es cierto que el artículo 25 de la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, también lo es que el legislador consagró un régimen disciplinario al cual deben someterse todos los servidores públicos. Su incumplimiento implica por parte del Estado iniciar actuaciones administrativas acorde al artículo 29 Superior. [...] la sanción disciplinaria imputada en un caso concreto es el resultado de una decisión administrativa, en donde la actora tuvo la oportunidad de intervenir y controvertir los hechos endilgados, conforme lo disponen el artículo 29 Superior y la Ley 734 de 2002. Si bien es cierto el correctivo impide el acceso a cargos públicos, también lo es que no vulnera el derecho al trabajo, como quiera que dicha inhabilidad es el resultado de una limitación establecida por la ley con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el empleado público, más no por la arbitrariedad del Estado de prohibirle el derecho al trabajo [...]”.

Sanción disciplinaria por participación en Policía. Posibilidad de variar el procedimiento de ordinario a verbal hasta el pliego de cargos. Adecuada valoración probatoria de la conducta de participación en política y determinación de la ilicitud sustancial.

741

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00290-00[2388-2010]

FECHA: 26/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Juan Carlos Abadía Ocampo

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Procuraduría General de la Nación vulneró las formas propias del juicio disciplinario adelantado en contra del gobernador demandado?

Tesis 1: “[...] las reglas de procedimiento buscan la realización de principios constitucionales y derechos fundamentales tales como la igualdad real al disponer que todas las personas sean juzgadas bajo la misma ritualidad procesal. Ello sin perjuicio de procedimientos especiales establecidos para determinados funcionarios que obedecen a razones específicas, y la exclusión de cualquier forma de arbitrariedad en el ejercicio de la administración de justicia de manera que las formas propias del juicio aseguran la imparcialidad del juez [...] Con la finalidad de lograr mayor celeridad en los procesos disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores, la Ley 734 de 2002 concibió el procedimiento verbal, el cual se traduce en un trámite más expedito para adelantar las diligencias tendientes a verificar la responsabilidad del servidor público, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Este procedimiento está descrito en los artículos 177 a 180 ibidem y se inicia con la citación a audiencia al posible res-

pensible para que rinda su versión sobre los hechos objeto de investigación, y aporte y solicite pruebas, las cuales se practicarán en la misma diligencia. Una vez concluidas las intervenciones se dictará la decisión que corresponda, de manera verbal, y se entenderá notificada en estrados, oportunidad en la cual es viable la interposición del recurso de apelación, que podrá ser sustentado verbalmente o por escrito dentro de los dos días siguientes, igual término que tiene el superior para definirlo. Ahora, si el procedimiento es de única instancia, procede el recurso de reposición que será resuelto en la misma diligencia. En caso de que no se presente recurso alguno, la providencia quedará ejecutoriada una vez concluya la audiencia. [...] conviene precisar que conforme al artículo 162 de la Ley 734 de 2002, habrá lugar a formular pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, mediante decisión que debe contener los aspectos relacionados en el artículo 163 ibidem. [...] La Procuraduría General de la Nación no desconoció las formas propias del juicio disciplinario adelantado en contra de (...) en primer lugar, porque al adoptar el trámite verbal luego del auto de apertura de investigación, no

se vulneró el debido proceso del encartado, en consideración a que el tercer inciso del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 no prevé la limitación temporal para la adopción del procedimiento verbal que indica el actor, y adicionalmente por cuanto la jurisprudencia ha optado por permitir dicha posibilidad de variación hasta el pliego de cargos, en aras de salvaguardar los derechos de defensa y contradicción. Así las cosas, comoquiera que en el presente asunto la modificación del procedimiento se surtió en la misma providencia de formulación de cargos, es claro que la decisión de variar el procedimiento al verbal se dio con plena observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso y no afectó los derechos del investigado, quien notificado de la decisión, pudo conocer la calificación de la falta imputada, y ejercer el derecho de defensa y contradicción. En segundo lugar, porque el hecho de que no se hubiera citado a una audiencia para dar lectura al fallo que resolvió la segunda instancia no implica la omisión de alguna etapa procesal que esté prevista dentro del procedimiento verbal, toda vez que la Ley 734 de 2002 no contempla que la decisión de segunda instancia deba dictarse dentro de audiencia. En consecuencia, las normas que rigen las formalidades de dicha providencia son las que regulan el procedimiento ordinario en esta instancia, según las cuales la notificación es personal al disciplinado y/o a su defensor o, en su defecto, por edicto y no en estrados”.

Problema jurídico 2: ¿La divulgación a los medios de comunicación de la decisión de primera instancia antes de su notificación al demandante vulneró el principio de imparcialidad de la función pública y, por ende, es causal de nulidad de los actos acusados?

Tesis 2: “[...] El principio en cuestión tiene dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. La objetiva hace referencia a la materia sobre la cual haya de conocerse u objeto del proceso, en tanto

la subjetiva se predica respecto de los sujetos y consiste en que el juez o funcionario que debe emitir una decisión sobre determinada materia no haya tenido relación alguna con las partes involucradas, de manera que se asegure su probidad e independencia para que no se vea afectado su razonamiento objetivo por inclinaciones o diferencias personales con alguna de las partes del asunto bajo su conocimiento. [...] tampoco se evidencia que al revelar a los medios de comunicación la sanción impuesta al actor se le hubiere vulnerado el debido proceso, pues como se vio, la providencia del 5 de mayo de 2010 le fue notificada debidamente en la audiencia, y en esa misma oportunidad formuló el recurso de apelación para sustentarlo en el memorial presentado el 7 de ese mismo mes. Aunado a lo anterior, debe anotarse que por otra parte, el artículo 33 de la Ley 190 de 1995 dispone que los fallos que profieran la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, son públicos, de manera que el hecho de divulgar a los medios la sanción disciplinaria que fue impuesta en contra de (...) no constituye vulneración del orden jurídico. [...] La divulgación a los medios de comunicación de la decisión de primera instancia, antes de su notificación al demandante, no vulneró el principio de imparcialidad de la función pública ni de tal principio en materia disciplinaria”.

Problema jurídico 3: ¿La conducta del demandante en la reunión del 20 de febrero de 2010 en el corregimiento de Roza, Valle del Cauca, investigada por la Procuraduría General de la Nación, se adecúa a la falta disciplinaria descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 3: “La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que

nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». [...] El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contradicción entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido. [...] la Ley 996 de 2005 en su título III delimitó el alcance del derecho a participar en política para lo cual en el artículo 38 determinó unas prohibiciones aplicables a todos los servidores públicos, en el artículo 39 reguló las conductas permitidas, de las cuales se reitera, en virtud de la inexequibilidad declarada a través de la sentencia C- 1153 de 2003, solamente se mantuvo la de inscribirse como miembro de su partido. Y en el artículo 40 previó las sanciones, al señalar que «incumplir con las disposiciones consagradas en este capítulo, será sancionable gradualmente de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y según la gravedad del hecho». [...] Para la Sala, el gobernador del Valle del Cauca (...) incurrió en el tipo disciplinario consagrado en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en atención a que su conducta no se enmarcó dentro de las permitidas por el artículo 127 de la Constitución Política, el Acto Legislativo 2.º de 2004 y la Ley 996 de 2005. En efecto, las pruebas arrimadas al plenario evidencian que su conducta configuró un ejercicio abusivo del derecho a participar en política, en la medida que en uso de sus competencias como gobernador programó una reunión con los alcaldes de su departamento, a fin de tratar temas que

aquejaban a los municipios y estando en época electoral, invitó a la misma a un precandidato presidencial, permitiéndole nutrirse de la información que allí se presentaría, a fin de que con esta elaborara su proyecto presidencial y plan de gobierno, vulnerando con ello los principios que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y el derecho de igualdad de los partidos políticos, como quiera que a la misma no se invitó a ningún otro candidato o precandidato presidencial. [...] el análisis conjunto del material probatorio permite evidenciar que el señor (...) con su actuar, propició, permitió y facilitó las actividades de la campaña del precandidato a la Presidencia de la República (...) en desmedro de la de los demás precandidatos y candidatos a quienes no se les convocó a dicha reunión, para que en igualdad de oportunidades pudieran acceder a la información de los municipios que allí se brindó, con lo cual se infiere que su conducta se encuentra enmarcada en la falta disciplinaria descrita en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Las decisiones sancionatorias se fundamentaron en una indebida valoración probatoria?

Tesis 4: “[...] Así las cosas y si bien se ha indicado que en dicha reunión la actitud del gobernador (...) no fue activa en el sentido de hacer proselitismo o propaganda política, es necesario recordar que tal como lo consideró la Corte, la participación en política no requiere de conductas activas de publicidad o proselitismo de los servidores públicos, pues dicha falta puede configurarse con comportamientos pasivos que puedan tener incidencia electoral directa, como ocurrió en este caso, en el que en plena campaña hacia la Presidencia de la República, se permitió a un solo candidato tener una reunión con los gobernadores, lo que va en detrimento de los principios constitucionales. Además, la afir-

mación del accionante según la cual canceló los concejos comunitarios y advirtió a los alcaldes el deber de cuidado con este tipo de actividades, demuestra que estaba consciente de que con su conducta no podía favorecer a alguna causa política en la época pre electoral, la cual no requiere, de manera inequívoca, la difusión de material publicitario, pues la actividad de los partidos y movimientos políticos no se contrae, exclusivamente, a la distribución de propaganda gráfica o al proselitismo político activo, como se indicó anteriormente. De otra parte, el hecho de que en la jornada electoral no hubiese salido ganador el señor (...) no despoja del carácter político a la reunión que se examina, pues para que se estructure la falta disciplinaria por participación en política, no se exige un determinado resultado electoral o que la conducta del servidor público sea efectiva para lograr el éxito o la derrota del movimiento o partido político que se beneficia o perjudica con su intervención, lo que determina la constitución de la falta es la vulneración del artículo 127 de la Constitución Política, el Acto Legislativo núm. 02 de 2004 y la Ley 996 de 2005. [...]”.

Problema jurídico 5: ¿Los actos acusados analizaron la ilicitud sustancial de la conducta investigada?

Tesis 5: “[...] En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5.º de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.» Es importante precisar que, en el ámbito de la función pública, la noción de empleo debe entenderse como «el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el regla-

mento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública, y que deben ser atendidas por una persona natural», ello determina que el deber funcional enmarca todas aquellas funciones que le han sido asignadas a un determinado empleo o cargo público, las cuales han de ejercerse con observancia de los parámetros constitucionales y legales dentro de los cuales ha sido concebido, pues su desbordamiento conlleva un reproche de responsabilidad a la luz del artículo 6.º de la Constitución Política. [...] no es suficiente que el servidor público falte a sus deberes funcionales para que exista la falta disciplinaria, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada al disciplinado, lo que significa que si la ilicitud no fue «sustancial» no es posible declarar la responsabilidad disciplinaria. Otro requisito que debe cumplirse para que exista antijuridicidad de la conducta, consiste en que la afectación del deber funcional debe originarse en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que para refutarla es menester que este tenga una razón válida para haberla cometido, situación en la cual la autoridad disciplinaria debe revisar las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en la Ley 734 de 2002. [...] La Constitución Política, en el artículo 209, consagra los principios de la función administrativa, dentro de los cuales, se incluye en lo relevante al presente caso, el de imparcialidad, el cual implica que los servidores públicos deben actuar de manera neutral en el ejercicio de las funciones públicas. [...] aunque los alcaldes no están subordinados jerárquica o funcionalmente al gobernador, lo cierto es que este último ejerce control de tutela respecto de aquellos, y que como consecuencia de ello, al permitir el encuentro con el pre candidato (...) quien al ser una persona con trayectoria y experiencia en la administración

pública y la problemática nacional «despierta la atención en esta clase de electores, quienes pueden ver en él a un buen conductor de los destinos del país [...]», por lo que se vulneró el deber de imparcialidad que debía primar en las actuaciones que en calidad de gobernador, adoptara el demandante. Por su parte, la decisión de segunda instancia consideró adicionalmente, que se afectaron sustancialmente los deberes funcionales del actor en su calidad de gobernador departamental, consistentes en mantener su cargo y funciones al margen de los debates y contiendas propias de los partidos

y movimientos políticos. [...] se evidencia que contrario a lo afirmado por el demandante, los actos demandados sí se ocuparon de analizar la afectación sustancial al deber funcional que acompañó la conducta (...) pues vulneró la obligación de velar por garantizar el principio de imparcialidad y transparencia en todas las actuaciones que despliegue en el ejercicio de las funciones impuestas como servidor público, máxime cuando para la fecha de los hechos ostentaba un cargo de la mayor trascendencia en la administración departamental. [...]”.

Imputación ambigua de la comisión de la falta disciplinaria. Falta disciplinaria por el desconocimiento de los principios que rigen la contratación. Principio de selección objetiva del contratista. Desconocimiento del régimen especial de contratación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00357-00(1358-2012)

FECHA: 25/01/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Martha Isabel Uribe Escobar

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es legal el fallo de 11 de febrero de 2009, proferido por la Procuraduría Regional del Quindío y el de 19 de junio de 2009, proferido por el procurador delegado para la moralidad administrativa, mediante los cuales se impuso a la señora (...) la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo de directora del Instituto Seccional de Salud del Quindío por el término de 12 meses?

Tesis: “[...] no es posible endilgar la comisión de una falta disciplinaria por el desconocimiento de los principios que rigen la contratación estatal de manera ambigua, pues se requiere precisar en qué consiste la falta disciplinaria de manera clara y concreta. Es decir que en los casos en los que se pretenda endilgar la falta en la que se fundamentaron los fallos disciplinarios se debe o bien hacer referencia al desconocimiento directo de un precepto constitucional o de una de las reglas que desarrollan los principios que rigen la contratación estatal. El deber de selección objetiva en el Decreto 777 de 1992 que desarrolla las reglas relativas a los convenios de interés público, se concretó en la selección de un contratista con reconocida idoneidad y nada se estableció res-

pecto de la pluralidad de oferentes. Es necesario poner de presente que hasta una fecha muy reciente, esto es, hasta la expedición del Decreto 092 de 2017, se establecieron reglas para la selección del contratista cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Es más, en dicha reglamentación se permite prescindir de un proceso competitivo en algunos casos puntuales. Ello implica que para el momento de ocurrencia de los hechos, no existía obligación alguna de solicitar múltiples propuestas. [...] la falta se estructuró a partir de la presunta vulneración del principio de selección objetiva, pero fundamentada a partir de las reglas propias de los contratos sometidos al estatuto general de contratación de la administración pública. En ese sentido, al analizar los fallos disciplinarios se observa que el fundamento de la sanción se concretó en las reglas de los artículos 23 a 29 de la Ley 80 de 1993 y en el desarrollo de la modalidad de contratación directa para los negocios jurídicos que se rigen por el estatuto general de contratación de la administración pública, esto es, el Decreto 855 de 1994, el cual no le es aplicable al caso concreto. Es necesario resaltar que durante todo el trámite adelantado en sede admi-

nistrativa se hizo referencia constante a disposiciones que no le eran aplicables al convenio suscrito por el Instituto Seccional de Salud del Quindío, con el Instituto Colombiano de bienestar familiar y con la Cooperativa Multiactiva de Bienestar Coobienestar. Si bien es cierto que el mismo se encuentra dentro de las excepciones a la modalidad de licitación pública y por lo tanto susceptible de ser adjudicado mediante la de contratación directa, no puede acudirse a las reglas contenidas en el Decreto 855 de 1994, aplicables exclusivamente a los negocios jurídicos que se rigen por el estatuto general de contratación de la administración pública, puesto que el negocio jurídico celebrado se rigió por las disposiciones contenidas en el Decreto 777 de 1992. En consecuencia, se observa que la Procuraduría incurrió en un grave error, pues sustentó el pliego de cargos y los fallos disciplinarios a partir de las normas propias del estatuto, sin tener en consideración el régimen especial del convenio suscrito

por el Instituto Seccional de Salud del Quindío, con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Quindío y con la Cooperativa Multiactiva de Bienestar Coobienestar, con lo cual incurrió en una causal de nulidad, pues se profirieron con desconocimiento de las normas en que deberían fundarse. En este punto se hace un llamado de atención a la Procuraduría General de la Nación a tener más rigor al momento de elevar los pliegos de cargos y de proferir los fallos disciplinarios, pues las faltas relacionadas con la actividad contractual deberán fundamentarse a partir de las normas propias que rigen cada situación particular. Es decir, así los principios que se encuentran en el estatuto les sean aplicables a los negocios jurídicos que suscriben las entidades a las que hace referencia el artículo 2 de la Ley 80, las reglas que se desprenden de los mismos pueden variar de manera sustancial y en tal sentido le corresponde al ente de control estructurar la falta a partir de la normativa pertinente. [...]”.

Responsabilidad disciplinaria del alcalde municipal en materia de contratación estatal. Omisión de la aprobación de la garantía del buen manejo del anticipo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00489-00(1924-2011)

FECHA: 25/01/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Luis Alfonso Díaz Barbosa

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Son legales los actos acusados expedidos por la Procuraduría General de la Nación por medio de los cuales le fue impuesta (...) la sanción de suspensión por el término de 3 meses, modificados a 2 convertibles en multa, de conformidad con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con los numerales 1 y 4 ibidem?

Tesis: “[...] el señor (...) alcalde municipal de Ocaña, omitió injustificadamente la aprobación de las garantías (pólizas) presentadas por los contratistas dentro de los contratos núm. 09 de 2004; 06; 08; 042 y 055 de 2005, negligencia que con llevó a que el contrato 042 de 2005, se ejecutara a pesar de que el término de la garantía respecto del buen manejo del anticipo fuera inferior al pactado en el contrato, vulnerando con ello, los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, 17 y 18 del Decreto 679 de 1994, normas que indican que las garantías deben ser aprobadas antes del inicio de la ejecución del contrato y por el valor del mismo, siendo así, un deber legal impuesto al jefe de la administración municipal para verificar en esta oportunidad procesal y no en otra, comportamiento que está descrito como falta disciplinaria en los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de la Ley 734 de 2002,

como en efecto lo consideró el ente de control en los actos enjuiciados. El inciso 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 vigente para la época de los hechos señalaba sobre la ejecución de pólizas que: «para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.» Así mismo, el artículo 18 del Decreto 679 de 1994 vigente para la época de los hechos expresaba que: «[...] la entidad estatal contratante sólo aprobará la garantía que con sujeción a lo dispuesto en el respectivo contrato, ampare el cumplimiento idóneo y oportuno conforme a lo dispuesto en el presente decreto [...]», norma aplicable específicamente para la garantía única de cumplimiento de los contratos. [...] del informe rendido por la Contraloría se aprecia objetivamente que el actor incurrió en una conducta disciplinable y por lo tanto están dadas las circunstancias fácticas y jurídicas para proferir pliego de cargos al tenor de los artículos 161 y 162 ibidem, indistintamente de que la conducta haya sido tipificada como falta disciplinaria en los numerales 1 y 49 de los artículos 34 y 48 de ejusdem; por tanto siguiendo la

línea jurisprudencial atrás referida las causales descritas en el artículo 175 son independientes y autónomas, solo basta que una de ellas se de (sic) para iniciar la actuación bajo el procedimiento verbal. En este entendido el asunto que nos ocupa puede tramitarse por el procedimiento verbal al encontrarse cumplidas las exigencias descritos en el inciso 3 de del artículo 175 del C.D.U, sin que dicha situación procesal implique vulneración al debido proceso o derecho de defensa, aún más cuando gozó de todas las garantías procesales, como quedó registrado en párrafos anteriores. [...] el cargo atribuido al actor durante el desarrollo del proceso disciplinario fue la omisión en la aprobación de garantías, sin que se presentara variación en la segunda instancia, coexistiendo unidad objetiva de análisis entre las instancias procesales sobre un mismo cargo, tal y como se prueba con los textos trascritos por las instancias y su estudio, pues si en determinado caso la segunda instancia realizó un examen más amplio sobre la omisión en la aprobación de pólizas respecto de los

contratos, ello no significa variación o cambios sustantivos en la formulación inicial del cargo, menos vulneración a las garantías procesales, en especial al debido proceso y derecho de defensa. Probado está que el actor presentó descargos, pruebas, las controvertió, alegatos de conclusión, hizo uso de los recursos de ley, en ejercicio de su derechos procesales. [...] Bajo ese entendido los actos están debidamente fundamentados en el acervo probatorio allegado, el cual permite concluir la ausencia de pruebas para desvirtuar la legalidad de los actos demandados. Para la Sala los actos acusados se tramitaron con absoluto respeto de las garantías constitucionales y legales que lo gobiernan, la demandada le brindó al petente la oportunidad de presentar descargos, controvertir las aportadas, se escuchó en versión libre y espontánea, conoció de las decisiones proferidas al interior del proceso, indagó lo favorable y lo desfavorable, sin que lograra desvirtuar su responsabilidad en los hechos materia de investigación [...]”.

Desviación de poder y falsa motivación del acto administrativo sancionatorio. Irregularidades dentro del proceso disciplinario como causal de nulidad de los actos administrativos sancionatorios. Término para proferir decisión disciplinaria. Cosa juzgada y principio del non bis in idem. Solicitud de permiso para salir a estudiar en horas laborales.

RADICADO: 17001-23-33-000-2013-00585-01(3623-2014)

FECHA: 25/01/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Gloria Amparo Claros Mejía

DEMANDADO: Municipio de Manizales - Personería de Manizales - Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos sancionatorios cuestionados se encuentran afectados por desviación de poder o falsa motivación?

Tesis 1: “[...] La falsa motivación es un vicio del acto administrativo que se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se evidencia como inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso se revela el error de hecho y en el segundo el error de derecho. A su turno, la desviación de poder se presenta cuando la autoridad que emite un acto administrativo persigue un fin diferente al previsto por el legislador en el caso en concreto, obedeciendo a un fin arbitrario o ilegal. [...] La Sala observa que los actos sancionatorios cuestionados en el presente proceso son producto de investigaciones llevadas a cabo por autoridades disciplinarias autónomas e independientes de la Alcaldía de Manizales (como lo son la Personería de Manizales y la Procuraduría Regional de Caldas), entidad en la que

trabaja la demandante, y no se evidencia en el proceso ningún nexo causal entre la supuesta persecución de la que fue objeto por el jefe de talento humano de la citada entidad accionada y las decisiones tomadas en los actos censurados por esas autoridades disciplinarias que, se itera, son independientes de la Jefatura de Talento Humano de la Alcaldía de Manizales y no aparecen en el expediente elementos suasorios que demuestren que existe un nexo causal entre la presunta persecución alegada por la demandante y los actos administrativos sancionatorios censurados. Las meras y simples afirmaciones de la demandante, no constituyen un elemento probatorio, ni menos aún llevan al juzgador a la persuasión en el grado de certeza acerca de que, efectivamente, los actos censurados están afectados por los vicios de falsa motivación y desviación de poder. En consecuencia, la Sala estima que la parte demandante no demostró que los actos cuestionados estuvieran afectados por falsa motivación y desviación de poder, tal como lo analizó el a quo”.

Problema jurídico 2: ¿El jefe de talento humano de la Alcaldía de Manizales estaba incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 2: “[...] La Sala, una vez examinado el expediente, vislumbra que el jefe de talento humano de la Alcaldía de Manizales no actuó a lo largo del proceso disciplinario como autoridad disciplinaria, es decir, no ejerció la acción disciplinaria, toda vez que se evidencia que la primera instancia del proceso disciplinario fue llevada a cabo por la Personería de Manizales y el acto sancionatorio número 001 del 9 de mayo de 2011 (folios 37-48 cuaderno 1) fue emitido por el mismo personero municipal del citado municipio de Manizales. De igual forma se evidencia que la segunda instancia que confirmó la sanción impuesta por la Personería de Manizales fue desarrollada y resuelta por la Procuraduría General de la Nación a través del Procurador Regional del Departamento de Caldas (folios 49-57 cuaderno 1). En cuanto a la Resolución 0369 del 29 de febrero de 2012 (folios 58-60 del cuaderno 1), es el acto que simplemente ejecutó la orden dada por los precedentes actos administrativos sancionatorios, el cual fue suscrito por el Alcalde de Manizales como máxima autoridad administrativa y nominadora del citado municipio y en el cual aparecen las firmas de otros funcionarios de la administración municipal, entre los cuales se encuentra el jefe de talento humano. En lo que concierne a la Resolución 0408 del 02 de marzo de 2012, que declaró la inhabilidad por tres años de la demandante, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, fue suscrita también por el Alcalde de Manizales como máxima autoridad administrativa y nominadora del citado municipio y por otros funcionarios más de la administración municipal entre los que se encontraba el jefe de talento humano. La Sala resalta que este acto

no fue emitido como resultado de un proceso disciplinario sino que fue fruto de una inhabilidad sobreviniente establecida en el precitado artículo 38 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, la cual se refiere a que cuando cualquier empleado o funcionario de las entidades estatales sea sancionado disciplinariamente tres o más veces durante un período de cinco años, por faltas graves o leves dolosas o por ambas, como se evidencia que ocurrió con la demandante (folios 33-36 del cuaderno 1, se incurre en causal de inhabilidad que tendrá una duración de tres (3) años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. [...] esta inhabilidad sobreviniente no es una nueva sanción sino que surge como consecuencia de haberse proferido una tercera sanción disciplinaria a un mismo funcionario o empleado público en un lapso de cinco (5) años, como una medida de protección de la administración, sobre los bienes jurídicos que protege el derecho disciplinario relacionados con los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, frente a la reincidencia o la comisión de varias faltas disciplinarias de los servidores públicos en el citado período de 5 años. Como consecuencia de lo anteriormente analizado, no tiene razón la accionante al alegar que el jefe de talento humano de la Alcaldía de Manizales estaba incurso en alguna de las causales de impedimento y recusación establecidas en el artículo 84 de la Ley 734 de 2002, porque es evidente y diáfano en el sub lite que ese funcionario no ejerció como autoridad disciplinaria en el proceso disciplinario (tanto en la primera como en segunda instancia) que culminó con la expedición de los actos administrativos sancionatorios atacados. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿La demandante contestó o no un requerimiento que le hizo la jefatura de gestión humana de la Alcaldía de Manizales acerca de que debía solicitar permiso para salir a estudiar en horas laborales?

Tesis 3: “[...] La Sala vislumbra que no existe material acreditativo que demuestre que la accionante respondiera el requerimiento concreto que le hiciera su empleador, en cuanto a que tenía que solicitar permiso para estudiar en horas laborales. Más aún, se demostró en el proceso que a la demandante se le hicieron varios requerimientos, recordándole incluso las normas sobre otorgamientos de permisos que obran en el manual específico de funciones y competencias. [...] la investigación disciplinaria demostró que la señora demandante no obtuvo ningún tipo de permiso por parte de la Alcaldía de Manizales para ausentarse de su sitio de trabajo en horas laborales. Incluso la Sala observa que la misma actora reconoce que no respondió tales requerimientos al expresar que sí los respondió pero a través de un certificado que presentó de un centro de estudios. Es evidente que lo que debía haber hecho es haber otorgado una respuesta personal, directa y concreta en su condición de servidora pública que debe cumplir sus deberes y obligaciones, ante los requerimientos expresos de su empleador, lo cual no ocurrió en el presente caso. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿La tardanza de la Procuraduría General de la Nación para proferir la decisión de segunda instancia es una irregularidad con la entidad suficiente para declarar la nulidad de ese acto administrativo sancionatorio?

Tesis 4: “[...] La Sala reitera lo que se analizó ut supra en el sentido de que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, toda vez que lo que interesa, en el fondo, es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, solo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrear la anulación de los

actos sancionatorios. En el caso en concreto se vislumbra que el hecho de que hubiere existido una tardanza para proferir el acto administrativo sancionatorio de segunda instancia, este hecho de por sí solo no produjo una violación al derecho de defensa y al debido proceso, porque se evidencia que se respetaron los derechos fundamentales de la accionante, como quiera que tuvo la oportunidad de contradecir las pruebas y desarrollar su defensa a lo largo de toda la actuación disciplinaria y en toda la actuación procesal que se surtió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Adicionalmente, la Sala quiere resaltar que al momento de analizar la observancia rigurosa y estricta de los términos administrativos y judiciales, se deben tener en cuenta aspectos como la congestión y la complejidad de los asuntos, temas que generalmente superan la capacidad humana de los servidores públicos y de los operadores judiciales. Por tales razones, la Sala reitera que este tipo de irregularidades no tienen la entidad suficiente para declarar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, porque de la tardanza en proferir la decisión sancionatoria de segunda instancia no se demostró que ella originó una violación al debido proceso, al derecho de defensa de la demandante. [...]”.

Problema jurídico 5: ¿Se violó el principio de non bis in ídem porque presuntamente en los actos sancionatorios demandados y en el de ejecución de una sanción (Resolución 0369 de 29 de febrero de 2012) se condenó disciplinariamente a la demandante dos o más veces por los mismos hechos?

Tesis 5: “[...] El principio de non bis in ídem se ha conocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina como una disposición derivada del principio fundamental del debido proceso que garantiza que una persona no sea sancionada varias veces por el mismo hecho o que se le impongan varias sanciones en el mismo

proceso, salvo que una sea accesoria a la otra. [...] la sala constata que los actos sancionatorios enjuiciados no afectaron el principio del non bis ídem por las siguientes razones: i) la demandante no fue sancionada más de dos veces por los mismos hechos y ii) a la accionante tampoco se le impusieron varias sanciones dentro del mismo proceso disciplinario por los mismos hechos. (...) En consecuencia, se reitera, tal inhabilidad sobreviniente no es una nueva sanción por los mismos hechos sino una medida de protección de la administración sobre los bienes jurídicos que protege el derecho disciplinario, relacionados con los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, frente

a la comisión por parte de los servidores públicos de tres faltas disciplinarias en un período de cinco (5) años. (...) Ahora bien, si en gracia de discusión se planteara que lo que alega la demandante es que fue sancionada por los mismos hechos en los dos procesos disciplinarios anteriores al tercero analizado y que dieron origen a los actos sancionatorios cuestionados, tampoco tendría razón la demandante puesto que la Sala vislumbra que en los dos procesos anteriores la demandante fue sancionada por hechos diferentes desde el punto de vista fáctico y de tiempo, es decir, por hechos acaecidos en fechas anteriores a la tercera sanción, y que además fueron sancionados con medidas diferentes en cada uno de los tres casos”.

Proceso disciplinario contra alcalde municipal por interés indebido en la contratación. Contrato de prestación de servicios. Procedencia de la cosa juzgada y archivo del proceso.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00406-00(1523-2011)

FECHA: 01/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Wilson Enrique Padilla García

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En el caso puesto a consideración de la Sala operó el fenómeno de la cosa juzgada, pues de ser ello así la actuación estaría viciada de nulidad?

Tesis: “[...] las pruebas que sirvieron de fundamento al auto de archivo de la Procuraduría Provincial de Valledupar no resultan relevantes para desvirtuar un cargo, conducta o posible hecho punible como la de celebración indebida de contratos, por una razón muy sencilla, y es que dentro de las enlistadas en dicho plenario no reposaba ningún contrato estatal. De acuerdo con lo anterior, se tiene que el archivo que efectuó la Procuraduría Provincial de Valledupar no debe entenderse como si hubiera cobijado la conducta por la cual se le investigó y sancionó al hoy demandante, pues se recuerda que los efectos de la cosa juzgada se conciben para «(...) lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica»; luego el litigio suscitado por la denuncia presentada ante la Procuraduría relacionada con el contrato suscrito con AFASECOM, y que se utilizó para que quien ejercía como escolta personal del disciplinado pudiera recibir un pago por parte de la administración disfrazado a través de un contrato

de prestación de servicios con la referida asociación prestando supuestamente la labor de ayudante de maquinaria, no pudo ser solucionada definitivamente con la decisión de archivo a la que se ha hecho alusión, pues como se vio ninguna prueba respaldaba la decisión de dar por terminada esa controversia. [...] las pruebas enlistadas en el auto de archivo del 15 de marzo de 2004 proferido por el procurador provincial de Valledupar hacen referencia a conductas diferentes a la posible comisión del delito de celebración indebida de contratos, para entender que esta falta también quedó cobijada bajo la figura de la cosa juzgada, debió motivarse expresamente tal circunstancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 734 de 2002. [...] En ese orden y a manera de conclusión no se puede entender bajo ninguna circunstancia que la decisión de archivo recayó sobre todas las cuestiones planteadas en la denuncia, pues al margen de que no existe motivación respecto a la conducta por la que se terminó sancionando al actor, las pruebas recaudadas no resuelven todas las cuestiones plasmadas en la denuncia, tal como acontece con la conducta de celebración indebida de contratos. Por todo lo anterior no es de recibo que la decisión que se cuestiona en

la demanda de cara al archivo efectuado por la Provincial de Valledupar vulneró el principio de cosa juzgada, en tanto que, al no abarcar la totalidad de las cuestiones planteadas en la queja o denuncia, no se puede configurar la identidad de objeto, pues el objeto de la investigación versó sobre una pretensión diferente a la decisión que se archivó. [...] Así mismo, no existe identidad de causa petendi pues la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada no tiene

los mismos fundamentos como sustento, pues en la decisión de archivo se relacionó tanto el material probatorio como los argumentos relacionados con un presunto incremento patrimonial injustificado, mas no frente a una indebida celebración de contratos. Así las cosas, no se encuentra vulnerado por parte del juzgador disciplinario el principio referido, por lo que, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar”.

La declaratoria de la nulidad del acto que declaró la ilegalidad del cese de actividades, durante el curso del proceso, deriva el decaimiento de los actos administrativos que impusieron sanciones disciplinarias al trabajador oficial por su participación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00209-00[0828-2012]

FECHA: 11/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Germán Luis Alvarino Soracá

DEMANDADO: Empresa Colombiana de Petróleos [Ecopetrol S.A.]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La nulidad del acto que declaró ilegal el cese de actividades, durante el curso del proceso, ocasiona la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento de los actos administrativos que impusieron las sanciones de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos al trabajador oficial, por su participación en la huelga?

Tesis: “La motivación de las decisiones sancionatorias cuestionadas,[destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos] el hecho determinante de la medida disciplinaria fue la participación del actor en la mencionada huelga, a pesar de haber sido declarada ilegal por el Ministerio de la Protección Social.(...) al anularse por el Consejo de Estado el acto

administrativo que declaró la ilegalidad del aludido cese de actividades, se produjo el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de los actos disciplinarios demandados por el actor, por haber desaparecido del mundo jurídico los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyaron, cuanto más por el derecho a la protesta que tienen tales trabajadores oficiales, como el demandante, en particular por su condición de sindicalizado de la USO. Esta consecuencia resulta armónica con el orden jurídico, pues, como lo sostuvo la Corte, existen ocasiones en las que a pesar de que el acto administrativo fue expedido legalmente, en el transcurso del tiempo en que debe exigirse su ejecución se presentan sucesos que excluyen su respaldo normativo [...]”.

Proceso disciplinario contra patrullero de la Policía Nacional por la comisión del delito de concierto para delinquir. Presunción de inocencia y valoración probatoria de la conducta. Validez de los indicios y prueba trasladada.

757

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00382-00(1488-2012)

FECHA: 26/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Willinton Helí Ortiz Quiroga

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en: (i) violación al debido proceso, por haber proferido una decisión sin el material probatorio suficiente para determinar la ocurrencia de una falta disciplinaria; (ii) violación del principio de presunción de inocencia; y (iii) desviación de poder?

Tesis: “La jurisprudencia determinó como elementos de la prueba indiciaria, los siguientes: (i) el hecho indicador debe estar probado; (ii) de un hecho base se infiere otro; (iii) para desvirtuarse la presunción, los indicios deben estar plenamente probados; y (iv) debe existir un razonamiento que demuestra cómo partiendo del indicio probado, el implicado realizó la conducta irregular. [...] debe resaltarse que con la valoración integral de las pruebas antes mencionadas, era dable determinar que el patrullero (...) en el ejercicio propio de sus funciones como miembro de la Policía Nacional, realizó una conducta descrita en la Ley como delito, a título de dolo, esto es, concierto para delinquir, por cuanto se acreditó plenamente que se reunió con un grupo de personas con el fin de cometer varios delitos, entre ellos, el

hurto. [...] De conformidad con las múltiples interceptaciones que se realizaron a varios abonados telefónicos, entre ellos, el de propiedad del patrullero (...) y los informes de Policía Judicial – Sijín, se pudo determinar (i) que el patrullero (...) se comunicaba telefónicamente con los miembros de una banda criminal; y (ii) que en su condición como miembro de la Policía Nacional hizo parte del plan delictivo referido, brindando los equipos distintivos de la Policía Nacional con el fin de que las personas de la banda se hicieran pasar como miembros de la institución y comunicándoles en qué momento podían interceptar el vehículo. [...] la normativa aplicable no prohíbe que puedan tenerse en cuenta como elementos materiales probatorios los informes rendidos por la Policía Judicial, por lo que el contenido de las interceptaciones telefónicas podía ser valorado y analizado, máxime cuando la autoridad judicial pertinente en la audiencia respectiva sostuvo que eran legales, que con ellas no se vulneraba derecho alguno y que se cumplió con los protocolos respectivos. [...] Los documentos allegados relacionados con los informes de Policía Judicial respecto a las interceptaciones autorizadas por la autoridad penal, gozan de presunción de

legalidad desde el punto de vista formal y sustancial incluidas su validez y autenticidad. [...] en atención a que el traslado de pruebas se hizo de conformidad con los requisitos dispuestos en el artículo 135 de la Ley 734 de 2002; que las copias que hicieron parte del proceso disciplinario tenían validez, conforme lo ha establecido la jurisprudencia; y que el actor tuvo la posibilidad de controvertirlas en los momentos procesales pertinentes, considera la Sala que no le asiste razón a la parte actora en cuanto a una presunta ilegalidad de la prueba, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar. [...] teniendo en cuenta que uno de los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta endilgada al actor, es, además de realizar una conducta descrita en la Ley como delito, que esta haya sido cometida a título de dolo, el operador disciplinario tenía la obligación de acreditar fehacientemente que el patrullero, primero, tuvo la intención y la voluntad de reunirse con varias personas para la realización de delitos, y segundo, el conocimiento de que al ejecutar dicha acción se encontraba incurso en un delito establecido en el Código Penal y en una falta contenida en la Ley 1015 de 2006 y que aun así, no hizo nada para evitarlo; elementos estos que fueron debidamente acreditados con el material probatorio recaudado al que se hizo referencia en el acápite anterior, que hicieron que se configuraran los presupuestos básicos de tipicidad de la falta endilgada, así como del elemento de culpabilidad imputado, motivo por el cual no se incurrió en atipicidad de la conducta. [...] Así las cosas, teniendo en cuenta que estos argumentos tienen relación con los expuestos en los cargos anteriores, esto es, violación del derecho al debido proceso y del principio de presunción de inocencia, debe

reiterarse que la investigación disciplinaria se realizó en razón a una orden de captura proferida en contra del actor por haber cometido el delito de concierto para delinquir; y fue desarrollada con base en el procedimiento previsto en la Ley, profiriéndose dentro de ella los fallos disciplinarios, en los cuales se tuvieron en cuenta los supuestos fácticos, la normativa y jurisprudencia aplicable, y la totalidad del material probatorio recaudado, para concluir la responsabilidad disciplinaria del patrullero (...). Ahora bien, en cuanto al procedimiento realizado por el juzgador disciplinario frente al material probatorio, debe resaltarse que se tuvieron en cuenta los medios probatorios establecidos en la Ley 734 de 2002, y su valoración se realizó de manera integral y bajo el principio de la sana crítica, sin que la Sala encuentre una omisión o indebida valoración probatoria como quiere hacer ver el demandante. En tal sentido, se insiste, si bien el apoderado de la parte actora sostiene que la Policía Nacional no realizó un estudio de la totalidad de las pruebas, tampoco señala cuáles fueron las que dejaron de valorarse, cuáles desvirtuaban la acreditación de la falta disciplinaria, o cuáles se estudiaron erróneamente, al contrario, en la presentación de descargos, en las diligencias de testimonios dentro de la investigación disciplinaria y en el escrito de la demanda, el apoderado se limitó en señalar que dentro de la investigación penal no se ha proferido una decisión en su contra, sin desvirtuar la falta endilgada, manifestando, por ejemplo, que al momento de la ocurrencia de los hechos estaba realizando una función diferente a la imputada, o que el abonado telefónico que fue interceptado no era de su propiedad, o que no tenía relación alguna con los miembros de la banda criminal. [...]”.

Proceso disciplinario a oficial de la Policía Nacional. Vulneración al debido proceso por atipicidad de la conducta endilgada. Vulneración del principio de presunción de inocencia por declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable sin tener certeza de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00707-00 [2697-2011]

FECHA: 21/06/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: John Harold Gómez Gallego

DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en: (i) violación al debido proceso, por haber valorado parcialmente el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario y, en consecuencia, haber incurrido en atipicidad de la conducta; (ii) violación del principio de presunción de inocencia; (iii) desviación de poder; y (iv) falsa motivación?

Tesis: “[...] [L]a jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii)

el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el

derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas». Frente a este cargo, el demandante sostuvo que le fue vulnerado su derecho al debido proceso, en la medida en que el material probatorio fue insuficiente para determinar la falta disciplinaria que le fue endilgada y por la cual fue sancionado disciplinariamente. [...] De la tipicidad en materia disciplinaria. [...] El juzgador disciplinario consideró que el ahora demandante con su conducta, esto es, haber notificado al señor (...) de la calificación de su nivel del riesgo brindada por el comité de evaluación de la Policía Nacional, modificó una orden o instrucción del servicio que se encontraba contenida en la Directiva No. 020 de 31 de agosto de 2007, que consistía en la prohibición de notificar dicha clase de decisiones al beneficiario, en este caso, al magistrado auxiliar. (...) Ahora, debe resaltarse que si bien el análisis del riesgo tiene el carácter de reservado en cuanto a cómo se hace la evaluación y los parámetros que se tienen en cuenta, dicha reserva no es respecto a la calificación que finalmente decide el comité de evaluación, tan es así que en el Acta del 8 de noviembre de 2007 se ordenó poner en conocimiento la determinación al peticionario. [...] Al respecto, encuentra la Sala que en la Directiva en mención, no se señala una diferencia entre peticionario o beneficiario y que existan unas obligaciones y prohibiciones frente a uno u otro, motivo por el cual el actor al momento de realizar la conducta que le fue reprochada, en aras de brindar mayores garantías procesales a las partes, decidió informar de la determinación del Comité de Evaluación tanto al peticionario como al beneficiario, lo cual además de estar permitido constitucional y legalmente, como se mencionó, no estaba prohibido en esta clase de actuaciones en la mencionada directiva ni en

otra normativa de la Policía Nacional. [...] no encuentra la Sala que dentro de la Institución policial, al momento de la ocurrencia de los hechos, existiera una orden clara de que al negarse una medida de protección de seguridad esta solamente debía ser puesta en conocimiento de la persona que la solicitaba y no del beneficiario, razón por la cual la conducta reprochada al actor no se encuentra enmarcada en los supuestos fácticos de la falta endilgada. Ahora, si bien la determinación de comunicar la decisión al señor (...) pudo resultar imprudente frente a la coyuntura política que se estaba viviendo en el país, no obstante, tal circunstancia no se enmarca dentro de una falta disciplinaria, como erróneamente lo considera el juzgador disciplinario de segunda instancia. [...] [C]onsidera la Sala que la entidad demandada vulneró el derecho al debido proceso del actor por atipicidad de la falta, en atención a que la conducta realizada por el teniente coronel (...) no se enmarca de manera alguna dentro de los supuestos típicos de la falta disciplinaria que le fue endilgada, toda vez que no se acreditó que el comportamiento tantas veces referido haya modificado una orden o instrucción del servicio dada en la Directiva No. 020 de 31 de agosto de 2007. Aunado a ello, la Policía Nacional vulneró el principio de presunción de inocencia, el cual además de estar regulado en el Código Único Disciplinario, encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. «En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el debido proceso también se predica de las actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo consagró en el artículo 9 del CDU, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incu-

rrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142 del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» Por las razones expuestas, y teniendo en cuenta que el teniente coronel (...) no incurrió en la falta disciplinaria atribuida en los actos acusados, la Sala procede

a declarar la nulidad de los fallos disciplinarios proferidos el 7 de septiembre y 10 de octubre de 2008, por el Grupo de Procesos Disciplinarios de la Policía Nacional y el despacho del director general de la Policía Nacional, respectivamente, por violación al principio de tipicidad de la falta disciplinaria y, en consecuencia, vulneración del derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia. [...]”.

Ausencia de prueba de la conducta tipificada como falta disciplinaria. Sanción impuesta a patrullera Policía Nacional por solicitar dádivas. Sanción impuesta con desconocimiento del debido proceso y restablecimiento de derechos.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-06306-01[4870-2015]

FECHA: 21/06/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Nancy Stella Marulanda Rodríguez

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La sanción disciplinaria se produjo (i) con abuso de poder por haber sido proferida con insuficientes pruebas, (ii) con ausencia material del cargo por errónea interpretación del artículo 34, numeral 4 de la Ley 1015 de 2006, y (iii) con existencia de plena duda, la cual se resolvió en contra de la demandante?

Tesis: “[...] para definir los diversos ángulos del cargo, sea lo primero anotar que, como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros, se han señalado «(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus» [...] La autoridad disciplinaria concluyó que la señora (...) le solicitó directamente dádivas para sí a la Subintendente (...) a fin de extra-limitarse en el ejercicio de sus funciones, que se traduciría en garantizarle un cupo en el curso de técnico profesional en balística. No obstan-

te, del contenido de la decisión disciplinaria de primera instancia, se advierte que las pruebas que fueron utilizadas por la entidad para sancionar a la demandante, de ninguna manera, conducen a establecer que esta incurrió en la falta atribuida. [...] encuentra esta Sala de Subsección que no se logró acreditar el elemento de tipicidad de la conducta, habida cuenta que los elementos de juicio incorporados a ese mismo proceso disciplinario permiten concluir que la señora (...) no solicitó dinero para ella, a fin de intervenir o participar en alguna gestión, sino que, por el contrario, la denunció, formulando el respectivo informe. Por tanto, no es de recibo para la Sala el argumento expuesto por la entidad demandada cuando afirma que es intrascendente establecer si el dinero lo pidió para ella o para otra persona, toda vez que el tipo disciplinario atribuido consistió en «solicitar directamente dádivas para sí...», lo que impone necesariamente que demuestre, más allá de toda duda razonable, que la suma de dinero fue solicitada para ella, circunstancia que fue desmentida por la subintendente (...) cuando precisó con toda claridad que la señora (...) no le solicitó dinero para ella. [...] debe esta Sala señalar que la Corte Constitucional en la sen-

tencia SU-556 de 2014 estableció que en aquellos casos en que se acceda a la nulidad de un acto administrativo de retiro del servicio de un funcionario con nombramiento provisional, a título de indemnización no procede el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta que sea efectivo el reintegro, sino que solo debe ordenarse el pago de lo efectivamente dejado de recibir por el servidor, en calidad de indemnización de la que se descuentan todos los montos que «haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente». [...] No obstante lo anterior, considera la Sala que dicho criterio no es aplicable al presente asunto, toda vez que dicho análisis se ha efectuado frente a la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en pro-

visionalidad, sin que hasta el momento se haya estudiado la causal de retiro de la destitución como consecuencia de un proceso disciplinario, que además implica una inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, así como la anotación en el certificado de antecedentes disciplinarios. Por tanto, no tiene vocación de prosperidad el argumento señalado por la entidad demandada en el recurso de apelación en cuanto a la aplicación de las pautas fijadas en torno a los límites indemnizatorios para funcionarios provisionales y en consecuencia, se confirmará, en sus precisos términos, la sentencia de primera instancia que ordenó, a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta que se haga efectivo el reintegro”.

Proceso disciplinario por participación en política. Prohibición de participación en política en uso de licencia ordinaria no remunerada.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00520-00 [2011-2011]

FECHA: 19/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Wilson Neber Arias Castillo

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en (i) violación de normas superiores; y (ii) vulneración del derecho al debido proceso, por no haber tenido en cuenta que al momento de la inscripción del actor como candidato a la Cámara de Representantes le había sido otorgada una licencia no remunerada y su cargo desempeñado en la entidad no se encontraba consagrado en la prohibición constitucional para participar en política?

Tesis: “[...] podría decirse que la actividad tendiente a la promoción y encauzamiento de la participación de los ciudadanos y contribución a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a través de los cargos de elección popular, es propia de los partidos y movimientos políticos. [...] la Corte Constitucional ha establecido que «la prohibición dirigida a los empleados públicos hace referencia a las controversias políticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales, y en modo alguno a la intervención de estos en deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general ajenas a los debates electorales o a las disputas partidistas –de partidos o movimientos políticos–, pues supondría desconocer la importancia de la deliberación pública entre todos los ciudadanos para el fun-

cionamiento de la democracia representativa y participativa» [...] se profirió la Ley 996 de 2005, que en su artículo 37 previó la posibilidad para los servidores públicos que no se desempeñaran en la Rama Judicial, en el órgano electoral o en los órganos de control y seguridad «participar en las actividades de los partidos o movimientos políticos, movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, sin ostentar en ellos representación alguna en sus órganos de gobierno o administración, ni dignidad en los mismos o vocería, según los términos establecidos por la presente ley». No obstante, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-1153 de 2005, por considerar que la norma no era clara ni específica en determinar las condiciones de participación respecto a lo demás servidores a los que hacía referencia el artículo 127 de la Constitución Política, no fijándose unos límites a una actuación que si bien estaba permitida constitucionalmente era una excepción a la regla general y como tal debía estar debidamente fundamentada. [...] la Corte Constitucional mediante sentencia C-794 de 2004 al estudiar la exequibilidad de la expresión «controversias políticas» contenida en el numeral 39 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, manifestó que la participación política de los empleados del Estado

en las actividades de los partidos y movimientos políticos o en las controversias políticas, está su-peditada a la expedición de un régimen estatutario que establezca las condiciones para ellos [...] Para dicha Corporación la prohibición de participar en política prevista en el artículo en men-ción tiene las siguientes razones constitucionales: i) proteger el principio de imparcialidad de la función pública, de la retención del Estado por uno o varios partidos; ii) asegurar la prevalencia del interés general sobre el interés particular; iii) garantizar la igualdad de los ciudadanos y orga-nizaciones políticas, de manera que no exista un trato privilegiado e injustificado por parte de las autoridades a las personas, movimientos o par-tidos de su preferencia; iv) preservar la libertad política del elector y del ciudadano del clientelismo o la coacción por parte de servidores del Es-tado, a través del uso arbitrario de la investidura oficial y de los recursos del público; y v) defender la moralidad pública de la utilización o destina-ción abusiva de bienes y dineros públicos. En tal sentido, está plenamente acreditado que el actor se prevaleció de su cargo como para hacer proselitismo a su favor, situación que además de estar prohibida constitucional, legal y jurispru-dencialmente, está consagrada como una falta gravísima en la Ley 734 de 2002, que si bien, se insiste, no le fue endilgada al actor, el reproche consistió en desconocer la ley por participar en política pese a que no le estaba permitido, vul-nerando con ello los deberes y prohibiciones establecidos para todo funcionario público, dis-

puesto en la Ley en mención. En síntesis, con-sidera la Sala que el señor (...) decidió participar en política a pesar de tener la calidad de servidor público, inscribiéndose como candidato a la Cámara de Representantes, prevaleciéndose, además, de su condición como presidente del Sindicato de dicha entidad para hacer proselitismo político a su favor. (...) En consideración a lo anterior, conforme a la normativa y jurispru-dencia aplicable, contrario a lo mencionado por el actor en el escrito de la demanda, la licencia ordinaria no remunerada que le fue concedida y que estaba disfrutando al momento de su ins-cripción a la Cámara de Representantes, si bien hacía que estuviera temporalmente separado de sus funciones en el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, ello no obstaba para que perdiera su calidad de empleado público y que, como tal, le fueran aplicables tanto las normas constitucio-nales como la Ley 734 de 2002. En tal sentido, el artículo 25 del Código Único Disciplinario, dispone como destinatarios de la Ley disciplina-ria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contem-plados en dicha norma que desempeñen fun-ciones públicas. En conclusión, el señor (...) al momento de la ocurrencia de los hechos que fueron materia de investigación disciplinaria sí tenía la calidad de servidor público y como tal le eran aplicables las normas relacionadas con el régimen disciplinario y lo contemplado en la Constitución Política respecto a la participación política, como se señaló anteriormente [...].”

Análisis integral que debe realizar el juez administrativo respecto de la sanción disciplinaria impuesta. Principio del debido proceso y valoración probatoria. Régimen jurídico de contratación de las Empresas Sociales del Estado.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00077-00(0153-14)

FECHA: 23/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Alfonso Ricaurte Riveros

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El acto administrativo sancionatorio de primera instancia en el que se destituyó al demandante del cargo de gerente del Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué y se le inhabilitó por 12 años al igual que el acto administrativo sancionatorio de segunda instancia a través del cual se confirmaron los cargos, pero se le suspendió e inhabilitó para ejercer funciones por 10 meses, se emitieron con transgresión al debido proceso por falta de valoración probatoria?

Tesis: «El control que debe ejercer el juez administrativo sobre los actos de la administración que sean de carácter disciplinario debe ser un control integral, hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales» En cuanto a las causales de nulidad puede y debe examinar causales conexas con derechos fundamentales a fin de optimizar la tutela judicial efectiva. Respecto a la valoración de las probanzas recaudadas en el disciplinario, estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disci-

plinaria, porque solo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado. Con relación a los principios rectores de la ley disciplinaria, examinar el estricto cumplimiento de todos y cada uno de ellos dentro la actuación sancionatoria. Acerca del principio de proporcionalidad, de que trata el artículo 18 de la Ley 734 de 2002 referido a que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y la graduación prevista en la ley, cuando el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial; el juez puede según lo ordenan el artículo 170 del CCA y el inciso 3 del artículo 187 del CPACA estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas En cuanto a la ilicitud sustancial, lo autoriza para realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la misma, al punto que, si el asunto lo exige, puede valorar los argumentos que sustenten la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado. [...] En lo que concierne al derecho al debido proceso administrativo, la Corte Constitucional considera que se tra-

duce en la garantía con la que cuentan todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de manera que se constituye en una garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos los actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones y que además implica que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración al igual que solicitar y a controvertir las pruebas, ejercer su derecho de defensa con plenitud, impugnar los actos administrativos, entre otras garantías establecidas en su beneficio. [E]l gerente de una Empresa Social del Estado es parte integrante de su área de dirección en compañía de la Junta Directiva, con la que debe trabajar en coordinación para cumplir con los objetivos e intereses institucionales en pro de una eficiente gestión institucional. [...] [E]l régimen jurídico que gobierna la contratación de las Empresas Públicas del Estado, es el estipulado por las normas civiles y comerciales, y si a bien lo tienen pueden sujetarse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pero en lo que hace referencia a esas cláusulas exorbitantes. El Hospital Federico Lleras Acosta de Ibagué a través de su órgano de dirección y en ejercicio de la autonomía que le asiste, resolvió plasmar sus propias reglas para adelantar sus procesos de contratación a través de un reglamento interno, que es de obligatorio cumplimiento para todos los que intervengan en dichos procesos, con el fin de asegurar la posibilidad de concurrencia de los eventuales contratistas en igualdad de condiciones y el claro manejo de los recursos públicos. [...] está comprobado y así fue estudiado por la entidad demandada en la actuación administrativa acusada, que en efecto durante el primer semestre de 2006, el demandante celebró órdenes de compra para la adquisición de medicamentos y elementos médicos quirúrgicos, sin tener presente que

solo se le había autorizado por los meses de enero y febrero de 2006, y sin acatar el procedimiento fijado por el reglamento interno de contratación del hospital que le exigía la autorización correspondiente por parte de la Junta Directiva cuando se tratara de contratación superior a 300 SMLMV al igual que la observancia del procedimiento contractual con formalidades plenas establecido en el mismo. del estudio que hizo la demandada con base en la prueba documental debida y legalmente allegada al proceso y que no fue objeto de reparo o tacha alguna; a la Junta Directiva le asistía la obligación, conforme al manual interno de contratación, de exigirle al demandante la entrega de pliegos de condiciones para estudiarlos y ordenar la apertura de la contratación, además de estar fehacientemente comprobado que con esa contratación fraccionada que adelantó, no contribuyó con la prestación del servicio esencial de salud en forma idónea y eficiente. [...] no tiene la razón el accionante cuando afirma que luego de haber comprado los elementos y medicinas por encima del precio de compra, se podían vender y con ello no se sufría pérdida, porque lo cierto es que como la adquisición se efectuó con cargo al presupuesto del hospital, ello se tradujo en una lesión al mismo y con ello en el incumplimiento de su deber funcional. [...] con la actuación desplegada por el demandante se generaron sobrecostos, también lo es, que existían las cantidades suficientes de medicamentos y elementos médico quirúrgicos que bien podían haber sido despachados por los laboratorios fabricantes que ordinariamente los suministraban al hospital, y no es cierto que los podía vender por encima del precio de compra para evitar pérdidas ni que se debía tener en cuenta la revista Farmaprecios, y aunque el demandado no acudió a los precios del CISE, es tan contundente toda la evidencia probatoria que reposa en el expediente y que

fue debidamente analizada, que dicho listado de seguro no hecha por la borda el ostensible incumplimiento de los deberes funcionales que le asistían al sancionado en la misión que legalmente le fue encomendada y que asumió consistente en gerenciar en debida forma la entidad hospitalaria que regentaba. [...] Luego de revisado el proceso administrativo se observó con meridiana claridad, que todas

las actuaciones procesales se adelantaron por el ente disciplinario de conformidad con las normas procesales pertinentes, además de que fueron debidamente notificadas permitiendo el ejercicio de los derechos de contradicción y de defensa del disciplinado y dan cuenta de los hechos que realmente tuvieron ocurrencia, tal como se concretó en las decisiones administrativas de primera y segunda instancia”.

Sanciones disciplinarias que limitan derechos políticos de servidores públicos de elección popular. Competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular con suspensión o destitución del cargo por actos de corrupción. Porcionalidad de la sanción disciplinaria.

769

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00276-00{1016-12}

FECHA: 23/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Luis Alberto Gil Castillo

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Procuraduría General de la Nación tiene competencia para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular?

Tesis 1: “Mediante sentencia del 15 de noviembre de 2017, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estudió la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular con destitución, suspensión e inhabilidad general y especial [...] [P]ara ese caso particular se adujo que, tratándose de faltas disciplinarias que no involucren actos de corrupción, la competencia de la Procuraduría General de la Nación respecto de funcionarios públicos de elección popular tan solo se encuentra restringida cuando la sanción a imponer suponga una limitante a los derechos políticos de aquellos [...] Si bien el fallo no ahondó en el concepto de corrupción, es preciso señalar que, en el contexto colombiano, el asunto supone la referencia obligada a dos instrumentos internacionales que fueron debidamente suscritos, aprobados y ratificados por Colombia. Se trata de la Convención Interame-

ricana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [...] Dicho lo anterior, es de vital importancia señalar que la sentencia del 15 de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación, fue clara en el sentido de indicar que esta no implicaba en modo alguno despojar de competencia al órgano de control. En primer lugar, en virtud de los efectos inter partes de la decisión, pero además porque se exhortó «[...] al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]». Así las cosas, aunque eventualmente y de acuerdo a la regulación que se expida en cumplimiento de dicha orden llegare a cobrar gran importancia la identificación de aquellas conductas constitutivas de actos de corrupción, lo cierto del caso es que hoy en día, en punto a definir la competencia de la Procuraduría General

de la Nación para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular, este órgano de control no ha visto modificadas las atribuciones que le asisten en la materia. Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume”.

Problema jurídico 2: ¿La entidad demandada incurrió en falsa motivación al sancionar al demandante en su calidad ex senador de la República, por incurrir en la falta disciplinaria que consagra el numeral 12 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, bajo la modalidad de promover y auspiciar grupos paramilitares?

Tesis 2: “Las pruebas debida y oportunamente aportadas y practicadas en el sub lite ilustraron con suficiencia el hecho de que las Autodefensas Unidas de Colombia, además de componerse de un frente militar que surgió a inicios de la década de 2000 con el propósito de combatir los actos de violencia de los que era víctima la población colombiana a manos de las diferentes organizaciones guerrilleras al margen de la ley, tenía un importante proyecto político que comenzó por la conquista de cargos de elección popular del orden regional hasta llegar a alcanzar altas esferas políticas como el caso de senadores y representantes a la Cámara, quienes desde sus cargos podían representar la causa paramilitar [...] [T]ras un análisis integral y en conjunto de las pruebas aportadas al proceso, se encuentra suficientemente acreditado que las Autodefensas Unidas de Colombia lograron crear una verdadera estructura de poder que se infiltró en diferentes estamentos políticos, entre ellos, Convergencia Ciudadana, partido político que desde el año 2002 se financió con recursos de las AUC a cambio de colaborar en

la ejecución del proyecto ideológico que pretendía llevar a cabo la organización paramilitar. En especial, se probó sin lugar a dudas que el señor (...) recibió apoyo de este grupo al margen de la ley con el fin de obtener una curul en el Congreso de la República en las elecciones parlamentarias celebradas en 2002 y 2006. Lo anterior se encuentra demostrado a través de las siguientes declaraciones [...] En ellas se ubica al ex senador en una serie de reuniones que se presentaron con miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, en las que se discutieron asuntos de índole político e incluso se suministraron recursos económicos para el financiamiento ilegal de las campañas electorales del partido Convergencia Ciudadana [...] Es importante recordar que en todo proceso judicial en el que se someta a control de legalidad una decisión administrativa sancionatoria, corresponde al demandante la carga de la prueba. En otras palabras, a efectos de sacar adelante sus pretensiones, el actor tiene que desvirtuar la presunción de legalidad de la que está revestida el acto administrativo acusado. En el sublite, el señor (...) no aportó pruebas nuevas que permitieran controvertir aquellas que con contundencia demostraron la responsabilidad que le asiste en la comisión de la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48, numeral 12, de la Ley 734 de 2002”. [...] En conclusión, la entidad demandada no incurrió en falsa motivación al sancionar al señor (...) en su calidad de ex senador de la República por haber cometido la falta disciplinaria que consagra el artículo 48, numeral 12, de la Ley 734 de 2002, pues las razones determinantes para adoptar tal decisión se encuentran suficiente y debidamente acreditadas con las pruebas que se allegaron al plenario”.

Problema jurídico 3: ¿La exoneración de responsabilidad disciplinaria del demandante supuso la vulneración del principio de igualdad de trato ante la ley en relación con el demandante?

Tesis 3: “[...] En aquellos casos en que se pone en juicio la garantía del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto la aplicación de una herramienta denominada «juicio integrado de igualdad» [...] El primer asunto que debe analizarse se refiere al carácter relacional del derecho a la igualdad. En otras palabras, determinar si existe igualdad entre una y otra situación fáctica supone la realización de un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis* [...] A juicio de esta Sala, entre los casos de los señores (...) no existe un patrón de igualdad que los haga comparables. Es cierto que ellos presentan similitudes pues la conducta enjuiciada en ambos casos fue la promoción y auspicio de grupos armados al margen de la ley a través de la creación de vínculos con el Bloque Central Bolívar de las AUC, en aras de acceder al Congreso de la República en las elecciones de 2002 y 2006. No obstante lo anterior, esto no es suficiente para aplicar el mandato de trato igualitario como quiera que los puntos en que se asemejan son generales y abstractos, lo que hace que la similitud sea apenas superficial. Si se tiene en cuenta que la responsabilidad disciplinaria es estrictamente personal e individual, es posible concluir que la amplitud que caracteriza las semejanzas anotadas impide que sirvan de fundamento a una *tertium comparationis* ya que, al analizar la conducta desplegada por cada uno de los disciplinados, el titular de la acción disciplinaria encontró diferencias fácticas sustanciales entre ambos casos, lo que condujo a la exoneración del señor (...). [...] el derecho a la igualdad de trato ante la ley que le asistía al demandante en el proceso disciplinario en cuestión no exigía igualdad entre los disciplinados en el sentido de la decisión, como sí en la aplicación de las normas procesales y sustanciales atendiendo a los supuestos de hecho que determinarían cada caso individualmente considerado”.

Problema jurídico 4: ¿Se respetó el principio de proporcionalidad en el ejercicio de graduación de la sanción?

Tesis 4: “En atención a que la imposición de la sanción trae consigo una disminución en los derechos del disciplinado, la graduación de esta debe hacerse a luz del principio de proporcionalidad, tal y como lo prevén los artículos 44 a 47 de la Ley 734 de 2002. De conformidad con dichos artículos, las faltas gravísimas cometidas con dolo o culpa gravísima, dan lugar a la sanción principal de destitución y por consiguiente a la inhabilidad general para ejercer cargos y funciones públicas. Pero si la falta es gravísima cometida con culpa grave, la sanción es la de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial. En el caso de las faltas graves y leves, la sanción dependerá de los siguientes parámetros: · Si la falta es grave y fue cometida con dolo, la sanción es la de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial. · Si la falta es grave culposa, la sanción será la suspensión del cargo, solamente y, · Para las faltas leves culposas, la sanción es amonestación escrita. Por su parte, el artículo 46 *ibidem* prevé los mínimos y los máximos de las sanciones, dentro de los cuales la autoridad disciplinaria debe moverse para imponer el correctivo, en armonía con los parámetros establecidos en el artículo 47 *eiusdem*. [...] se resalta que en virtud del artículo 46 inciso 3 de la referida normativa, en el caso de la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo, si el disciplinado ha cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo y no es posible ejecutar la sanción, o parte de ella; el término de la suspensión o el que falte, según el caso, se debe convertir en salarios, de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta. [...] la sanción de inhabilitación general supone la prohibición del ejercicio de la función pública en cualquiera que sea el cargo, durante el tiempo que señale el fallo disciplinario. De con-

formidad con el artículo 46 ejusdem, el rango entre el que puede moverse esta inhabilitación es de 10 a 20 años, sin embargo esta será permanente en los casos en que «[...] la falta afecte el patrimonio económico del Estado [...]», supuesto último que según la sentencia C-948 de 2002 debe aplicarse, exclusivamente, cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política. [...] la sanción de inhabilitación general supone la prohibición del ejercicio de la función pública en cualquiera que sea el cargo, durante el tiempo que señale el fallo disciplinario. De conformidad con el artículo 46 ejusdem, el rango entre el que puede moverse esta inhabilitación es de 10 a 20 años, sin embargo esta será permanente en los casos en que «[...] la falta afecte el patrimonio económico del Estado [...]», supuesto último que según la sentencia C-948 de 2002 debe aplicarse, exclusivamente, cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final

del artículo 122 de la Constitución Política. [...] la proporcionalidad alude a la correspondencia o al equilibrio que debe existir entre la sanción disciplinaria y la falta en que se incurre, tal y como lo prevé el artículo 18 del Código Disciplinario Único, estatuto que, a efectos de lograr esa correspondencia, prevé en su artículo 47 la serie de criterios de graduación de la sanción ya señalados. En el caso del demandante, la Sala no encuentra que la sanción de inhabilitación general que se le impuso por el término de veinte años resulte desproporcional a la falta disciplinaria por la que se le responsabilizó. En primer lugar, porque, como se pudo acreditar en el procedimiento administrativo sancionatorio, el señor (...) fue plenamente consciente de que las negociaciones y alianzas políticas que celebró en beneficio suyo y del partido político que dirigía estaban siendo realizadas con los cabecillas de las autodefensas, lo que de suyo implica que tenía conocimiento de que su proceder se traduciría en la grave afectación del deber funcional que ejercería en el cargo de senador de la República. [...]”.

Incompatibilidad del ejercicio de cargo público y la profesión de abogado. Causales de exclusión de la responsabilidad por estricto cumplimiento de un deber legal. Ilícitud sustancial de la conducta disciplinaria.

773

RADICADO: 05001-23-33-000-2013-00127-01(2230-14)

FECHA: 23/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Carlos Alberto Ballesteros Barón

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandante infringió la incompatibilidad estatuida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002 al haber actuado como apoderado o mandatario judicial de la señora (...) contra el municipio de Medellín, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín en mayo y octubre de 2009, cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal del mismo municipio demandado?

Tesis 1: “[...] Efectuando una interpretación sistemática del plurinominado artículo 39 el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, se concluye que la norma solo exige que el servidor público de elección popular simplemente actúe como apoderado o gestor ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales. [...] el tipo que describe la mencionada incompatibilidad, simplemente requiere que el servidor público de elección popular obre o se comporte como un apoderado o gestor ante una entidad y no que lo sea en realidad. Es decir, la precitada norma no exige que para incurrir en el supuesto fáctico de la incompatibilidad prevista

en ella, se deba tener claramente la condición de apoderado o gestor sino que basta que el servidor público actúe o se comporte como apoderado, sin que realmente lo sea. [...] Ese es el fin deóntico del citado artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, de evitar que un servidor público de elección popular, actúe o se comporte como un apoderado o gestor ante las entidades establecidas en la norma, simultáneamente con el ejercicio de la función pública encomendada por sus electores, porque tal comportamiento lesiona los bienes jurídicos de la moralidad, imparcialidad, transparencia y buen funcionamiento de la administración pública. [...] La conducta en que incurrió el citado demandante adquiere mayor grado de reprochabilidad si se tiene en cuenta que la entidad demandada en el proceso en que actuó como apoderado de la señora (...) es el municipio de Medellín, entidad en la que simultáneamente ejercía las funciones de concejal desde el primero de enero de 2008, y transcurrido un tiempo bastante considerable (casi 16 meses después de haber asumido el cargo de concejal) actuó como apoderado en mayo y en octubre de 2009. Visto todo lo anteriormente expuesto el cargo formulado en la apelación en el sentido

que el demandante no ostentaba la calidad de apoderado o mandatario judicial quedó totalmente desvirtuado y, por tanto, no tiene vocación de prosperidad”.

Problema jurídico 2: ¿Existió causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28, numeral 2.º, de la Ley 734 de 2002, por haber el demandante presuntamente actuado en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado?

Tesis 2: “[...] la responsabilidad y los deberes que asumió como servidor público de elección popular el señor (...) tienen mayor importancia que el deber derivado de su interés particular y personal de su ejercicio profesional como abogado. En efecto, la prevalencia del interés general sobre el interés particular es un principio fundamental y fundante del Estado Social de Derecho, no en vano dicho principio se encuentra consagrado en el artículo primero de nuestra Constitución Política. En precedencia se han resaltado el valor y los deberes que como servidor público de elección popular debía conocer el señor (...) máxime si se tiene en cuenta que el profesional posee una vasta experiencia como abogado, que supone un conocimiento amplio y profundo de la Constitución y las Leyes, como quiera que se demostró en el proceso que ejerce la profesión de abogado desde 1984 (folio 246), es decir, que contaba con más de 25 años de experiencia a octubre de 2009 cuando actuó como apoderado de la señora (...) y simultáneamente ejercía como concejal del municipio de Medellín desde el primero de enero de 2008. Como corolario de lo anteriormente expuesto, no se configuró la causal de exclusión de responsabilidad establecida en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 734 de 2002, por haber presuntamente actuado el demandante en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿En la conducta por la cual

se le sancionó al demandante se presentó la figura de la ilicitud sustancial?

Tesis 3: “[...] al actuar como abogado contra la entidad en la cual ejercía las funciones de concejal, mezcló un interés particular con el interés general que debe enarbolar un servidor público de elección popular y obtuvo el provecho o ventaja (que puede ser pecuniaria o no pecuniaria) de actuar como abogado particular en contra de la entidad en la que simultáneamente ejercía las funciones de Concejal del Municipio de Medellín. El hecho de actuar como abogado particular contra la entidad en la cual ejercía simultáneamente las funciones de Concejal del Municipio de Medellín acentúa aún más el grado de reprochabilidad de su conducta, puesto que además menoscabó la confianza de sus electores, que supone que fue elegido para estar al servicio de la comunidad, del interés general y de los principios que gobiernan la función pública. En consecuencia, se encuentra acreditado en el proceso que el demandante quebrantó sustancialmente el deber funcional al cual estaba obligado a acatar no solo por la infracción de la incompatibilidad prevista en el plurinombreado artículo 39 de la Ley 734 de 2002, que es el desarrollo de normas constitucionales como el artículo 6 de la Constitución Política que obliga a los servidores públicos a someterse a la Constitución y las Leyes. Igualmente, el demandante contrarió los artículos 123 y 133 de la Constitución Política que lo obligan como servidor público de elección popular a estar al servicio del Estado y de la comunidad y a que debe actuar siempre consultando el bien común y el interés general, que prevalece siempre sobre el interés particular. Principios que no respetó el demandante porque antepuso su interés personal de abogado particular actuando como apoderado de una demandante contra el propio municipio en el cual se había posesionado como concejal desde hacía 16 meses. De la misma forma, el demandante con su infracción a la incompatibili-

dad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, quebrantó los principios de moralidad, imparcialidad y neutralidad que rigen la función pública consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política”.

Problema jurídico 4: ¿Los actos censurados violentaron el principio de razonabilidad y proporcionalidad porque el demandante presuntamente lo único que hizo fue acoger el requerimiento de un juez de aportar unas copias a un proceso judicial?

Tesis 4: “[...] el demandante actuó como apoderado en el proceso en mayo de 2009, aportando unas copias en el proceso y posteriormente en octubre de 2009, actuando también como apoderado de la señora (...) en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya entidad demandada era el municipio de Medellín, que cursaba en el Juzgado Veintiocho (28) Administrativo del Circuito de Medellín cuando simultáneamente ostentaba y ejercía las funciones de concejal, presentó los alegatos de conclusión en el referido proceso. El demandante tanto en la demanda como en el escrito de apelación, hábilmente omite mencionar que él presentó esos alegatos de conclusión en octubre de 2009, porque edifica toda su defensa en decir que la actuación como apoderado en mayo de 2009, se limitó a aportar unas copias, actuación que la justifica supuestamente porque el Juzgado 28 Administrativo de Medellín le requirió las citadas copias, pero los elementos acreditativos evidenciaron que adicionalmente a esa actuación en el mes de octubre de 2009, actuó como apoderado de la mencionada señora (...) presentando alegatos de conclusión tal como lo hemos demostrado con suficiencia en este proceso. La Sala considera que la sanción impuesta al demandante no violó los principios de razonabilidad y proporcionalidad debido a que se le aplicó la mínima sanción prevista para el tipo de falta gravísima que cometió el demandante,

materializando de manera correcta, adecuada y proporcional los lineamientos establecidos en los artículos 44 a 47 de la Ley 734 de 2002 en lo que atañe a la clasificación, límites y graduación de las sanciones disciplinarias. En consecuencia lo alegado por el demandante en cuanto que con la sanción impuesta se violó el principio de razonabilidad y proporcionalidad no tiene vocación de prosperidad”.

Problema jurídico 5: ¿La conducta endilgada al demandante exige imputación a título de dolo?

Tesis 5: “[...] la inhabilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, no exige una imputación a título de dolo. En efecto, la citada norma hace parte de la mayoría de normas disciplinarias denominadas como *numerus apertus* o sistema de tipos abiertos en los cuales no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser imputados a título de culpa o de dolo. En consecuencia frente a cada norma se analizará si corresponde una modalidad culposa o dolosa. Ahora bien en el derecho sancionatorio pueden existir ciertos tipos que por su configuración legislativa o redacción utilizan expresiones tales como «a sabiendas», «de mala fe», «con la intención de», lo que supone que la imputación en esos casos se debe hacer a título de dolo. Sin embargo la regla general es que en la mayoría de los tipos abiertos disciplinarios la imputación se realice a título de culpa y excepcionalmente a título de dolo. En consecuencia de lo anteriormente expuesto la norma transgredida por el demandante es decir la incompatibilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, por la naturaleza de la inhabilidad y por su configuración no exige expresamente una imputación a título de dolo. En el presente proceso, se reitera, existió una ilicitud sustancial del deber funcional como servidor público de elección popular, Concejal, porque la infracción a la ci-

tada incompatibilidad establecida en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, produjo además un quebrantamiento a los principios que rigen la función pública como la moralidad, imparcialidad y neutralidad. [...]”.

Problema jurídico 6: ¿La incompatibilidad por la cual se sancionó al demandante exige «actuar como apoderado o gestor» o «ser apoderado o gestor»?

Tesis 6: “[...] Efectivamente, se analizó y concluyó en precedencia que el tipo que describe la incompatibilidad consagrada en el artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, simplemente requiere que el servidor público de elección popular obre o se comporte como un apoderado o gestor ante una entidad y no que lo sea en realidad. Es decir,

la precitada norma no exige que para incurrir en el supuesto fáctico previsto en ella, se deba tener claramente la condición de apoderado o gestor sino que basta que el servidor público actúe o se comporte como apoderado, sin que realmente lo sea. La Sala reitera que tal conclusión es adecuada, razonable, proporcional y corresponde al fin deóntico del citado artículo 39, numeral 1, literal b de la Ley 734 de 2002, de evitar que un servidor público de elección popular, actúe o se comporte como un apoderado o gestor ante las entidades establecidas en la norma, simultáneamente con el ejercicio de la función pública encomendada por sus electores, porque tal comportamiento lesiona los bienes jurídicos de la moralidad, imparcialidad, transparencia y buen funcionamiento de la administración pública. [...]”.

Celebración de convenio interadministrativo sin licencia ambiental. Desconocimiento de los principios de contratación estatal. Falta gravísima disciplinaria.

777

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00273-00(2270-10)

FECHA: 23/08/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Luis Francisco Acosta Bravo

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en: (i) violación al debido proceso, por haber proferido una decisión sin valorar de manera integral el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario; (ii) desviación de poder; (iii) vulneración del derecho de defensa; y (iv) falsa motivación?

Tesis: “[...] encuentra la Sala que el actor, en su condición de representante legal del ente territorial adelantó un proceso contractual y suscribió un convenio interadministrativo cuyo objeto era la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos del sector urbano de San Marcos, Sucre, sin tener la licencia ambiental que para el efecto exigía la Ley 99 de 1993, reglamentada por el Decreto 1753 de 1994, desconociendo, además, las insistentes solicitudes realizadas por parte de Corpomojana de que se le remitiera el estudio de impacto ambiental, y que hasta tanto no fuera cumplido ese requisito, dicha Corporación no podía seguir con el trámite para la expedición de la licencia. [...] no le asiste razón al demandante en cuanto a que actuó bajo la causal eximente de responsabilidad disciplinaria consagrada en el numeral 2 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, en la medida en que la pro-

blemática social y ambiental con el relleno sanitario del ente territorial comenzó desde antes de su periodo como alcalde municipal, razón por la cual al llegar a dicho cargo, debió hacer lo pertinente para que el proyecto se llevara cabo pero con las condiciones ambientales requeridas. [...] considera la Sala que en materia de culpabilidad las faltas endilgadas al actor se cometieron bajo una conducta dolosa, por cuanto este tuvo conocimiento de la situación típica que implicaba el desconocimiento del deber que sustancialmente debía observar y voluntariamente decidió actuar en contravía a éste. [...] El artículo 29 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones. De esa manera, además, del derecho a acceder a una respuesta judicial y/o administrativa, las personas son titulares del derecho fundamental autónomo a que esa solución se produzca en un plazo adecuado. [...] Sin embargo, no toda tardanza o incumplimiento de un término constituye una violación al derecho al debido proceso, en la medida en que como claramente lo prescribe la norma referida, sólo la tardanza injustificada acarrea su desconocimiento. En ese orden de ideas, si bien la regla general es que la administración y los jueces cumplan los términos rigurosamente, pueden configurarse

excepciones a ese deber, siempre que se encuentre suficiente motivación constitucional para ello. [...] puede observarse que la investigación fue tramitada respetando las garantías legales y constitucionales del investigado, garantizándose el adelantamiento de cada una de las etapas correspondientes. Es de resaltar que si bien la formulación de cargos superó el término establecido en la normativa aplicable, no se vulneró derecho alguno al señor (...) en la medida en que se ordenó la práctica de pruebas con el fin de esclarecer los hechos, y dichas etapas le fueron notificadas en debida forma, es decir, siempre tuvo conocimiento del proceso que se le estaba adelantando, teniendo la posibilidad de interponer, en las etapas procesales pertinentes, los recursos a que hubiere lugar, o solicitar la información correspondiente. [...] la sanción disciplinaria

que se le imputa a un servidor público es el resultado de una decisión administrativa luego de haber dado trámite a un procedimiento dentro del cual el investigado tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción. Dicha sanción, si bien, en principio, impide el acceso a cargos públicos y a devengar un salario, también lo es, que no vulnera el derecho al trabajo, en tanto que dicha limitación se presenta solamente en la esfera del empleo público, razón por la cual no podría decirse que toda decisión disciplinaria conlleva a la materialización de perjuicios materiales y morales. En el sub examine la Sala considera que los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación se encuentran conforme con las garantías constitucionales y legales y, en consecuencia no causan perjuicio alguno al demandante [...].”

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual aplicado a contratos exceptuados del Estatuto General de Contratación Pública. El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo. Ilicitud sustancial en materia disciplinaria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00234-00{0530-13}

FECHA: 17/10/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ana Belén Arteaga Torres

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La entidad demandada vulneró el derecho al debido proceso de la señora demandante por incongruencia del fallo de segunda instancia con las demás actuaciones disciplinarias?

Tesis 1: “[...] no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio [...] este postulado se armoniza con el llamado principio de trascendencia que consagra el ar-

tículo 310, numeral 1, de la Ley 600 de 2000, aplicable al proceso disciplinario en virtud del artículo 143 de la Ley 734 de 2002, que en su parágrafo dispone la incorporación de los principios que, en materia penal, orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación [...] este cargo se fundamenta en la violación del debido proceso fruto del desconocimiento del principio de congruencia. En materia disciplinaria, este principio alude a la correspondencia que debe existir entre las diferentes actuaciones procesales que tiene a cargo el titular de la acción disciplinaria, de manera que, en esencia, todas ellas conserven coherencia y unidad. Lo anterior garantiza que al momento de dictar el fallo este verse sobre los cargos que se le formularon al disciplinado, los cuales delimitan tanto la controversia que debe surtir a lo largo de todo el trámite administrativo como la decisión de fondo que pone término al proceso. En ese orden de ideas, la importancia del principio de congruencia consiste en permitirle al funcionario disciplinado tener conocimiento de las conductas que le están siendo reprochadas

para que de esta forma pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa [...] la decisión proferida el 29 de marzo de 2007 por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal no desconoce el derecho al debido proceso de la demandante por violación al principio de congruencia como quiera que los comportamientos objeto de reproche fueron los mismos en el pliego de cargos y en los actos administrativos proferidos tanto en primera como en segunda instancia. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La conducta que se le reprochó a la demandante se adecúa a las faltas disciplinarias descritas en los numerales 17, 30 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 2: “La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley [...] El proceso de adecuación típica supone la comprobación lógica y razonada de la relación de subsunción entre la descripción legal de la conducta disciplinable y la efectivamente desplegada por el sujeto activo, de lo cual surge a su vez, una relación de contrariedad entre el comportamiento de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas y el deber presuntamente incumplido. El análisis de la tipicidad es un apartado fundamental en la motivación del acto administrativo que impone una sanción disciplinaria, acto en el que la autoridad cuenta con un margen de interpretación más amplio que el que se encuentra en el derecho penal, pues la precisión con la cual deben estar descritos los comportamientos disciplinariamente reprochables tiene una mayor flexibilidad al concebido en materia criminal, ante la dificultad de que la ley haga un listado detallado de absolutamente todas las conductas constitutivas de falta; como consecuencia de ello se ha avala-

do, desde un punto de vista constitucional, la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados y la formulación de los tipos abiertos y en blanco que están redactados con una amplitud tal que hace necesario remitirse a otras normas en las que se encuentren consagrados los deberes, las funciones o las prohibiciones que se imponen en el ejercicio del cargo, y que exigen un proceso de hermenéutica sistemática lógica que demuestre en forma congruente cómo la conducta investigada se subsume en la descrita por la ley [...] el hecho de que los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado estén exceptuados del régimen de contratación estatal en virtud de su sometimiento al derecho privado no significa que sean ajenos a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, establecidos respectivamente en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, como tampoco lo son al régimen de inhabilidades e incompatibilidades [...] Este último prevé de manera diáfana la prohibición que tienen los servidores públicos de celebrar contratos con entidades públicas, bien sea de manera directa, por interpuesta persona o en representación de otro, tal y como se desprende de la regla constitucional de aplicación directa contenida en el artículo 127 superior y de la legal del artículo 8, literal f) de la Ley 80 de 1993. En el caso de la hoy demandante se tiene que esta, en ejercicio de las funciones propias del cargo de gerente del Hospital Civil de Ipiales, suscribió contrato de arrendamiento el 16 de julio de 2003 con una supuesta sociedad denominada «Centro Oftalmológico», respecto de la cual logró demostrarse que no se encontraba legalmente constituida y que, además, el señor (...) quien dijo ser su representante legal, tenía la condición de servidor público a raíz de su vinculación como docente oficial. Adicionalmente, se encuentra probado que los equipos objeto de arrendamiento eran de propiedad del señor (...) quien para la época de los hechos se desempeñaba como médico es-

pecialista del Hospital Civil de Ipiales, motivo por el cual también respecto de este último puede evidenciarse la incursión en causal de inhabilidad para contratar con el Estado [...] De igual manera, puede afirmarse la tipificación de la infracción de que trata el numeral 31 del artículo 48 ibidem toda vez que, al contratar con quien se encontraba inhabilitado para tales efectos, la demandante desconoció los principios de la función administrativa que buscan salvaguardarse a través de la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tales como el de transparencia, moralidad, eficacia de los fines estatales y la realización del interés general. Aunado a lo anterior, se advierte que se dan los supuestos de la sentencia C-818 de 2005 como quiera que la vulneración de los principios referidos se proyecta de manera concreta en el quebrantamiento de las reglas contempladas en el artículo 127 de la Constitución Política, como norma de aplicación directa, y en el artículo 8, literal f), de la Ley 80 de 1993 [...]”.

Problema jurídico 3: ¿El proceder de la señora demandante encaja dentro del concepto de ilicitud sustancial en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 3: “[...] el sustento de la potestad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de las personas que desarrollan función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los propósitos estatales [...] La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una

conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión [...] Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley (antijuridicidad formal), ya que tal consideración implicaría la viabilidad para responsabilizar objetivamente a un individuo por el solo incumplimiento formal de una norma. Aunque coinciden el derecho disciplinario y el derecho penal en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de la antijuridicidad que sí contempla el segundo, denominado «antijuridicidad material». Este no está concebido en el primero, en la medida que para que se configure una infracción disciplinaria no exige un resultado lesivo o dañino al Estado, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado [...] Así, se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen dentro del tipo disciplinario, no tienen una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias [...] Advierte la Sala que para que exista antijuridicidad sustancial de la conducta es menester que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que debe analizarse que tal conducta no haya sido cometida, por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 28

de la Ley 734 de 2002 [...] el hecho de que el Hospital Civil de Ipiales no hubiese sufrido un detrimento patrimonial a raíz de la suscripción del contrato de arrendamiento por el que fue sancionada la demandante o que la comunidad se hubiese beneficiado como consecuencia del uso de los equipos arrendados no pueden ser factores determinantes que conduzcan a predicar la licitud de la conducta reprochada [...] la infracción de tal deber ha de considerarse sustancial en la medida en que atentó contra principios constitucionales que se estiman esenciales en el desarrollo y buen funcionamiento de la administración como lo son el de moralidad, la eficacia y la satisfacción del interés general.

Además, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades propende por la protección del principio de transparencia en la medida en que la celebración de contratos por contratistas que se encuentren incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad puede dar lugar a la configuración de actos de corrupción, siendo este último un crimen que socava tanto la democracia y la institucionalidad como la realización efectiva de los fines esenciales del Estado, pues genera condiciones propicias para el estancamiento y el subdesarrollo político, económico y social de los países que se ven afectados por él [...].”

Convenios especiales de cooperación científica y tecnológica. Delegación de funciones y responsabilidad disciplinaria del delegante. Vigilancia de los negocios jurídicos del Estado y su responsabilidad. Valoración probatoria en derecho disciplinario y negación indefinida. Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria y cognoscibilidad del deber infringido.

783

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00340-00(1338-2012)

FECHA: 24/01/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Alba Sánchez Ríos

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se encuentra debidamente acreditado en el expediente administrativo sancionatorio que la demandante ejerció vigilancia, control y supervisión respecto del desempeño de las funciones de interventoría financiera de los Convenios 3 de 2007, 55 de 2008 y 37 de 2009, las cuales delegó en su subalterna? ¿El ejercicio de valoración probatoria realizado por la autoridad disciplinaria vulneró la presunción de inocencia de la parte actora?

Tesis 1: “[...] si bien el delegatario es quien toma las decisiones, lo cierto es que el delegante, por mandato constitucional y legal, tiene la facultad para reasumir la competencia en cualquier momento, luego de revocar el acto de delegación, así como también, de revisar los actos que profirió aquel; lo que significa que puede revocar o reformar las decisiones que el delegatario haya tomado mientras era su titular [...] De esta forma, es posible advertir que el traslado de las funciones de que es titular el delegante, por regla general, lo exime de responsabilidad por los actos que expida el delegatario, último que además de asumir dichas competencias, asume

las consecuencias derivadas de su ejercicio. Ello no significa que el delegante pueda abstraerse de todo compromiso ya que en tal condición tiene a su cargo una serie de deberes y facultades por cuya ejecución ha de responder y son (i) el deber de informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que haya otorgado; (ii) el deber de impartir orientaciones generales acerca del ejercicio de las competencias transferidas; (iii) la facultad de reasumir en cualquier tiempo la función delegada y (iv) la facultad de revisar los actos que expida el delegatario [...] La excepción a la regla antedicha se presenta en materia de contratación, donde se parte de la premisa según la cual el delegante no se exime de responsabilidad por los actos que despliegue el delegatario. En efecto, en dicho ámbito el delegante debe responder por acción, omisión o extralimitación en el recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad delegada [...] De conformidad con lo descrito, se colige que el delegante es responsable por sus propias acciones u omisiones en relación con sus deberes de vigilancia, dirección, control y orientación respecto de la función

otorgada al delegatario [...]. los preceptos que regulan la delegación, citados ya en el acápite del marco normativo, no precisan que el delegante, para acreditar el control y vigilancia de la función delegada, deba impartir sus instrucciones por escrito al delegatario. Dado que el ordenamiento jurídico no exige explícitamente una formalidad en el desarrollo de tal actividad, es válido afirmar que este deber puede entenderse satisfecho con independencia del medio usado para tal fin, sea este verbal o escrito. En cualquier caso, lo importante será que al momento de efectuar la constatación del cumplimiento de este deber, los medios de prueba utilizados permitan acreditar suficientemente este hecho [...]. Así las cosas, no es que, como lo alega la demandante, la autoridad disciplinaria haya impuesto un sistema de tarifa legal en virtud del cual hubiese señalado los medios de prueba que resultaban admisibles dentro del trámite administrativo sancionatorio, con la consecuente exclusión de aquellos que no podrían ser utilizados. Es claro que en procesos de tal naturaleza, la actividad probatoria se encuentra regida por un sistema de prueba libre [...] el hecho de que se le hubiere negado mérito a las versiones libres y a la declaración anunciadas no se traduce en que el operador disciplinario haya utilizado un sistema de tarifa legal de la prueba para considerarlas inadmisibles [...] Cuestión diferente a la enrostrada en la demanda es que, como en efecto encuentra la Sala que sucedió, los medios de prueba debidamente decretados y practicados en el proceso administrativo no hubiesen llevado al titular del ius puniendi a la certeza o convencimiento de que la señora (...) ejerció de la forma en que le era exigible las facultades de control, instrucción y seguimiento sobre las funciones de interventoría financiera delegadas en su subalterna, la señora (...). Ahora bien, el hecho de que a la hoy demandante se le hubiese endilgado una omisión explica suficientemente que la acusación formulada en

su contra haya tenido como fundamento una negación indefinida, según la cual la señora (...) no cumplió el deber de informarse del desarrollo de la delegación y de impartir orientaciones generales y controlar el ejercicio de esta [...] De esta forma, que en el caso de la negación indefinida la parte ante quien se aduce deba soportar las consecuencias desfavorables de no acreditar el hecho positivo opuesto al indefinido no puede entenderse como violatorio de la garantía a la presunción de inocencia pues la anunciada es una consecuencia ineludible que obedece a razones de lógica pura. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La conducta endilgada es sustancialmente ilícita?

Tesis 2: “[...] Advierte la Sala que para que exista antijuridicidad sustancial de la conducta es menester que la afectación del deber funcional se origine en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que debe analizarse que tal conducta no haya sido cometida, por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002 [...] el ejercicio de la labor de fiscalización y vigilancia de los contratos estatales tiene un vínculo inescindible con el principio de interés público, como quiera que su satisfacción constituye la causa misma de la celebración y ejecución de aquellos. En otras palabras, estos buscan servir de manera objetiva a los intereses generales, los que, en consecuencia, deberían ser salvaguardados a través de figuras como la interventoría. [...] En armonía con ello, debe destacarse igualmente que la fiscalización de los negocios jurídicos del Estado propende por la realización de principios constitucionales como la eficacia, en cuanto contribuye al logro de los efectos positivos propuestos a través de aquellos, y la eficiencia y economía, en la medida en que su debida ejecución debe permitir que se alcancen los objetivos propuestos incurriendo en el menor

costo posible, generando así la protección de los dineros públicos [...].”

Problema jurídico 3: ¿Está probado dentro del proceso que la disciplinada actuó con culpa grave?

Tesis 3: “[...] es importante señalar que en el ámbito del derecho disciplinario, la culpa debe analizarse en relación con la calidad de servidor público y el deber funcional que emana de ella, pues la prudencia, diligencia y cuidado exigible de una persona que se dedica al ejercicio de una función pública no ha de ser la ordinaria que se le impondría a cualquier sujeto, dadas las especiales capacidades y aptitudes que se deben predicar de aquel para poder encontrarse investido de tal condición [...] Así las cosas, la culpa se encuentra compuesta por la infracción del deber objetivo de cuidado, aunado a la capacidad en

que se encuentra el sujeto de conocer la forma adecuada en que deben ejercerse las funciones propias del cargo y, por ende, la de conocer que su actuar es disciplinable [...] lo probado en el proceso permite concluir que la conducta mínima que se esperaba de ella en calidad de servidora pública, posesionada en el cargo de directora de seguimiento presupuestal y planeación del Ministerio de Agricultura, conocedora de las responsabilidades que le correspondían, era la de mantenerse informada, controlar y vigilar el ejercicio de las funciones de interventoría financiera que delegó. Al no haberlo hecho (...) no puede más que afirmarse que la demandante faltó al deber objetivo de cuidado, a lo que se suma el hecho incontestable de que tenía la potencialidad de conocer que su conducta omisiva era constitutiva de una infracción en el ámbito disciplinario [...]”.

Prescripción de la acción disciplinaria de la falta instantánea y de la falta sucesiva. Interrupción de la prescripción de la acción disciplinaria. Sustracción de elementos de propiedad de una entidad pública.

RADICADO: 70001-23-33-000-2013-00283-01[3966-14]

FECHA: 07/02/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ever Enrique Rivero Tovio

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Operó el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria dentro del proceso administrativo sancionatorio adelantado por la Policía Nacional en contra del actor?

Tesis: “La prescripción comienza a correr una vez la falta se consuma; sin embargo, ello ocurre de diferente manera según se trate de una falta disciplinaria instantánea o de una sucesiva. En las primeras, la lesión del bien jurídico que protege la disposición sancionatoria se agota en un solo momento mientras que en las faltas sucesivas hay una unidad de conducta que genera una afectación que se prolonga en el tiempo hasta que cesa la circunstancia de ilegalidad generadora de la transgresión del bien jurídico objeto de amparo. [...] Igualmente, el ente de control ha manifestado que “la conducta se puede agotar con una única actividad que despliegue el autor en un solo momento o por el contrario, se suceda durante un periodo de tiempo y solo al cabo del

mismo puede decirse que el hecho se ejecutó. Para efectos de la prescripción de la acción disciplinaria, la sanción debe entenderse impuesta con la expedición y notificación del acto administrativo primigenio, independientemente del momento en que se resuelvan los recursos de la vía gubernativa cuando se haga uso de ellos. (...) la Sala considera que no le asiste razón al cuando alega que la falta disciplinaria que cometió fue de ejecución instantánea, agotándose el mismo 28 de enero de 2007. [...] De acuerdo con lo anterior, la infracción disciplinaria por la que se sancionó al [demandante] se caracterizó por ser continuada, consumándose el 23 de marzo de 2007, de manera que el término de prescripción de que trata el artículo 30 de la Ley 734 de 2002 debió correr hasta el 22 de marzo de 2012, sin embargo este fue interrumpido con la notificación de la decisión de primera instancia, que se produjo el día 7 del mismo mes y año. [...]”.

Función de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución del cargo a la directora de investigaciones especiales del ente de control, por considerar que la orden de interceptación de comunicaciones dentro de un proceso disciplinario desconoce los requisitos de ley.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00400-00(1270-2014)

FECHA: 14/03/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Luz Dary Henao Acosta

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El poder preferente disciplinario de la Procuraduría de la Nación conlleva el ejercicio de funciones de Policía Judicial?

Tesis 1: “[...] la Constitución Política y la ley, además de la función del poder preferente disciplinario de la Procuraduría General de la Nación, que implica funciones investigativas, le ha otorgado a ese ente; la función permanente de policía judicial. (...) También la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, cumple funciones disciplinarias que le delegue el Procurador General y funciones de policía judicial, pero la dirección y coordinación institucional de esta función le corresponde al Procurador General de la Nación. Vale decir, la policía judicial, depende funcionalmente del Procurador General de la Nación”.

Problema jurídico 2: ¿Se cumplen los requisitos necesarios para ordenar la interceptación de comunicaciones cuando el auto de apertura de indagación preliminar desaparece del expediente disciplinario, pero es reconocido posteriormente su contenido en diligencia ante notario por el procurador general de la Nación?

Tesis 2: “La Constitución Política y la ley en sentido estricto, como requisitos esenciales para la interceptación de comunicaciones exigen: orden judicial previa fundamentada por escrito. Asimismo, la actividad de policía judicial -interceptación de comunicaciones- desarrollada por la Procuraduría General de la Nación, debe relacionarse con el poder disciplinario, y la autoridad de policía judicial, (actividad) no puede actuar autónomamente, sino bajo la dirección y control de Procurador General de la Nación. (...) El señor (...), en declaración rendida ante esta Corporación, el 27 de noviembre de 2017, manifestó que se ratificó de la declaración rendida ante notario, tanto de la firma como del contenido, e indicó que durante los 8 años que se desempeñó como Procurador General de la Nación, impartió ordenes de interceptación de comunicaciones única y exclusivamente en casos con apertura de investigación preliminar o que se hubiere declarado apertura investigación disciplinaria, y que la atribución de interceptar comunicaciones está en cabeza exclusiva del Procurador

General de la Nación, y es indelegable. Así en el caso en estudio, los elementos esenciales para realizar la interceptación concurrieron como quedó establecido en los numerales anteriores se cumplieron. El requisito adicional –auto de apertura de investigación preliminar fue reconocido por el señor (...) como de su autoría y suscrito por él de manera efectiva y real, entre el mes de septiembre y octubre de 2008. Asimismo, las interceptaciones de comunicaciones, no fueron abusivas o desproporcionadas; pues además, de haber contado con la orden judicial previa, y fundamentada por escrito de autoridad competente; observó el término permitido por el artículo 235 de la Ley 906 de 2005, tuvo relación con el poder disciplinario, esto es, en un proceso adelantado en averiguación ante un hecho de esa índole, conocido directamente por el señor Procurador General de la Nación, y así lo registró en el modelo de auto de investigación que reconoció el declarante [...].”

Problema jurídico 3: ¿El medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo idóneo para solicitar que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto, se le repare el daño causado bajo el principio de reparación integral, que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998?

Tesis 3: “El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, prevé que: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.” (...) [Se] pone en evidencia que hechos laborales acaecidas en el 2009, en relación con la [sancionada], entre estas, la investigación disciplinaria, la afectaron de manera grave, no solo su componente material (económico) sino su salud física y emocional y espiritual, se comprometió el derecho fundamental al buen nombre, tanto es, así que perdió su ca-

pacidad laboral y si bien es cierto fue pensionada por invalidez, no lo es menos que la pensión cubrió un riesgo diferente a la afectación de la salud emocional. En el caso concreto, está demostrado en el proceso, además del registro de la sanción como antecedente disciplinario, que la investigación disciplinaria le generó a la [demandante] perjuicios materiales e inmateriales, que habrá que disponer su resarcimiento en los términos del artículo 15 de la C.P, artículo 16 de la Ley 448 de 1998, en armonía con el inciso antepenúltimo del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. El medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho consagrado en el art 138 de la Ley 1437 de 2011, también procede para el reconocimiento de una indemnización por los daños o perjuicios que pudo ocasionar el acto administrativo demandado. (...) Los actos administrativos demandados, surgieron a la vida jurídica, como producto de un proceso de índole disciplinaria, y durante la investigación disciplinaria, la [demandante], no fue nuevamente encargada como Directora Nacional de Investigaciones Especiales, siendo que había sido desempeñado el cargo como se indicó en los hechos probados y prestaba servicios laborales a la entidad desde el 10 de mayo de 1991. Lo anterior permite inferir que la investigación incidió en la pérdida de la oportunidad para obtener nuevo encargo. Por tanto, la demandada pagará a la [demandante] a título de indemnización por perjuicios materiales, la diferencia salarial entre el cargo de Asesor G19 y de Director Nacional de Investigaciones Especiales, y desde el 20 de enero de 2009 hasta 30 de enero de 2012. (...) La demandada debe rectificar la información publicada en el Boletín 745 de 16 de septiembre de 2013 de la Procuraduría General de la Nación, mediante acto público de perdón y excusas presidido por el Procurador General de la Nación, con la asistencia de la señora Luz Dary Henao Acosta, y la publicación del mismo por el medio de publicación del

mencionado boletín. Asimismo, la demandada a título de reparación del daño moral, deberá pagar a la [demandante] 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La Sala para ese propósito sigue los parámetros establecidos por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y atendiendo lo acreditado en el proceso, la condición de víctima directa de la [demandante], sus derechos fundamentales comprometidos y que el reconocimiento de la pensión cubrió la contingencia de la invalidez (pérdida de la capacidad laboral) que es diferente al sufrimiento o congoja emocional y espiritual (salud emocional espiritual) que le generó la investigación disciplinaria”.

Competencia del procurador general de la Nación para imponer sanción de destitución y suspensión a servidores públicos de elección popular. Competencia del procurador general de la Nación para suspender del cargo al alcalde mayor de Bogotá D.C. Transmilenio Fase III. Vigilancia y control del alcalde mayor de Bogotá de las obras desarrolladas por las entidades descentralizadas. Modalidad dolosa en la omisión del cumplimiento de un deber.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00560-00(2128-12)

FECHA: 04/04/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Samuel Moreno Rojas

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Las decisiones disciplinarias del 24 de octubre y 12 diciembre de 2011, por medio de las cuales la Procuraduría General de la Nación sancionó al señor Samuel Moreno Rojas -con suspensión en el ejercicio del cargo como alcalde mayor del distrito de Bogotá- e impulsó una multa, son nulas, de acuerdo con los cargos definidos en la fijación del litigio?

Tesis 1: “[L]a aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – CADH-, debe armonizarse con el orden jurídico interno del país. En este sentido, existe en la actualidad un criterio imperante en la Corte Constitucional, según el cual el procurador general de la Nación, en virtud de la competencia asignada directamente por la Constitución Política en el art., 277-6, es competente para suspender y destituir a los servidores públicos de elección popular que incurran en toda clase de conductas que contravengan el derecho disciplinario. [...] la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la

sentencia del 15 de noviembre de 2017, al resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, interpretó el art. 23-2 de la Convención Americana CADH, y concluyó, que el procurador general de la Nación solamente tiene competencia para sancionar con suspensión a los servidores públicos de elección popular en casos de corrupción; ésta Subsección no pierde de vista, que la enunciada decisión no constituye un precedente judicial vinculante para el control de legalidad de otras decisiones disciplinarias. En efecto, la Sala Plena en la sentencia ut supra y en el auto de 13 de febrero de 2018 que resolvió sobre su aclaración, determinó sin ambages, las siguientes reglas para comprender el alcance de la decisión: (i) solo tiene efectos interpartes, dado que resolvió una petición de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del art., 189 del CPACA, (ii) que «en la sentencia no se hizo ningún pronunciamiento que mo-

dulara los efectos de la decisión para fijar reglas de competencia con efectos erga omnes», (iii) el control de convencionalidad solo surte efecto directo entre las partes del proceso. [...] los términos de la sentencia, indican que el procurador general de la Nación mantiene a plenitud la competencia consagrada en el art. 277-6 constitucional para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, y dicha competencia solo será modificada a través de los mecanismos previstos por el constituyente en el art., 374 de la Constitución Política, esto es, a través de actos legislativos, asamblea constituyente o referendo, junto con los ajustes necesarios en materia de política pública. [...] La Sala concluye de la lectura integral de la sentencia de 15 de noviembre de 2017, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó con voto mayoritario de sus integrantes, que era necesaria una modificación de las normas constitucionales que otorgan la mencionada competencia al procurador general de la Nación, para armonizarlas con el sentido y alcance del art., 23-2 de la Convención Americana, por lo que evidenció claramente, que dichas reformas pertenecen al ámbito de competencia del legislador, y no a los jueces, dado que éstos no tienen dentro de sus atribuciones reformar las disposiciones constitucionales. [...] la sentencia de 15 de noviembre de 2017 que declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación con fundamento en la facultad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002, no despoja de competencia al ministerio público, en tanto continúa vigente su atribución como máxima autoridad del ministerio público, la cual emana directamente del texto constitucional. Se suma a todo lo anterior, que la sentencia de Sala Plena en la que se estudió la responsabilidad disciplinaria del exalcalde Gustavo Francisco Petro Urrego, a la que se ha venido haciendo referencia, no guarda relación fáctica ni jurídica, con la

situación del exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas; ello, porque en esa decisión la Sala se pronunció expresamente sobre la facultad del procurador General de la Nación para imponer la sanción de «destitución» consagrada en el numeral 1º del art. 44 de la Ley 734 de 2002, contexto que no tiene identidad con el presente asunto, en donde la sanción impuesta por el director del ministerio público al exalcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas, consistió en suspensión en el ejercicio del cargo, cuyo fundamento normativo es el numeral 2º del art. 44 de la Ley 734 de 2002. Este es un argumento más, que da claridad respecto de los presupuestos concretos que abordó la Sala Plena, que salta a la vista, estuvieron circunscritos a la «sanción de destitución», sin que se haya hecho referencia a la «sanción de suspensión». [...]».

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos disciplinarios están viciados de nulidad por cuanto fueron expedidos de forma irregular, al desconocer las formalidades propias del procedimiento disciplinario?

Tesis 2: “[...] el agotamiento de la indagación preliminar, no es obligatoria ni imprescindible para abrir la investigación disciplinaria y procede en caso de duda sobre la procedencia de ésta. [...] se tiene que la omisión de dicha etapa, no constituye una irregularidad procesal que incida sobre las garantías del derecho al debido proceso del disciplinado, ya que está contemplada fundamentalmente a favor del ente investigador, con el objetivo de precisar asuntos de la conducta a investigar y su presunto autor. [...] Según el demandante, la Procuraduría General de la Nación incurrió en la expedición irregular del auto de 11 de noviembre de 2010, porque no adelantó la investigación disciplinaria al señor Samuel Moreno Rojas bajo el trámite del procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación previsto en el art. 182 del CDU. [...] este cargo no está lla-

mado a prosperar, toda vez que la investigación disciplinaria bajo estudio está relacionada con la omisión en el cumplimiento del deber descrito en el -num 3º del art., 38 del Decreto 1421 de 1993- por parte del alcalde mayor de Bogotá y no, con las faltas disciplinarias consagradas en el numeral 1º del art. 278 de la Constitución Política. [...] el art 182 del CDU consagra un procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación, que procede según la descripción legal, para dos eventos concretamente: El primero de ellos, cuando el funcionario investigado disciplinariamente incurre en alguna de las conductas previstas en el art. 278-1 de la Constitución Política⁵³, a saber: «infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo». El segundo evento, nació a la vida jurídica en virtud del art. 60 de la Ley 1474 de 2011, conforme a la cual se determinaron medidas administrativas, penales y disciplinarias, para purgar las conductas de corrupción de los servidores públicos. En ese preciso ámbito del derecho disciplinario se dispuso por el legislador, ampliar el procedimiento especial y por ello adicionó al citado art., 182, que «el procurador general de la Nación también podrá aplicar este procedimiento especial en los casos en que su competencia para disciplinar sea en única instancia». En este orden de ideas, la investigación disciplinaria adelantada al señor Samuel Moreno Rojas, contrario a lo argumentado por la parte demandante, no tenía por qué tramitarse por el referido procedimiento especial, dado que, tal como se observa

del contenido del auto de 11 de noviembre de 2010 y 2 de mayo de 2011, a través de los cuales se dio apertura a la investigación disciplinaria, y se profirió pliego de cargos respectivamente, la falta disciplinaria endilgada consistió en la omisión en el cumplimiento del deber «de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito» situación, que no encaja en los supuestos descritos en el inciso primero del art. 278 ibidem, y tampoco, en las conductas de corrupción reguladas en la Ley 1474 de 2011. [...] el art., 31 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho a la doble instancia, en cuanto determina que «Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley», sin embargo, como se advierte de la redacción del mandato constitucional, dicha prerrogativa no es absoluta y puede ser objeto de excepciones por parte del legislador, en uso de la cláusula general de competencia asignada directamente por el num 2 del art., 150 de la Constitución Política. Ahora, si bien el legislador está facultado para crear excepciones a la regla general de la doble instancia, ello está supeditado a que el ordenamiento jurídico, ofrezca en su lugar, garantías de protección del derecho al debido proceso, en sus elementos integrantes del derecho de defensa y acceso a la administración de justicia. [...] la actuación disciplinaria adelantada al señor Samuel Moreno Rojas tuvo lugar en el trámite de única instancia previsto en el numeral 22 del art., 7º del Decreto 262 de 2000⁵⁷, según el cual, «El procurador general de la Nación, conocerá en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten [...] contra (...) el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., por faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de dicha calidad o durante su ejercicio, en este último caso aunque hayan dejado de ejercer el cargo»(sic). [...] la Corte Constitucional se pronunció precisamente en la sentencia C-429 de 2001, respecto de la única instancia en aquellos eventos

que conoce directamente el procurador general de la Nación, y señaló, que dicha competencia se ajusta al ordenamiento constitucional, por cuanto al ser la máxima autoridad del ministerio público, no tiene superior y por ende «sus decisiones solamente están sujetas a las acciones contenciosas administrativas establecidas en las normas pertinentes, las cuales pueden ser ejercidas por los procesados disciplinariamente, cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos» [...] Sin embargo, ello no excluye por se los procesos de única instancia, pues la impugnación no implica obligatoriamente que el fallo sea apelable sino que el condenado pueda acudir -por medio de cualquier recurso- ante una autoridad con capacidad de revisar la decisión, como sería en este caso, la justicia contenciosa administrativa» [...].

Problema jurídico 3: ¿La medida de suspensión provisional del cargo del señor Samuel Moreno Rojas constituyó una medida desproporcionada, no ajustada a los presupuestos del art. 157 del CDU, toda vez que su permanencia en el cargo no implicaba ninguna intervención en las actividades del IDU?

Tesis 3: “[...] el art. 157 del CDU, consagró expresamente que el funcionario que adelanta la investigación disciplinaria puede ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, durante la etapa de investigación disciplinaria o el juzgamiento. En cuanto a las condiciones que dan origen a dicha suspensión, el inciso primero, contempla dos eventos, concretamente: cuando el proceso disciplinario se adelanta por la presunta comisión de (i) faltas disciplinarias calificadas como gravísimas o graves, y cuando (ii) se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere. [...] A juici-

cio del Tribunal Constitucional, estas causales se justifican, a fin de garantizar que el proceso disciplinario se adelante sin ningún tipo de interferencias, asimismo, el legislador buscó evitar que se repita la falta que originó la investigación disciplinaria, buscando eliminar la posibilidad de que los deberes y funciones protegidos por el orden jurídico vuelvan a ser afectados por la conducta del servidor investigado. [...] La Sala evidencia, que la medida de suspensión del cargo como alcalde mayor del distrito (...) se ajustó a los lineamientos consagrados en el art. 157 del CDU, en cumplimiento de las garantías que dicha disposición consagra, pues como se verá más adelante, i) la medida de suspensión fue motivada, ii) contra ella se presentó el recurso de reposición, iii) el término de la medida inicial fue de tres meses, prorrogados por otros tres más, sin exceder los seis de que trata el art. 157 del CDU, y iv) el lapso mediante el cual el señor Samuel Moreno Rojas fue suspendido se descontó del término de la sanción. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿La Procuraduría General de la Nación vulneró con los actos administrativos enjuiciados los principios de legalidad y tipicidad, dado que sancionó al señor Samuel Moreno Rojas, en calidad de alcalde mayor del distrito de Bogotá, por una conducta atípica, pues dicho deber o bien no existe en el orden jurídico, o en caso de existir, corresponde al secretario de movilidad o al director del IDU?

Tesis 4: “[E]n el ámbito disciplinario el principio de tipicidad tiene una aplicación, mucho más amplia y flexible de lo que sucede con la tipicidad en el derecho penal, debido a que las normas disciplinarias carecen de un contenido completo y autónomo. De tal manera, que para definir la tipicidad de una conducta en las normas disciplinarias, se debe partir de las normas generales y remitirse a aquellas que contienen los deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que

corresponde al servidor público, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria. Esta forma de entender la tipicidad de la conducta a través de la remisión a normas complementarias, se conoce como el método de los tipos en blanco o normas abiertas, que consiste precisamente -en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. De otra parte, se ha aceptado por la jurisprudencia constitucional, que los deberes o faltas disciplinarias, también pueden estar constituidos por conceptos jurídicos indeterminados, entendidos «como aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por el legislador que limitan o restringen el alcance de los derechos y de las obligaciones que asumen los particulares o las autoridades públicas» [...] Desde el punto de vista deóntico, -el deber de cumplir y hacer cumplir, los deberes consagrados en las diferentes disposiciones jurídicas-, está relacionado con la obligación que tienen las autoridades públicas de contribuir a la realización de los fines del Estado, particularmente, con la correcta marcha de la administración pública, dado que es a través de dicho acatamiento, que ésta toma forma y se materializa. [...] una interpretación sistemática del numeral 3º del art. 38 del Decreto 1421 de 1993, a la luz de las normas constitucionales permite colegir que se trata de una función atribuida al alcalde mayor como máxima autoridad administrativa del distrito. Así se advierte del contenido del art., 315 de la Constitución Política según el cual son atribuciones de los alcaldes del país, entre otras, dirigir la acción administrativa de los municipios para asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo. [...] el -deber de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito-, cobra precisión, a partir de la interpretación sistemática del término -asegurar- con la función constitucional y legal

del alcalde, de actuar como máxima autoridad administrativa del distrito, la cual está vinculada indudablemente, con el contenido de los principios que guían la función administrativa descritos en el artículo 209 de la Constitución Política, particularmente, el principio de eficacia en los actos de la administración [...] En este sentido, asegurar las obras, implica un deber de vigilancia y control, sobre aquellas que adelanta el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, sobre las cuales tiene conocimiento directo el alcalde mayor del distrito, pues es claro, que dicho deber solo es exigible respecto de aquellos asuntos, que requieren por su magnitud e importancia, un nivel de atención y de coordinación entre el poder central y el órgano descentralizado, mayor a lo común. [...] el deber de asegurar la construcción de las obras del cual es titular el alcalde mayor del distrito, se concreta de la siguiente manera: -. Se trata de un deber funcional vinculado con el principio de eficacia de la función administrativa. -. Se realiza a través del control de tutela o control administrativo sobre las entidades descentralizadas, el cual se materializa a través de los siguientes mecanismos: 1. facultad de nombrar o remover a los directores de los entes descentralizados, 2. hacer parte de los consejos directivos de las entidades de forma directa o a través de su delegado. -. El titular del control es el alcalde y los secretarios o directores de la entidad descentralizada. -. El control de tutela o control administrativo tiene como finalidad -asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector se cumplan en consonancia e integración con las políticas gubernamentales y de conformidad con los programas adoptados, en los términos de los arts., 104 y 105 de la Ley 489 de 1998. -. Los consejos de gobierno y los comités sectoriales, son una instancia para que el gobierno central en cabeza del alcalde mayor realice la planeación y seguimiento de las políticas que corresponden a cada campo de la ad-

ministración del distrito, es un mecanismo de articulación de las políticas gubernamentales y la actividad que respecto a estas desarrollan los entes descentralizados. [...]”.

Problema jurídico 5: ¿El fallo disciplinario no consideró la ilicitud sustancial porque «lo primero que ha debido hacer el responsable del proceso disciplinario, en contra del alcalde mayor de Bogotá, era establecer si la OMISIÓN predicada está relacionada con las funciones “atribuciones” establecidas constitucionalmente para el Alcalde en el numeral 3º del art. 38 del Decreto 1421 de 1993»?

Tesis 5: “[...] La Sala observa que, el procurador general de la Nación, en la decisión disciplinaria de 24 de octubre de 2011, determinó que la conducta realizada por el señor Samuel Moreno Rojas era ilícita sustancialmente¹⁸³, con fundamento en lo siguiente: -. La realización de las tres faltas disciplinarias atribuidas al ex alcalde de Bogotá, afectó el deber funcional, sin que se demostrara una causal de justificación de la conducta. -. De tal manera, consideró que la sustancialidad de la ilicitud, se configuró con la vulneración de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, trasgredidos particularmente, en la omisión de asegurar la construcción de las obras a cargo del distrito. [...] la Sala concluye que el operador disciplinario estudió el alcance de la ilicitud en el caso concreto, y para tal efecto consideró que la conducta desplegada por el señor Samuel Moreno Rojas no solo trasgredió el deber consagrado en el art., 38 núm. 3º del Decreto especial 1421 de 1993, sino también que dicha vulneración fue sustancial dado el quebrantamiento del principio constitucional de eficacia, que regula el art., 209 de la Constitución Política. [...]”.

Problema jurídico 6: ¿Es posible calificar la omisión del deber de asegurar el cumplimiento de las obras en la modalidad de dolosa?

Tesis 6: “[...] Concluyó el fallador disciplinario que la conducta fue dolosa, con fundamento en lo siguiente: (...) que el señor Samuel Moreno Rojas, conocía todas las situaciones relacionadas con la ejecución de las obras a cargo del IDU. [...] existió (...) la voluntad de omitir el cumplimiento de su deber, en cuanto que pese a que conoció las irregularidades que se presentaron en los contratos referidos en la actuación disciplinaria no hizo nada para evitarlos, manifestando una voluntad dolosa de omitir su deber. (...) al tener la obligación de asegurar las obras a cargo del Distrito, no lo hizo, pudiendo de muchas maneras hacerlo. [...] la Procuraduría General de la Nación, estudió los elementos de configuración de la conducta dolosa, particularmente en cuanto se refiere a la atribuibilidad de la conducta, exigibilidad del cumplimiento del deber, conocimiento de la situación típica y conciencia de la ilicitud. Con fundamento en ello, concluyó que la conducta es imputable a título de dolo”.

Problema jurídico 7: ¿Se vulneró el derecho al debido proceso debido a que en el proceso disciplinario no se practicaron la totalidad de las pruebas decretadas, hubo una indebida valoración de las pruebas y falta de imparcialidad de la Procuraduría General de la Nación?

Tesis 7: “[...] el fallador disciplinario o el juez, pueden definir si se decretan o no, la totalidad de las pruebas solicitadas bajo el criterio de que solo lo útil y necesario, es fundamental en materia de pruebas. Para este efecto, deberá determinar cuáles son las pruebas pertinentes, conducentes, y procedentes para llegar al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado. Ahora, en lo que se refiere a la actividad de valoración probatoria, es importante señalar que el proceso disciplinario, adoptó el sistema de la sana crítica, y así lo incorporó en el art. 141 del CDU, el cual indica que «las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo

con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que esta se fundamenta». Valga señalar, que este sistema valorativo de la sana crítica o también llamado de persuasión racional, es aquel por medio del cual el fallador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. [...] La Sala observa, que el ministerio público bajo el criterio de la pertinencia y utilidad de las pruebas negó en un inicio aquellas relacionadas con la certificación del número de dependencias que existen en la alcaldía distrital, así como la constancia del número de contratos celebrados en el distrito, bajo el entendido, que dichas documentales debían suscribirse a los contratos objeto de la investigación disciplinaria y no, a todos aquellos que no guardaban relación con ella. [...] en lo atinente a la indebida valoración probatoria alegada por la parte demandante, es necesario señalar que esta se presenta según la Corte Constitucional -cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora de una manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin una razón valedera considera que no se encuentra probado el hecho o la circunstancia que de la misma deriva clara y objetivamente, o también cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución-. Para la Sala, atendiendo a los lineamientos anteriores, no existió indebida valoración probatoria, toda vez, que como se expresó en los párrafos que preceden, el ministerio público abordó los criterios de pertinencia y necesidad de la prueba, accedió a las pruebas solicitadas por la parte demandante, y les otorgó valor, atendiendo al sistema de la sana crítica. [...] el ministerio público no estructuró la responsabilidad disciplinaria del señor Samuel Moreno Rojas con fundamento en irregularidades presentadas en la etapa contractual de la fase

III de Transmilenio como lo sugiere la defensa, sino en la omisión del control de tutela en el periodo de ejecución de los citados contratos por parte del disciplinado”.

Problema jurídico 8: ¿El procurador general de la Nación tiene competencia para imponer la sanción de suspensión al señor Samuel Moreno Rojas en el cargo de alcalde mayor, dado que dicha potestad es privativa del presidente de la República?

Tesis 8: “[...] la Corte Constitucional en la sentencia C- 229 de 1995 (...) indicó, que la potestad otorgada al presidente de la República en virtud del precitado artículo, no opera para todos los eventos en que es necesario decretar una suspensión, por el contrario, está guardada para los asuntos taxativamente señalados en la ley. [...] Así mismo indicó, que el contenido de dicha disposición debe entenderse de manera armónica con la facultad constitucional reconocida al Procurador General en el numeral 6º del art. 277, para imponer las sanciones derivadas del ejercicio de la potestad disciplinaria. Así las cosas, se advierte que coexisten las facultades de hacer efectiva la sanción de suspensión a un alcalde, de la siguiente forma: De una parte, la que corresponde al procurador general en virtud de la función de supervigilancia administrativa, de otra, la que corresponde al presidente de la República en aquellos eventos taxativamente señalados en la ley, en los cuales el alcalde actúa como agente del presidente o gobernador, como el orden público (art. 296 de la C.P) y estados de excepción (art. 38, L. 270 de 1996), o finalmente, cuando el presidente o gobernador actúan en desarrollo del deber de colaboración con las autoridades judiciales o el ministerio público. [...] La Sala concluye de todo lo anterior, que el procurador general de la nación tenía la capacidad jurídica para sancionar con suspensión al señor Samuel Moreno Rojas en su calidad de alcalde mayor de Bogotá, en tanto que ésta tuvo origen en la función de vigilan-

cia disciplinaria que corresponde a dicho ente de control en virtud del art. 277-6 constitucional. Además, no correspondía al presidente de la República la suspensión indicada, por cuanto no se trató de un asunto expresamente asignado al poder ejecutivo en aplicación de una norma expresa. Finalmente, como lo demostraron las pruebas documentales en cita, la ejecución de la sanción disciplinaria se realizó por el presidente de la república en atención a lo dispuesto en el art. 172 del código disciplinario único, en concordancia con el art. 44 del Decreto 1421 de 1993 -Estatuto Orgánico de Bogotá- [...]”.

Problema jurídico 9: ¿Tiene competencia la viceprocuradora para resolver la recusación interpuesta en contra del procurador general de la Nación?

Tesis 9: “[...] Para resolver este cargo, la Sala se remite al contenido de la sentencia proferida por la Corte Constitucional SU- 712 de 2013, en la cual se declaró, que la competencia del viceprocurador general para resolver las recusaciones presentadas en contra del procurador general es ajustada al orden constitucional, fundamentalmente por las siguientes razones: - Consideró que dicho funcionario, al tener la competencia para resolver los impedimentos en virtud del art. 17 del Decreto 262 de 2000, también la ostenta para conocer de las recusaciones rechazadas por el procurador general de la Nación. Esta interpretación se consolidó con posterioridad por la Corte, al estudiar la constitucionalidad del art. 88 de la Ley 734 de 2002 norma en la que expresamente se indicó que «si el procurador general de la Nación se declara impedido o es recusado y acepta la causal, el viceprocurador general de la nación asumirá el conocimiento de la actuación disciplinaria», al considerar que la asignación de dicha competencia correspondió al margen de configuración normativa del legislador. Además, argumentó que si alguna de las partes ve amenazada la objetividad en la decisión, puede alegar la nul-

lidad del acto para demostrar la falsa motivación o desviación de poder. - Corolario de lo dicho, la viceprocuradora general de la nación era la funcionaria competente para resolver la recusación presentada en contra del procurador general de la Nación. De tal manera, que la decisión de 19 de octubre de 2011 en la cual, la entonces viceprocuradora general de la Nación resolvió «rechazar la recusación formulada por el disciplinable Samuel Moreno Rojas en contra del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado Procurador General de la Nación», no está viciada de nulidad por falta de competencia y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar. [...]”.

Problema jurídico 10: ¿Carecía de competencia del procurador general de la Nación para proferir la decisión de única instancia, por haber sido previamente recusado?

Tesis 10: “[...] Basta con señalar, que la presentación de recusación genera dos tipos de consecuencias respecto de la competencia del funcionario que conoce del asunto. En efecto, de una lectura sistemática de los artículos 87 y 88 de la Ley 734 de 2002, en los cuales se regula -el procedimiento en caso de impedimento y recusación-, se concluye que si se acepta el impedimento o recusación se determinará el nuevo funcionario que tendrá el conocimiento del asunto, en caso contrario, de negarse, se infiere, que el funcionario acusado conserva la competencia para continuar tramitando el proceso disciplinario. Esta circunstancia, tuvo pleno efecto en el presente, dado que la viceprocuradora general de la nación al rechazar la recusación el 19 de octubre de 2011, ordenó «proseguir la ritualidad procesal como lo señala el art. 87 del Código Disciplinario único [...]». La Sala concluye, que al haberse rechazado la recusación en contra del procurador general, este funcionario mantenía la competencia para decidir en única instancia el proceso disciplinario, en consecuencia el cargo se niega. [...]”.

Violación del debido proceso por variación del pliego de cargos. Conducta continuada y aplicación de la ley disciplinaria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00108-00 [0348-11]

FECHA: 16/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: María Josefina Peña Van-Strahlen

DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social – En liquidación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en: (i) violación al debido proceso, por agravar su conducta al momento de la variación de la formulación de los cargos; (ii) falsa motivación, por aplicación errónea de la Ley 734 de 2002 e indebida valoración probatoria; y (iii) desviación de poder, por cuanto la investigación disciplinaria adelantada en su contra se hizo bajo criterios subjetivos?

Tesis: “[...] la Sala considera indispensable precisar que el control de legalidad de los actos de carácter sancionatorio y de los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. [...] Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. [...] El operador disciplinario procede a formular cargos al servi-

dor público cuando surtida la etapa de indagación y la posterior de investigación, cerrada esta última, se encuentran objetivamente demostrados hechos que pueden constituir faltas disciplinarias, las cuales, a su vez, están tipificadas en disposiciones legales; así como porque aparecen elementos que demuestran la posible responsabilidad de dicho funcionario en su comisión, sin que de otra parte estén acreditadas a su favor causales de exclusión de responsabilidad. [...] «el pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original». [...] tal variación solo puede realizarse hasta antes del fallo de primera o única instancia, se debe notificar al implicado y permitir que ejerza su derecho de defensa y contradicción, y no puede sustituir en su integridad, el pliego de cargos inicialmente formulado de modo que no se sorprenda al implicado con una imputación diferente al momento de emitir el fallo. [...] en el evento en que haya variación del pliego de cargos, siempre que se cumplan las formalidades que la ley exige para el ejercicio del

derecho de defensa y contradicción del implegado, ésta haría parte integral del pliego de cargos inicialmente formulado y las dos decisiones deberán estar en plena armonía y consonancia con el fallo disciplinario, so pena de declarar inválida la actuación por violación del derecho al debido proceso del disciplinado. [...] se observa que si bien la formulación de cargos fue variada por el operador disciplinario, esta se hizo bajo los parámetros establecidos en la normativa aplicable, esto es, luego de concluida la práctica de pruebas y antes del fallo de primera instancia, permitiéndosele a la disciplinada ejercer su derecho de defensa. Es de resaltar, además, que dicha variación se hizo bajo la misma conducta que le fue reprochada a la disciplinada en una primera oportunidad y que ello obedeció a un error en la calificación jurídica inicial, dado que el Grupo de Control Interno Disciplinario de Cajanal E.I.C.E., consideró que las actuaciones en que había incurrido la señora (...) se enmarcaban en una falta gravísima por la realización objetiva de una descripción típica consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo y el incremento injustificado del patrimonio; circunstancias que de manera alguna trasgreden el derecho al debido proceso, por cuanto es claro que dicha variación se encuentra permitida en el Código Único Disciplinario, que esta se hizo bajo los requisitos legalmente establecidos, y que frente al cambio realizado, a la disciplinada se le dio la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción. [...] el operador disciplinario investigó y sancionó a la actora como profesional especializada con funciones de Coordinadora y/o Líder del Programa para el Adulto Mayor de Cajanal E.I.C.E. – Casa de la Tercera Edad, pese a su vinculación como trabajadora oficial y contratista, en atención a que su conducta irregular fue continuada y se mantuvo hasta el momento en que su nombramiento en dicho cargo de origen legal y reglamentario, fue declarado insubsistente. Para el efecto, es dable

resaltar que el Código Único Disciplinario prevé la existencia de faltas instantáneas y de carácter permanente o continuado. Las primeras, se presentan cuando la realización de la conducta se agota o perfecciona en el momento mismo en que se revela la acción u omisión descrita en el tipo disciplinario, y las segundas, cuando la consumación de la conducta se mantiene en el tiempo, lo cual hace que la comisión de la falta se extienda de igual manera. [...] para la Sala es claro que la norma aplicable sí era la Ley 734 de 2002, pues, como se señaló, primero, los destinatarios de la Ley disciplinaria son los servidores públicos, esto es, trabajadores oficiales y empleados públicos, así como los particulares en ejercicio de funciones públicas; y, segundo, se encontró plenamente acreditada la continuidad en el tiempo de la conducta reprochable en materia disciplinaria de la parte actora, la cual se llevó a cabo, finalmente, en su condición de empleada pública. [...] En el sub examine el juzgador disciplinario de segunda instancia consideró, finalmente, que la parte actora con su conducta incurrió en la falta gravísima consagrada en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 [...] Las conductas delictivas que se consideraron realizadas por la disciplinada fueron: peculado por apropiación; peculado por uso; peculado culposo; y simulación de investidura o cargo. [...] los dineros provenientes del Convenio suscrito con RCN debían ingresar al presupuesto de ingresos, a través de una cuenta bancaria a nombre de Cajanal E.I.C.E., y los gastos que se requerían para el funcionamiento de la Casa de la Tercera Edad debían efectuarse por el rubro denominado «Bienestar Social del Pensionado», del presupuesto de gastos, previa aprobación presupuestal para tal fin y autorización del ordenador del gasto de la entidad pública. No obstante lo anterior, la disciplinada recibió a título personal los dineros antes referidos, los manejó en una cuenta individual y los administró por fuera del presupuesto de Cajanal E.I.C.E.,

incurriendo así en el claro desconocimiento de la Constitución Política y la Ley y en la falta disciplinaria que le fue imputada. [...] la señora (...) manifestó que el juzgador disciplinario incurrió en una desviación de poder, por cuanto la investigación se debió a una persecución laboral en su contra. [...] debe resaltarse frente al adelantamiento de investigaciones disciplinarias, que el legislador consagró un régimen disciplinario, Ley 734 de 2002, que es aplicable a los servidores públicos y que en el momento de ser incumplido, el Estado, en virtud de la potestad disciplinaria, debe iniciar las correspondientes actuaciones administrativas tendientes a esclarecer las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y su responsabilidad, proceso que debe estar presidido de todas las garantías constitucionales y legales que garanticen el ejercicio al derecho de defensa y debido proceso. En el caso bajo estudio, aprecia la Sala que la sanción impuesta es el resultado de una decisión administrativa, en

donde a la demandante se le respetaron las garantías fundamentales al debido proceso y defensa, en tanto: i) el trámite administrativo se adelantó de cara a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002; ii) se le permitió ejercer su derecho de contradicción formulando descargos, alegando de conclusión, apelando el fallo de primera instancia, es decir, permitiendo su participación activa ante el operador disciplinario; iii) se efectuó una adecuada individualización de la conducta objeto de reproche; y, iv) la sanción impuesta atendió a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Lo anterior demuestra que la investigación disciplinaria adelantada en contra de la parte actora, no estuvo amparada en circunstancias subjetivas de la entidad demandada, sino que se adelantó con base en el principio de legalidad, en la cual finalmente se demostró el acaecimiento de faltas disciplinarias cuya sanción era la destitución y la inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas [...].”

Concurso de conductas sancionables y concurso aparente de faltas disciplinarias. Principios de especialidad, subsidiariedad y consunción en materia disciplinaria. Tipicidad de la conducta de abandono injustificado del cargo, función o servicio. Dejación voluntaria y definitiva de responsabilidades públicas. Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT y admisibilidad de la huelga en el sector petróleo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00230-00{0884-12}

FECHA: 06/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Jimmy Alexander Patiño Reyes

DEMANDADO: Empresa Colombiana de Petróleos - Ecopetrol

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los cargos por los que fue hallado responsable el demandante configuran un concurso aparente de faltas disciplinarias?

Tesis 1: “[...] en ocasiones, un mismo comportamiento puede generar la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos. Es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias [...] en estos eventos no hay un verdadero concurso [...] el concurso aparente y los mecanismos para resolverlo tienen como finalidad garantizar el respeto del principio non bis in idem en la medida en que, de esta forma, se evita que una única conducta que acarrea una sola falta sea sancionada repetidamente, lo que se logra excluyendo las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción [...] El análisis de los cargos y de las faltas que conforme a estos se imputaron, conduce a concluir que en el caso de marras hay unidad de conducta, ya que no

es posible identificar varios comportamientos independientes por parte del hoy demandante [...] Teniendo esto presente, es importante señalar que las faltas consagradas en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 34; y 1 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 deben excluirse porque le fueron imputadas al demandante con base en un cargo que, materialmente hablando, no constituye un hecho distinto al ya anotado, aun cuando una lectura desprevénida pudiera generar la apariencia de que sí lo es [...] De otro lado, la Sala observa que en el dossier se estructura un concurso aparente de conductas sancionables ya que la tipificación de las múltiples faltas disciplinarias por las que se responsabilizó al actor es meramente formal. Esta afirmación encuentra soporte en el principio de especialidad, que permite descartar la ocurrencia material del tipo de que trata el numeral 49 del artículo 48 del CDU, para así concluir que las varias infracciones que se le endilgaron a aquel eran excluyentes y que entre estas debió preferirse la que establece el numeral 55 del artículo 48 ibidem, porque en el ejercicio de acomodamiento de la

conducta al tipo disciplinario es la que la enuncia de manera más adecuada y precisa [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La conducta desplegada por el demandante durante el cese de actividades llevado a cabo en Barrancabermeja, en el año 2004, se encuadra dentro de la descripción típica del artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002?

Tesis 2: “[...] se ha sostenido que el abandono del cargo, función o servicio se puede presentar en dos eventos. El primero, cuando se renuncia al ejercicio de las funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo; y el segundo, cuando el trabajador deserta materialmente del cargo al ausentarse del sitio de trabajo y no regresa a él para cumplir con las labores asignadas, propias del empleo o del servicio. En términos de esta subsección, otra característica esencial de esta falta disciplinaria es que implica la dejación voluntaria, definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor público, de forma injustificada, esto es, sin que exista una razón que explique la inasistencia [...] la Sala

considera que el comportamiento desplegado por el demandante no se adecúa a la descripción típica del artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002 por varias razones. La primera de ellas es que, como se vio, la norma exige que la dejación del cargo, funciones o servicio no sea transitoria, lo que no ocurre en el caso de marras ya que (...) no tenía la voluntad de abandonar definitivamente su cargo ni mucho menos sus funciones, como quiera que solo se ausentó durante el tiempo en que tuvo lugar la suspensión colectiva [...] En todo caso, tampoco se tipifica la falta en comento pues encuentra la Sala que la inasistencia del señor (...) a su puesto de trabajo en el periodo ya referido sí estaba justificada. En efecto, mal haría la Sala en desatender el hecho de que, conforme con las recomendaciones expedidas por el Comité de Libertad Sindical como organismo integrante de la OIT, el petróleo no puede ser considerado un servicio público esencial en sentido estricto y, en consecuencia, los trabajadores de la demandada sí podían llevar a cabo una huelga a fin de conseguir el reconocimiento de los derechos reclamados [...]”.

Confirmación de la sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos por el término de 16 años, impuesta al ministro de agricultura y desarrollo rural, por las irregularidades en los procesos precontractuales y contractuales de los convenios de cooperación técnica, científica y tecnológica en el Programa Agro, Ingreso Seguro.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00395-00[1506-2012]

FECHA: 11/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Andrés Felipe Arias Leyva

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los estudios previos elaborados para la celebración de los convenios de cooperación técnica, científica y tecnológica en desarrollo del Programa Agro, Ingreso Seguro cumplen con los requisitos establecidos por ley?

Tesis 1: “Confrontado el contenido de estas disposiciones [artículo 25 de la Ley 80 de 1993, artículo 7 Decreto reglamentario 2170 de 2002, artículo 3 Decreto reglamentario 2474 de 2008], con los documentos realizados por las direcciones de Comercio y Financiamiento y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Sala considera que, en efecto, tales documentos no cumplen los requisitos de estudios previos, (...) no especificaron las condiciones del contrato a celebrar, el plazo, el valor, la forma de ejecución; en ellos se hace una justificación de la necesidad de celebrar convenios especiales de cooperación para adelantar actividades científicas y tecnológicas con el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura - IICA- en el marco del programa “Agro, Ingreso Seguro -AIS”. En los estudios previos (...) se establecieron las obligaciones para el IICA y se

justificó la selección de este instituto como contratista, aspectos ajenos a tal documento, pues éste es el soporte para elaborar el proyecto de pliego de condiciones y el contrato, por lo que no debe contener argumentos ni fundamentos distintos a los elementos esenciales para determinar la necesidad de la celebración del respectivo contrato, las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y los motivos que justifiquen el tipo contractual que se escoja, razón por la cual tales documentos no se pueden concebir como estudios previos. Aunado a lo anterior, estos documentos no atienden la finalidad de los estudios previos dentro de un proceso precontractual, ya que los mismos están encaminados a demostrar la idoneidad y experiencia del IICA con el único propósito de justificar la celebración de los convenios especiales de cooperación científica y tecnológica que suscribió el ministro.(...) sin importar la modalidad de la contratación a celebrar, directa o licitación, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debía contar con los estudios previos necesarios para la suscripción de los convenios especiales de cooperación científica y tecnológica, pues los

principios de economía y responsabilidad previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se aplica a los contratos de ciencia y tecnología, regulados por los Decretos Ley 591 y 393 de 1991. Por ende, el ministro como director de la actividad contractual del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural era el responsable por las irregularidades que se presentaron en la ejecución de los procesos precontractuales y contractuales que llevó a cabo su cartera, sin poder trasladar la responsabilidad al equipo asesor jurídico u otras dependencias, ya que, se reitera, el manejo de los procesos contractuales recae en el jefe de la entidad pública, conforme lo establece el legislador en el numeral 5 del citado artículo 26 Ley 80 de 1993 [...].”

Problema jurídico 2: ¿Los términos de referencia para los convenios de cooperación técnica, científica y tecnológica en desarrollo del Programa Agro, Ingreso Seguro contaban con criterios de evaluación precisos y claros?

Tesis 2: “Conforme al acervo probatorio referido, la autoridad disciplinaria determinó, (...), que los términos de referencia de las convocatorias (...) correspondiente al convenio especial de cooperación 055 de 2008, no contaban con factores de evaluación precisos y claros, al no establecer reglas justas y completas para la asignación de los apoyos económicos a las personas (naturales y jurídicas) que presentaron proyectos de construcción, rehabilitación o mejoramiento del sistema de riego y drenaje y, como consecuencia de la omisión referida, se presentaron varios proyectos solicitando el apoyo económico sobre un mismo predio, amparados en la figura del contrato de arrendamiento, pues fraccionaron los terrenos objeto de explotación agrícola (...) Así entonces, y siendo el ministro (...) el responsable del manejo de la actividad contractual de la cartera de Agricultura y Desarrollo Rural, le correspondía, dentro de sus deberes funcionales, aprobar los términos de referencia de las convocatorias públicas de

riego y drenaje (...). En ese orden de ideas, existió una desatención por parte del ministro (...) de sus deberes funcionales como jefe del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el manejo de la actuación contractual, quedando demostrada la figura de la ilicitud sustancial, contenida en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002”.

Problema jurídico 3: ¿Los objetos contractuales de los convenios especiales de cooperación 003 de 2007, 005 de 2008, 037 y 052 de 2009 correspondían a actividades de ciencia y tecnología?

Tesis 3: “La Tesis esbozada por el declarante respecto a que la finalidad última o mediata fue la que permitió la tipología que los convenios especiales de cooperación 03 de 2007, 055 de 2008, 037 y 052 de 2009 eran de ciencia y tecnología, no es aceptada por la Sala, por cuanto es claro que el objeto y las actividades pactadas en los contratos reprochados no eran de las previstas en el artículo 2 de los Decretos 393 y 591 de 1991; y, si bien es cierto, que el marco general del programa “Agro, Ingreso Seguro -AIS” consistía en la promoción de la productividad y la mejora de la competitividad en el sector agropecuario, por lo cual podría tener un propósito último o mediato de ciencia y tecnología, lo real y probado en el proceso fue que estos negocios jurídicos no eran de la esencia ni naturaleza científica ni tecnológica, y como es sabido la denominación de un contrato lo determina las especificidades del objeto contractual y las obligaciones pactadas a cargo del contratista, por esta razón se concluyó anteriormente que estos convenios estuvieron equivocadamente calificados, pues la finalidad de aquéllos era la implementación del programa “Agro, Ingreso Seguro-AIS”, en lo relacionado con la convocatoria para el financiamiento de sistemas de riego, evaluación de impacto, auditoria y socialización; en otras palabras, la rotulación del contrato no es otorgada por la finalidad última o mediata de éste, sino por los elementos esenciales que contiene el acuerdo de voluntades”.

Visita especial como medios de prueba en el proceso disciplinario. Valor probatorio de las fotografías. Vulneración del debido proceso por transgresión del término de la indagación preliminar.

805

RADICADO: 19001-23-33-000-2015-00069-00(2089-17)

FECHA: 11/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Martha Zoé Rojas Martínez

DEMANDADO: Municipio de Popayán

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Son nulas las pruebas recaudadas por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Secretaría General de la Alcaldía de Popayán, dentro de la actuación disciplinaria adelantada en contra de la demandante?

Tesis 1: “[...] es la norma la que dispone de forma clara y precisa los medios de probatorios que pueden ser tenidos en cuenta para emitir la decisión disciplinaria, como por ejemplo la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial y los documentos, es por ello, que para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por la demandante cuando señala que las pruebas practicadas y decretadas en la actuación disciplinaria, especialmente la prueba consistente en la visita especial al predio “la Fortaleza”, debe declararse nula como quiera que no se encuentra contemplada en la ley, pues como se señaló en líneas anteriores esta consiste en la inspección o visita especial la cual se encuentra contemplada en la normativa, y procede de oficio o a petición de parte y se debe indicar lo que con ella se pretende demostrar. [...] si la demandante se encontraba disconforme con el contenido de las pruebas documentales allegadas al proceso disciplinario por considerar que estas eran ilegales, podía proponer

tacha de falsedad para controvertir las pruebas que así consideraba, facultad que no fue utilizada por la actora en ese momento, de tal manera este primer cargo no ha de prosperar, pues si en la actuación disciplinaria se aportaron documentos en copia simple, esta situación no es una razón suficiente para declarar la nulidad de los actos acusados. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Se ha incurrido en una indebida valoración probatoria por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Secretaría General de la Alcaldía de Popayán, en relación con las pruebas documentales, específicamente los registros fotográficos, dentro de la actuación disciplinaria?

Tesis 2: “Esta Corporación ha señalado que las fotografías por si solas no confirman que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probar mediante ellas, razón por la cual le corresponde al juez hacer un cotejo de estas con otros medios probatorios. [...] el material fotográfico allegado al proceso disciplinario adelantado en contra de la señora (...) cumple con su pertinencia y validez, pues a cada uno de los interrogados en el proceso disciplinario le fueron mostradas dichas fotografías y éstas determinaron que las “zanjas o chambas y los tubos

sembrados realizados por algunos de los habitantes de la vereda Villanueva del corregimiento de La Rejoja del municipio de Popayán” para identificar la servidumbre y permitir el paso, correspondía efectivamente al predio la fortaleza de propiedad de los señores (...) así las cosas, este cargo tampoco está llamado a prosperar, como quiera que dentro de la actuación disciplinaria se logró hacer la adecuada valoración probatoria de las fotografías con los otros medios de prueba, como lo exige la jurisprudencia. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Se presentaron irregularidades durante el decurso del proceso disciplinario, especialmente en la indagación preliminar, que vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la demandante?

Tesis 3: “[...] Para la Sala no es de recibo cuando la demandante sostiene (i) que la indagación preliminar se extendió más del tiempo señalado en el vulnerando así su derecho al debido proceso. Se advierte que el inciso 4.º del artículo 150 de la Ley 734 de 2002 establece textualmente que «la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura», razón por la cual se puede afirmar que para contabilizar el término de duración de la etapa de indagación en los procesos disciplinarios debe observarse la fecha en la cual el funcionario disciplinario profiere el auto de apertura de la investigación o de archivo, según corresponda. Resulta, entonces que, desde la apertura de la indagación preliminar esto es, el 4 de octubre de 2010 a la apertura de la investigación disciplinaria que fue a través de la Resolución 1738 del 15 de julio de 2011, transcurrieron 3 meses más de lo establecido en la ley prevista para tal fin, lo que impone concluir que durante el decurso del proceso disci-

plinario sí existió una irregularidad respecto del término para adelantar la indagación preliminar por parte del control interno de la Secretaría General de la Alcaldía de Popayán, no obstante, contrario a lo que sostiene la demandante, esta irregularidad no afectó su debido proceso en tal medida que la decisión de sancionarla resultare diferente. [...] el derecho de defensa, el debido proceso y la presunción de inocencia son garantías constitucionales establecidas en favor de todas las partes de un proceso judicial o de una actuación administrativa. El artículo 29 de la Constitución Política materializa esta protección al establecer que toda persona debe ser juzgada conforme a leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándosele principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa. En efecto, esta Corporación también ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto y ha sostenido que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, toda vez que lo que interesa en el fondo es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarreen la anulación de los actos sancionatorios. [...] únicamente las irregularidades que transgredan el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción de una manera sustancial que incidan en una decisión disciplinaria diferente, son susceptibles de ser declaradas nulas por el Juez Contencioso Administrativo. Así las cosas, esta Sala de Subsección advierte que no le asiste razón al demandante en las apreciaciones que hace respecto de este cargo”.

Competencia territorial en materia disciplinaria en la DIAN. Versión libre y derecho de defensa. Doble instancia del procedimiento verbal en el proceso disciplinario. Autonomía del derecho disciplinario.

807

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00619-00[2372-2011]

FECHA: 11/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Carlos Alberto Flores Aguirre

DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Tiene competencia para emitir fallo de primera instancia un juzgador diferente al de la última sede en la que prestó el servicio el funcionario sancionado de la DIAN?

Tesis 1: “Para el momento en que se adelantó la investigación en contra del [demandante], el ejercicio de la función disciplinaria en la DIAN le correspondía a la Oficina de Investigaciones Disciplinarias que tenía competencia en el nivel central, y a las Divisiones de Investigaciones Disciplinarias de las Direcciones Regionales para los demás servidores de la entidad a nivel regional. De conformidad con el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario, para la época de la ocurrencia de los hechos, esto es, segundo semestre del año 2005 y primer semestre del año 2006, el [demandante] se encontraba vinculado laboralmente en el Grupo Interno de Trabajo Coactivo de la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Pereira, razón por la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 734 de 2002, el funcionario competente para adelantar la investigación disciplinaria, en atención al factor territorial, era el del lugar donde se realizó la conducta, esto es, en Pereira, resultando competente para adelantar la investigación del actor, la

División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, como en efecto se realizó. Ahora, si bien este fue reubicado al Despacho de la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, esto se llevó a cabo el 1.º de marzo de 2007, es decir, cuando ya se había iniciado, por la dependencia correspondiente, la investigación en su contra, se encontraba en etapa de indagación preliminar y se estaban practicando las pruebas. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que dicho procedimiento estuvo amparado bajo el principio de la legalidad, en la medida en que, conforme al principio de la doble instancia, el director general de la DIAN, es decir, el nominador del actor, en segunda instancia, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial”.

Problema jurídico 2: ¿La queja anónima puede ser tenida en cuenta para iniciar indagación preliminar y, por lo tanto, para adelantar actuación disciplinaria?

Tesis 2: “[...] la doctrina sostiene que «una vez formulada la queja o iniciada la acción correspondiente, ella no es desistible, se adelanta en forma oficiosa, su carácter inquisitivo le impone al Estado, a través de sus distintas dependencias, impulsar la actuación, aclarar los hechos y concluir con una decisión, sea de archivo del proce-

so o de imposición de una sanción (...) En este último evento, aun cuando la ley dispone que los escritos anónimos no sirven de base para empezar una investigación disciplinaria, la autoriza cuando existan hechos y circunstancias que lleven a considerar que se trata de una irregularidad que procede a investigar, atendiendo la competencia oficiosa que tienen los organismos para darle curso. En todo caso. Cuando se trate de escritos anónimos que no reúnan esas condiciones y cuando ellos se refieran a asuntos de la vida privada de las personas que consignen hechos que sean difusos, irrelevantes disciplinariamente o que sean de difícil ocurrencia, lo mismo que cuando la queja tenga esas características, de plano se puede dictar una decisión, inhibiéndose de adelantar averiguación alguna». En cuanto a la etapa procesal denominada indagación preliminar, el Código Disciplinario Único señala que esta tiene por objeto establecer la procedencia de la investigación disciplinaria, verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria, o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, siendo el objetivo principal de dicha etapa, establecer la identidad de quien o quienes pueden estar involucrados en hechos irregulares. [...] el operador disciplinario con base en una queja anónima al no poder establecer la veracidad de los supuestos fácticos que le fueron puestos en su conocimiento, de manera oficiosa, como se lo permite la Ley, tenía la posibilidad de acudir a la etapa de indagación preliminar con el fin de verificar lo antes mencionado y con ello decidir las pruebas a decretar la continuación o no con la investigación disciplinaria (...) el juzgador disciplinario decretó una serie de pruebas que le permitieron emitir los fallos ahora cuestionados y considerar que el actor se encontraba inmerso en una falta de carácter disciplinario. [...] contrario a lo afirmado por el demandante, la DIAN no vulneró el derecho al debido proceso, toda vez que la sanción impuesta no se basó solamente en

la queja referida sino en material probatorio integral a través del cual se acreditaron los elementos típicos de la falta disciplinaria [...].”

Problema jurídico 3: ¿Al exceder los términos previstos en la Ley 734 de 2002 para llevar a cabo la investigación disciplinaria, el juzgador disciplinario vulnera el derecho al debido proceso?

Tesis 3: “[...] El artículo 29 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones. De esa manera, además, del derecho a acceder a una respuesta judicial y/o administrativa, las personas son titulares del derecho fundamental autónomo a que esa solución se produzca en un plazo adecuado. La razonabilidad de ese plazo se encuentra establecida, en primer lugar, por el Legislador, mediante la definición de los términos procesales. Por tal razón, la Constitución Política ordena acatarlos de manera estricta. De otra forma, la oportunidad para solucionar una controversia quedaría al arbitrio de cada funcionario, afectando el derecho al recurso judicial efectivo y cada uno de los derechos que se pretendan proteger en el proceso y el derecho a la igualdad de todas las personas que acuden a la Administración de Justicia, en procura de una solución a sus controversias. Sin embargo, no toda tardanza o incumplimiento de un término constituye una violación al derecho al debido proceso, en la medida en que como claramente lo prescribe la norma referida, sólo la tardanza injustificada acarrea su desconocimiento. En ese orden de ideas, si bien la regla general es que la administración y los jueces cumplan los términos rigurosamente, pueden configurarse excepciones a ese deber, siempre que se encuentre suficiente motivación constitucional para ello. [...] puede observarse que la investigación fue tramitada respetando las garantías legales y constitucionales del investigado, garantizándose el adelantamiento de cada una de las etapas correspondientes en una investigación disciplinaria [...]”.

Problema jurídico 4: ¿El pliego de cargos formulado sin señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aunado al hecho de que se le imputaron dos cargos por una sola conducta, vulnera el debido proceso?

Tesis 4: “[...] En atención a lo dispuesto en la norma aplicable, procede formular cargos cuando surtida la etapa de indagación e investigación, se encuentran objetivamente demostrados los hechos que pueden constituir faltas disciplinarias, las cuales debe estar tipificadas en disposiciones legales; así como porque aparecen elementos que muestran la posible responsabilidad que le puede ser endilgada al funcionario. Ahora, en el auto de formulación de cargos deben establecerse los siguientes elementos: «La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó; Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta; La identificación del autor o autores de la falta; La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta; El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados; La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código; La forma de culpabilidad; y El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales». En el sub examine, contrario a lo afirmado por la parte actora, la formulación de cargos (...) por la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente, se realizó con base en los requisitos consagrados en la norma [...]”.

Problema jurídico 5: ¿Se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso del disciplinado al haberse aplicado el procedimiento verbal por fuera de las condiciones establecidas en la norma?

Tesis 5: “[...] la Ley 734 de 2002 creó el procedimiento verbal con el fin de lograr mayor celeridad en los procesos disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores. Este procedimiento está descrito en los artículos 177 a 180 ibidem y se inicia con la citación a audiencia al posible responsable para que rinda su versión sobre los hechos objeto de investigación, y aporte y solicite pruebas. Una vez concluidas las intervenciones se emite la decisión correspondiente, de manera verbal, y se entenderá notificada en estrados, oportunidad en la cual es viable la interposición del recurso de apelación, que podrá ser sustentado verbalmente o por escrito dentro del término legal establecido. Como se mencionó, el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 definió los eventos en los cuales es viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así: i) cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta; ii) cuando exista confesión; iii) cuando la falta sea leve; iv) cuando se trate de alguna de las faltas descritas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 del artículo 48; y v) en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. En tal sentido, la finalidad del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 es permitir a la autoridad disciplinaria aplicar un procedimiento más ágil y rápido cuando se disponga del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza de la existencia de la falta disciplinaria [...]”.

Problema jurídico 6: ¿Se trasgredió el derecho de defensa del actor al no permitirle rendir su versión libre?

Tesis 6: “[...] Como derechos del investigado, el artículo 92 ibidem, prevé los siguientes: «1. Acceder a la investigación; 2. Designar defensor; 3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia; 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica; 5. Rendir descargos; 6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello; 7. Obtener copias de la actuación; y 8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia». Ahora bien, respecto al derecho de defensa en materia disciplinaria, el artículo 17 de la Ley 734 de 2002, consagra que «durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará un defensor de oficio, que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente». [...] En el asunto sometido a consideración, se observa que mediante Auto de 28 de noviembre de 2006, la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente al dar apertura a la indagación preliminar en contra del señor (...) ordenó: «en garantía del derecho de defensa escuchar en versión libre y espontánea a los funcionarios (...) con el propósito de que se exponga sobre los hechos materia de indagación»; y se notificó dicha decisión, el 29 de noviembre de 2006, frente a lo cual el actor guardó silencio. Posteriormente, una vez la División de Investigaciones Disciplinarias – Regional Centro Occidente decidió tramitar la investigación por el procedimiento verbal, a través de Auto de 6 de julio de 2007, lo citó a audiencia pública y le formuló pliego de cargos, señalando lo siguiente: «(...) dada la presencia de los elementos contenidos en el artículo 162 de la ley 734 de 2002, y de conformidad con el

artículo 177 de la Ley 734 de 2002 procede el despacho a citar a audiencia al funcionario (...) para que dentro del término improrrogable de dos días rinda versión verbal o escrita sobre las circunstancias de su comisión, advirtiéndole que en el curso de la audiencia podrá aportar y solicitar pruebas, las cuales serán practicadas en la misma diligencia (...)». Decisión que le fue notificada al ahora demandante, el 24 de julio de 2007. En ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por el señor (...) la DIAN no le vulneró su derecho al debido proceso y defensa, en tanto que le brindó la oportunidad de rendir su versión libre en dos oportunidades [...]”.

Problema jurídico 7: ¿Era posible sancionar disciplinariamente al demandante cuando, por los mismos hechos, en materia penal, no fue sancionado?

Tesis 7: “[...] Es de resaltar que tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado ha establecido que si bien los diferentes regímenes punitivos (penal, contravenciones, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política) comparten elementos comunes, cada uno de ellos tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio non bis in idem. [...] Así, la ausencia de fallo condenatorio en materia penal no impide imponer sanción disciplinaria, siempre que en esta se configuren los presupuestos exigidos por la Ley para el efecto, como ocurrió en el asunto sometido a consideración, en que la autoridad disciplinaria concluyó que había certeza en la comisión de la falta disciplinaria y, por tanto, de la imposición de una sanción, motivo por el cual, independientemente de cuál sea el resultado en la investigación penal que se está adelantando en contra del actor, este cargo no está llamado a prosperar”.

Proceso disciplinario y persecución laboral por actividad sindical. Autonomía universitaria y régimen disciplinario especial, faltas y procedimiento previsto en el régimen especial. Procedimiento abreviado y derecho a la defensa y de contradicción.

811

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00369-00(1422-2012)

FECHA: 25/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Blanca Lucía Escobar Guevara

DEMANDADO: Universidad Nacional de Colombia

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se encuentran excluidas del control disciplinario las conductas de los funcionarios públicos desarrolladas en ejercicio de la actividad sindical?

Tesis 1: “[...] la Ley disciplinaria contenida en la Ley 734 de 2002, se aplica para los servidores públicos, esto es, empleados públicos y trabajadores oficiales, y particulares en ejercicio de funciones públicas. Por su parte, la Constitución Política dispone que «son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios». [...] si bien no existe plena prueba de la clase de nombramiento de la señora (...) dentro de la Universidad Nacional de Colombia, en el cargo de operaria calificada 53006 de la Sección de Biblioteca, también lo es, que en atención a que: i) su empleador es una institución educativa de carácter oficial; y ii) no desarrollaba funciones de construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones y equipo; es dable concluir que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 80 de 1980 y la jurisprudencia de esta Sección, su vinculación laboral en la institu-

ción educativa era como empleada pública. Así las cosas, considera la Sala que en atención a que la señora (...) al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, 20 de agosto de 2004, estaba vinculada a la Universidad Nacional de Colombia como empleada pública, le era aplicable el régimen disciplinario establecido en el Código Único Disciplinario y en el Acuerdo 018 de 1998. Ahora bien, la parte actora, considera que no era dable la aplicación de ese régimen disciplinario, en consideración a que para dicho momento se encontraba de permiso sindical y, en consecuencia, no era sujeto disciplinable. La Constitución Política dispone en sus artículos 39 y 55, respectivamente, que «Los trabajadores y empleadores tienen derechos a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado (...) Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la Ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo». En atención a lo anterior, debe concluirse que el derecho de asociación y negociación colectiva y, por lo tanto, de pertenecer a un sindicato, rige para los servidores públicos, esto es, empleados públicos y trabajadores oficiales, razón

por la cual el hecho de hacer parte de alguna de estas asociaciones no genera de manera alguna la pérdida de su condición como servidor público. Así las cosas, contrario a lo sostenido por la parte actora, no puede considerarse que su actividad sindical la exonere de responsabilidad disciplinaria, en la medida en que, como se señala en la normativa antes referidas, este es aplicable, se insiste, para los servidores públicos, sin que se haga referencia a prerrogativa alguna, máxime cuando, como se observa en el expediente obrante, la señora (...) no se encontraba en uso de permiso sindical, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar. Cabe anotar, finalmente, que en ningún momento el operador disciplinario le imputó un cargo a la demandante reprochando su actividad sindical, sino que esta se basó en la agresión verbal de su parte, como empleada pública, a la que fue sometido el rector de la Universidad Nacional de Colombia al tildarlo de «ladrón, paramilitar, corrupto, asesino», la cual se encontró plenamente acreditada [...].”

Problema jurídico 2: ¿La competencia para adelantar la investigación era del Ministerio de Trabajo y no de la Universidad Nacional de Colombia, en tanto que la conducta reprochada fue cometida en calidad de sindicalista?

Tesis 2: “[...] la acción disciplinaria se lleva a cabo, preferentemente, por la Procuraduría General de la Nación a través de un control externo por parte del procurador general de la nación, los procuradores delegados, regionales y provinciales, conforme a sus competencias establecidas en el Decreto 262 de 2000. De igual forma, esta facultad punitiva del Estado también puede ser ejercida por cada entidad pública, para lo cual debe contar con una oficina de control interno disciplinario encargada de conocer de los trámites disciplinarios iniciados en contra los servidores públicos de sus dependencias; y por las Personerías Municipales y Distritales. Ahora bien, la competencia en materia disciplinaria, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 ibidem, se determina por: la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad. Frente a la competencia por la calidad del sujeto disciplinable, el artículo 75 ibidem prevé que «corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores y miembros». [...] En desarrollo de los factores subjetivo, funcional y territorial de competencia establecidos en el Código Único Disciplinario y lo señalado en el acápite anterior, es dable concluir que la autoridad competente para llevar a cabo la investigación disciplinaria en su contra, sí era la Institución Educativa, atendiendo a que, primero, la disciplinada se encontraba vinculada laboralmente en el cargo de operaria calificada 53006 de la Sección de Biblioteca y ejercía sus funciones en la Universidad; y segundo, al pertenecer a la Institución Educativa como empleada pública, la competencia para el ejercicio de la facultad disciplinaria, le correspondía, en primera instancia, a la Oficina de Control Interno Disciplinario de la entidad. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que dicho procedimiento estuvo amparado bajo el principio de legalidad, en la medida en que, conforme al principio de la doble instancia, el rector de la Universidad Nacional de Colombia, es decir, el nominador de la actora, en segunda instancia, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se configuró una falta de competencia en la promulgación de los actos administrativos acusados, pues, de conformidad con las normas dispuestas en la Ley 734 de 2002, la Oficina Nacional de Control Disciplinario Interno de la Universidad Nacional de Colombia tenía la competencia para adelantar la investigación disciplinaria, en primera instancia, en contra de la señora (...). A su turno, debe advertirse que es

errona la afirmación de la demandante al considerar que por su condición sindical debía ser investigada y sancionada disciplinariamente por el Ministerio de Trabajo, toda vez que, como se señaló, el reproche frente a su conducta le fue realizado en su condición de empleada pública de la Institución Educativa, sin que en momento alguno se le reprochara su actividad sindical”.

Problema jurídico 3: ¿Se vulnera el derecho al debido proceso por aplicar indistintamente el régimen disciplinario especial y el general?

Tesis 3: “[...] si bien las Universidades Públicas tienen la facultad de establecer normas sustantivas y procedimentales de naturaleza disciplinaria, en ejercicio de la autonomía universitaria, estas tampoco pueden desconocer las garantías constitucionales ni el principio de legalidad tanto de las faltas como de las sanciones. [...] puede observarse que la investigación fue tramitada respetando las garantías legales y constitucionales de la investigada, garantizándose el adelantamiento de cada una de las etapas correspondientes en una investigación disciplinaria, independientemente de que se hubiera aplicado tanto el Acuerdo 018 de 1998 como la Ley 734 de 2002. Debe resaltarse al respecto, que la Universidad Nacional de Colombia tramitó la investigación disciplinaria con base en las faltas y procedimiento previsto en el régimen especial, sin apartarse del principio de legalidad establecido en el régimen general, dispuesto en el Código Único Disciplinario, motivo por el cual este cargo no está llamado a prosperar. [...] la Oficina Nacional de Control Disciplinario Interno de la Universidad Nacional de Colombia decidió tramitar la investigación a través del procedimiento abreviado, en atención a que la presunta infractora fue sorprendida en la comisión de la falta ya que al momento de valorar la apertura de investigación, estuvieron dados los requisitos para proferir pliego de cargos, de conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002. [...] En tal sentido, la Ley 734 de 2002

creó el procedimiento verbal con el fin de lograr mayor celeridad en los procesos disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores. [...] El artículo 175 de la Ley 734 de 2002 definió los eventos en los cuales es viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así: i) cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta; ii) cuando exista confesión; iii) cuando la falta sea leve; iv) cuando se trate de alguna de las faltas descritas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 del artículo 48; y v) en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. En tal sentido, la finalidad del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 es permitir a la autoridad disciplinaria aplicar un procedimiento más ágil y rápido cuando se disponga del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza de la existencia de la falta disciplinaria. Así, como lo indicó la Corte Constitucional, es imprescindible que para que opere el procedimiento verbal en situaciones diferentes planteadas en los incisos 1.º y 2.º del artículo en mención, estén dadas las exigencias probatorias para que se pueda citar a audiencia, esto es, que esté objetivamente demostrada la falta; y, que exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado. Así las cosas, considera la Sala que en el sub lite se presentó una de las circunstancias establecidas en la norma para que se tramitara la investigación disciplinaria por el procedimiento abreviado, esto es, que el sujeto disciplinable fuera sorprendido en el momento de la comisión de la falta, razón por la cual el operador disciplinario tenía la libertad de tramitar la investigación por el proceso que considerara más eficaz, siempre y cuando se reunieran los requisi-

tos pertinentes, como en efecto ocurrió. Por otra parte, debe señalarse que a pesar de que el procedimiento aplicado fue el previsto en el artículo 98 del Acuerdo 018 de 1998, este se llevó a cabo en concordancia con el proceso verbal establecido en el artículo 175 de la Ley 734 de 2002. Finalmente, cabe resaltar que en la investigación disciplinaria, como se mencionó, se garantizó el derecho al debido proceso, defensa y contradicción, se cumplieron las etapas del proceso, la disciplinada tuvo la oportunidad de aportar pruebas, se resolvieron los recursos e incidentes propuestos dentro de la actuación, e incluso, siendo más garantista, se le concedió el recurso de apelación [...]”.

Problema jurídico 4: ¿El juzgador disciplinario incurrió en una desviación de poder, por cuanto la investigación se debió a una persecución laboral en contra de la disciplinada?

Tesis 4: “[...] La Ley 1010 de 2006, «Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo», en el artículo 2º de manera expresa definió y estableció las modalidades de acoso laboral, así: «Se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo». De lo anterior, para que el comportamiento o conducta de un servidor público o particular constituya acoso laboral debe reunir unos requisitos establecidos en la normativa aplicable, que no son otros, que haber verificado conductas persistentes, reiteradas y demostrables, ejercidas sobre un trabajador, por el empleador, un jefe o compañero de trabajo dirigidas a intimidar, desmotivar, o causar un perjuicio laboral, o inducir a renuncia;

circunstancias que no se encuentran demostradas en el asunto sometido a consideración y, que en consecuencia, desvirtúan la afirmación de la actora relacionada con una persecución laboral en su contra. Ahora bien, debe resaltarse frente al adelantamiento de investigaciones disciplinarias, que el legislador consagró un régimen disciplinario, Ley 734 de 2002, que es aplicable a los servidores públicos y que en el momento de ser incumplido, el Estado, en virtud de la potestad disciplinaria, debe iniciar las correspondientes actuaciones administrativas tendientes a esclarecer las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y su responsabilidad, proceso que debe estar presidido de todas las garantías constitucionales y legales que garantizan el ejercicio al derecho de defensa y debido proceso. En el caso bajo estudio, aprecia la Sala que la sanción impuesta es el resultado de una decisión administrativa, en donde a la demandante se le respetaron las garantías fundamentales al debido proceso y defensa, en tanto: i) el trámite administrativo se adelantó de cara a lo dispuesto en el Acuerdo No. 018 de 1998 como en la Ley 734 de 2002; ii) se le permitió ejercer su derecho de contradicción formulando descargos, alegando de conclusión, apelando el fallo de primera instancia, es decir, permitiendo su participación activa ante el operador disciplinario; iii) se efectuó una adecuada individualización de la conducta objeto de reproche; y, iv) la sanción impuesta atendió a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, establecidos en el régimen especial. Lo anterior demuestra que la investigación disciplinaria adelantada en contra de la parte actora, no estuvo amparada en circunstancias subjetivas de la entidad demandada, sino que se adelantó con base en el principio de legalidad, en la cual finalmente se demostró el acaecimiento de una falta disciplinaria cuya sanción era la suspensión en el ejercicio del cargo, motivo por el cual este cargo no está llamado a prosperar”.

Medios de prueba en materia disciplinaria. Valoración de la prueba testimonial. Criterios para la valoración racional de la prueba testimonial.

815

RADICADO: 08001-23-33-000-2014-01034-01(4422-16)

FECHA: 29/08/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: José María Fonseca Samper

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La existencia de contradicciones entre las declaraciones de varios testigos se constituye en un parámetro para negarles necesariamente su credibilidad?

Tesis: “Uno de los medios de prueba más importantes en el marco de los procedimientos disciplinarios es el testimonio de terceros. A través de este, el juez o la autoridad que instruya un trámite sancionatorio puede reconstruir los hechos objeto de investigación, a partir de la narración que realice un testigo, distinto de la persona implicada, que haya tenido conocimiento de estos por haberlos percibido con sus sentidos. A pesar de que, con la divulgación del documento en sus diversas formas, la necesidad del testimonio se ha visto disminuida, aún es la prueba más frecuente en procesos de todo orden, y en ocasiones la única, sobre todo cuando se busca probar la comisión de actos ilícitos. La prueba testimonial ofrece algunos peligros, a los cuales inevitablemente está sometida la justicia a la hora de valorarlos; los riesgos de error y falsedad son frecuentes y difíciles de descubrir, no obstante, no puede considerarse que el remedio a estos problemas consista en eliminar esta prueba, pues, salvo en el campo de los negocios jurídicos, «es un mal necesario». [...]

La valoración del testimonio es la operación mental que realiza el juez o la autoridad con competencia para decidir en un procedimiento sancionatorio, que tiene como objetivo conocer el valor de convicción de este. La fuerza probatoria material, que se determina mediante ese ejercicio, depende de que el juez encuentre o no, en cada uno de los testimonios, y en su conjunto con los demás elementos de prueba, argumentos que le sirvan para formarse su convencimiento sobre los hechos que interesen al proceso. Se resalta que, en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica. Desde la doctrina, se han hecho trabajos que buscan determinar criterios racionales para valorar este medio de prueba a partir de los desarrollos de la psicología del testimonio, de los cuales se resaltan cuatro, que pueden servirle a los jueces y operadores jurídicos en general, para acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad de los declarantes a saber: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas. Estos parámetros, que desde ya se advierte que no pueden ser estudiados de manera aislada sino conjunta y comprehensiva, se exponen a continuación. [...] la Sala estima que en la

sentencia apelada se hizo una incorrecta valoración de los testimonios, y en general, de las pruebas que sirvieron para justificar la sanción que se le impuso al señor (...). Esta Tesis se fundamenta en la ya vista exclusión indebida de la declaración de (...) y en la comparación errada que hizo el a quo entre lo testificado por el señor (...) y la señora (...). La Sala juzga errada esa comparación porque el quejoso, como se dijo previamente, era un testigo de referencia de los hechos que se investigaron, y respecto de ellos no se puede proceder del mismo modo que con el resto de testigos, dado que no han percibido directamente aquello sobre lo que declaran, sino que se lo han contado. Así, lo mencionado sobre la forma en la que se consumó la falta disciplinaria por parte del señor (...) debió ser

descartado por la gran probabilidad de que ello no se correspondiera con la realidad, y no podía ser usado como parámetro de equiparación para efectos de determinar la coherencia de lo dicho por la señora (...) que sí presenció los hechos. [...] Por lo anterior, en la medida en que de esa prueba dependía la hipótesis exculpatoria defendida por el señor (...) y su defensa técnica, se considera que esta no fue demostrada, con lo que la Sala estima que el estándar de prueba que exige que la responsabilidad disciplinaria debe estar acreditada más allá de toda duda razonable se satisfizo. En conclusión: La sentencia de primera instancia debe revocarse porque los actos acusados no están viciados de falsa motivación, ya que en ellos se demostró con certeza la falta gravísima [...].”

Non bis in idem entre la acción disciplinaria y el juicio de pérdida de investidura. Competencia del viceprocurador general de la nación para resolver las recusaciones que se presentan en contra del procurador general de la Nación. Desviación de poder por no investigar hechos conexos.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00490-00[1972-12]

FECHA: 26/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Néstor Iván Moreno Rojas

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿En aplicación del principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem), el juicio de pérdida de investidura y la acción disciplinaria son excluyentes entre sí?

Tesis 1: “[...] la Carta Política ha tipificado conductas que por su alto nivel de reprochabilidad deben ser sancionadas con la pérdida de investidura, lo cual implica la inhabilidad no redimible para ejercer el derecho político a ser elegido popularmente [...] El procedimiento especial a través del cual se impone esta sanción surge como consecuencia de una acción pública cuyas finalidades principales son: - Garantizar a los ciudadanos que aquellos a quienes se ha distinguido con esta investidura, no abusen de su poder aprovechándolo para alcanzar sus fines personales. - Procurar por la transparencia absoluta de los miembros de las corporaciones públicas en relación con sus actuaciones. - Proteger la confianza que el electorado ha depositado en sus elegidos. Este juicio constituye una ampliación de los mecanismos de participación democrática, que busca la sujeción del congresista a los límites fijados en el ordenamiento

constitucional, y desterrar prácticas indebidas, depurar conductas indecorosas, evitar abusos de poder con fines personales, garantizar el interés público y recuperar el prestigio del órgano legislativo [...] En lo relacionado con la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 2 de la Ley 734 de 2002, esta «es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta», lo que, más allá de ser una mera expresión formal de autonomía, se refleja en las diferencias materiales que existen entre esta y la pérdida de investidura. Así, por ejemplo, la sanción derivada de esta última acción es una sola, e implica una inhabilidad especial y permanente para aspirar a cargos públicos de elección popular, mientras que las sanciones disciplinarias, se determinan a partir de la gravedad de las faltas, y pueden ser: amonestación escrita, multa, suspensión, suspensión e inhabilidad especial, y destitución e inhabilidad general de entre 10 a 20 años para el desempeño de cargos públicos, o permanente si con la falta se afectó el patrimonio del Estado. [...] la procedencia de la aplicación sobre unos mismos hechos del proceso judicial de pérdida

de investidura y del procedimiento administrativo disciplinario, no conlleva necesariamente la violación del principio de la prohibición del doble enjuiciamiento o non bis in idem, toda vez que los regímenes que contienen ambas figuras se diferencian sustancialmente el uno del otro. Así, por ejemplo, la sanción de pérdida de investidura es una sola, e implica una inhabilidad especial y permanente para aspirar a cargos públicos de elección popular, mientras que las sanciones disciplinarias, se determinan a partir de la gravedad de las faltas, y pueden ser: amonestación escrita, multa, suspensión, suspensión e inhabilidad, y destitución e inhabilidad general de entre 10 a 20 años para el desempeño de cargos públicos, o permanente si con la falta se afectó el patrimonio del Estado. [...] debe resaltarse que no es acertado lo dicho por el abogado del demandante en el sentido de que al señor Néstor Iván Moreno le impusieron una sanción idéntica en el proceso de pérdida de investidura que se adelantó en su contra en la Sala Plena de esta Corporación, toda vez que esta implicó su inhabilidad especial y permanente para ejercer cargos de elección popular, mientras que la sanción que le impuso la Procuraduría, además de su destitución, incluyó una inhabilidad general para ejercer cualquier cargo público, sea o no de elección popular, y por un periodo determinado de veinte años [...].”

Problema jurídico 2: ¿El viceprocurador general de la Nación tiene competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador general de la Nación?

Tesis 2: “[...] cuando se recusa a un servidor público en el contexto disciplinario, este deberá manifestar si acepta la causal en el término perentorio de dos días, y después de su vencimiento, lo que procede es la remisión de la actuación al superior para que defina la legalidad de la decisión adoptada. Ahora bien, cuando se trata de recusaciones en contra del procurador

general de la Nación, lo único que dice la Ley 734 es que, de ser aceptada por este funcionario, el viceprocurador general de la Nación asumirá el conocimiento del asunto, pero se deja una laguna frente a la condición de la inexistencia de un superior jerárquico del jefe del Ministerio Público que tenga la competencia para resolverlas. Esta situación ha sido solucionada en la Procuraduría con la asignación de la competencia para decidir estas recusaciones al viceprocurador general de la Nación, lo cual, ha generado múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional a partir de diversas acciones judiciales donde se ha alegado que este procedimiento resulta lesivo del derecho fundamental al debido proceso y del principio de imparcialidad. Al respecto, estas Corporaciones han coincidido en afirmar que resulta ajustado al ordenamiento jurídico que el viceprocurador tenga la función antes referida [...] El viceprocurador general de la Nación sí tiene competencia para resolver las recusaciones formuladas en contra del procurador, según lo definió la Corte Constitucional en el precedente contenido en la sentencia SU-712 de 2013, que señaló que el Decreto Ley 262 del 2000 y la Ley 734 del 2002 concurren en el propósito de que los impedimentos y recusaciones del procurador se definan, en todos los casos, al interior de la misma institución, entre otras cosas, por la infortunada experiencia de varios procuradores ad hoc designados por el Congreso para cada caso de impedimento del jefe del Ministerio Público”.

Problema jurídico 3: ¿El procurador general de la Nación tenía competencia para adecuar la conducta censurada al señor Néstor Iván Moreno Rojas al tipo de concusión, contenido en el artículo 404 del Código Penal?

Tesis 3: “[...] El procurador general de la Nación sí tenía competencia para adecuar la conducta censurada al señor Néstor Iván More-

no Rojas al tipo penal de concusión, porque el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dispone que es falta disciplinaria gravísima, la realización objetiva de la descripción típica de un delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o con abuso de este. [...] es la autoridad disciplinaria la que realiza la tipificación de la falta y determina, según las pruebas por ella recaudadas, a qué tipo penal se adecúa la conducta del investigado, sin que deba esperarse que ello sea realizado por un juez penal, en atención a las diferencias entre una y otra acción. [...] La cuestión de la competencia que tiene el procurador general de la Nación para investigar y sancionar faltas disciplinarias, que al mismo tiempo se configuran como delitos tipificados en el Código Penal, está estrechamente relacionada con la aplicación del principio non bis in idem que, como se dijo previamente, en nuestro ordenamiento constitucional, no impide que un mismo comportamiento genere responsabilidades distintas, siempre y cuando, estas tengan un fundamento jurídico y unos alcances diferentes. Sobre este tema, se resalta particularmente lo que decidió la Corte Constitucional en las sentencias C-124 de 2003 y C-720 de 2006, en las que se resolvieron negativamente dos demandas de inconstitucionalidad en contra del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que determina como falta disciplinaria gravísima el «realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo». En la primera de las sentencias referidas, la Corte señaló que el legislador había definido adecuadamente, con un criterio genérico o amplio, mediante un tipo abierto, propio del derecho disciplinario, la conducta sancionable en virtud de ese pre-

cepto particular. En la segunda de las providencias, precisó que no se vulneraba el principio de la prohibición del doble enjuiciamiento con dicha disposición [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Su irregularidad se configuró al haberse emitido como resultado de la aplicación del procedimiento disciplinario verbal?

Tesis 4: Con la finalidad de lograr mayor celeridad en los trámites disciplinarios e impedir que la sanción pierda su pertinencia y efectos reparadores, la Ley 734 de 2002 concibió el procedimiento verbal como un medio expedito para adelantar las diligencias tendientes a verificar la responsabilidad del servidor público, siempre que se cumplan determinadas condiciones. [...] Puede observarse que además de los eventos de flagrancia, confesión, falta leve y las faltas gravísimas taxativamente definidas en la norma, el inciso tercero de esa disposición señaló que, «en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable», si al decidir sobre la procedencia de la apertura de investigación, la autoridad disciplinaria encuentra que se cumplen los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, esta deberá citar a audiencia. En relación con este último evento, conviene precisar que, conforme al artículo 162 de la Ley 734 de 2002, habrá lugar a formular pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, mediante decisión que debe contener los aspectos relacionados en el artículo 163 ibidem. [...] El Capítulo II del Título XI, del Libro IV de la Ley 734 de 2002 consagra la regulación del procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación; sobre su aplicación, el artículo 182 ibidem dispone que este procederá cuando la conducta irregular de un sujeto disciplinable sea alguna de las previstas en el numeral 1 del artículo 278 de la Constitución Política. [...] De conformidad con lo anterior, este procedimiento tendrá

que aplicarse cuando, además de presentarse las situaciones de fondo previstas de forma estricta en las causales del numeral 1 del artículo 278 de la Constitución, estas adicionalmente sean manifiestas o evidentes. En tal forma, para el resto de conductas que contravengan el régimen disciplinario, deberán observarse las faltas establecidas en la Ley 734 de 2002 y aquellas otras en que estén previstas este tipo de comportamientos. [...] A partir de lo anterior se considera que no le asiste razón al abogado del demandante porque, tal como se vio, el procedimiento disciplinario especial ante el procurador general de la Nación solo era aplicable si la conducta irregular reprochada al servidor público, además de ajustarse a los presupuestos sustanciales previstos en la norma constitucional antes referida, resultaba manifiesta o evidente. Este último requisito no se cumplía en el caso que se estudia, toda vez que el trámite sancionatorio inició con una indagación preliminar a raíz de la información ventilada a través de los medios de comunicación en una rueda de prensa del entonces concejal Carlos Vicente de Roux y el senador Gustavo Petro Urrego, de la cual no se podía derivar la demostración obvia de los elementos configurativos de la responsabilidad disciplinaria del señor Néstor Iván Moreno Rojas. [...] En el mismo sentido, debe decirse que el argumento acerca de la imposibilidad de adelantar el procedimiento verbal cuando se trata de la falta del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 no está llamado a prosperar, porque si bien, esta no se encuentra prevista en el inciso segundo del artículo 175 *ibidem*, sí puede enmarcarse en el supuesto del inciso tercero de dicha disposición, esto es, que en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al decidir sobre la procedencia de la apertura de investigación, la autoridad disciplinaria encuentra que se cumplen los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, esta deberá citar a audiencia. [...]”.

Problema jurídico 5: ¿La expedición irregular se originó a partir de la ausencia del señor Néstor Iván Moreno Rojas en la audiencia del procedimiento verbal en la que se hizo la lectura de la decisión sancionatoria adoptada en su contra, o por los inconvenientes que se presentaron con el poder para actuar de su defensor técnico?

Tesis 5: “[...] No se configuró el vicio de expedición irregular porque el señor Néstor Iván Moreno Rojas y su apoderado fueron debidamente notificados de la fecha, hora y lugar de realización de la audiencia de lectura de la decisión sancionatoria, y al final, el demandante pudo ejercer su derecho de defensa a través de la presentación del recurso de reposición en contra del acto definitivo de única instancia. [...] El artículo 12 de la Ley 734 de 2002 consagra el principio de celeridad de la actuación disciplinaria, según el cual, el funcionario competente para adelantar el trámite lo impulsará oficiosamente y cumplirá estrictamente los términos previstos en la ley. En el marco del procedimiento verbal, este mandato de optimización se ve reflejado en la posibilidad de que el funcionario a cargo del asunto, ante la decisión del investigado de no comparecer o intervenir en la audiencia, continúe con ella hasta adoptar la decisión definitiva que corresponda. En todo caso, la validez de lo actuado en estas condiciones dependerá de que se hayan realizado las debidas notificaciones de las decisiones sobre la fijación de la fecha, hora y lugar de las respectivas diligencias. De esta manera, si el investigado y su apoderado fueron debidamente notificados, y no comparecen a la audiencia, esta puede continuar sin ninguna dificultad, toda vez que el impulso del procedimiento no puede depender de la voluntad del implicado. Si de esta situación se derivan situaciones desfavorables para él, en aplicación del principio general del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, posteriormente no las podrá alegar en su favor. [...] La Sala considera que a partir de la verificación de

las actuaciones relacionadas con la notificación al demandante y a su apoderado sobre la fecha, hora y lugar de continuación de la audiencia verbal, concretamente, para la lectura de la decisión definitiva, no se configuró el vicio alegado. Además, el impase con el poder para el abogado suplente fue superado y este pudo actuar en el trámite e interponer recurso de reposición en contra del acto sancionatorio. [...] para la Sala resulta claro que la autoridad disciplinaria fue diligente al tratar de garantizar la presencia del demandante y de su apoderado en la audiencia en la que se profirió el acto sancionatorio en su contra, por lo que su derecho al debido proceso fue respetado. En conclusión: No se configuró el vicio de expedición irregular porque el señor Néstor Iván Moreno Rojas y su apoderado fueron debidamente notificados de la fecha, hora y lugar de realización de la audiencia de lectura de la decisión sancionatoria, y al final, el demandante pudo ejercer su derecho de defensa a través de la presentación del recurso de reposición en contra del acto definitivo de única instancia”.

Problema jurídico 6: ¿El vicio afectó los actos acusados por la incongruencia de su contenido con los cargos que le fueron formulados al señor Néstor Iván Moreno Rojas en el procedimiento disciplinario?

Tesis 6: “[...] La formulación de cargos impone un límite claro a la actuación sancionatoria por parte de la autoridad disciplinaria, pues esta deberá concentrarse únicamente en la conducta constitutiva de falta, cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar se describen en dicha decisión, y que, de conformidad con las pruebas recaudadas hasta esa etapa del procedimiento administrativo, sea atribuible al investigado. Se destaca que el acto de formulación de cargos no constituye la imputación definitiva que se efectúa en el transcurso del procedimiento disciplinario, toda vez que esta es apenas una adecuación

típica provisional, pues en dicha instancia de la actuación administrativa sancionatoria, no necesariamente se ha escuchado al disciplinado y seguramente no se habrá recaudado la totalidad de los elementos de juicio que otorguen certeza al fallador disciplinario de la comisión de la falta investigada, dado que el pliego de cargos cumple la finalidad específica de limitar o concretizar el ámbito de la actuación y permite al investigado ejercer su derecho de contradicción y defensa. Ahora bien, en la medida que la decisión de formulación de cargos constituye un acto provisional, el artículo 165 del CDU permite su variación luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo, pero, tal modificación no puede hacerse de manera discrecional, sino que solo procede por error en la calificación jurídica o por la aparición de una prueba sobreviniente. Además, la decisión que en este sentido se tome, también supone la obligación de notificación, de la misma forma en que se hace para el pliego de cargos, así como la de otorgar un nuevo término para solicitar y practicar otras pruebas. Una vez agotada la oportunidad procesal antes señalada, la autoridad disciplinaria no podrá modificar en la decisión sancionatoria elementos esenciales de la imputación tales como la conducta reprochada, la ilicitud sustancial o la culpabilidad. Esto implicaría la vulneración del principio de congruencia entre la imputación que pudo ser controvertida por el investigado y la realizada en el fallo disciplinario. Dicho acto constituiría una evidente vulneración del derecho al debido proceso administrativo del disciplinado, el cual no tendría oportunidad alguna para controvertir los aspectos objeto de la variación. [...] La Sala valora que la incongruencia argüida por el apoderado del demandante no se configuró, pues como se vio, esta irregularidad surge cuando existen variaciones en los elementos esenciales de la

imputación disciplinaria, lo cual, en este caso, no ocurrió. [...] los elementos esenciales de la imputación disciplinaria eran coincidentes en la formulación de cargos y en el acto sancionatorio; además, el argumento esgrimido por el apoderado del demandante está relacionado con la valoración probatoria hecha por la autoridad disciplinaria para fundamentar los actos acusados, cuyo análisis corresponde a una causal de nulidad diferente a esta, la cual se analizará posteriormente [...]”.

Problema jurídico 7: ¿Con los actos acusados, la autoridad disciplinaria vulneró el derecho de defensa y los principios de imparcialidad, transparencia, lealtad probatoria y presunción de inocencia, por no haberlos fundado en pruebas que demostraran con certeza la falta atribuida al señor Néstor Iván Moreno Rojas o porque no fueron practicadas todas las que se decretaron a su favor?

Tesis 7: “El derecho disciplinario como expresión del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, de acuerdo con los postulados del artículo 29 Constitucional, debe procurar por el respeto de las garantías propias que conforman el debido proceso. El respeto de estas garantías implica, por un lado, la demostración de los elementos propios de la responsabilidad disciplinaria (tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad) y, por el otro, que la autoridad encargada del trámite se valga para encontrar la verdad de los elementos probatorios legalmente permitidos, que efectúe el análisis de las pruebas conforme los parámetros de la sana crítica y que acate los niveles de certeza exigidos por el legislador para declarar la responsabilidad. Sobre esta última exigencia, el artículo 130 de la Ley 734 de 2002 señaló, enunciativamente, cuáles son los medios de prueba de los que puede valerse la autoridad disciplinaria para el efecto. [...] la referencia de los anteriores medios es enunciativa, que no taxativa, porque el artículo 131 ibidem con-

sagró la libertad referida a estos elementos en materia disciplinaria, con la determinación de que «la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos». [...] en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica. Desde la doctrina, se han hecho trabajos que buscan determinar criterios racionales para valorar este medio de prueba a partir de los desarrollos de la psicología del testimonio, de los cuales se resaltan cuatro, que pueden servirle a los jueces y operadores jurídicos en general, para acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad de los declarantes a saber: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas. [...] cuando del acervo probatorio se concluye que la conducta investigada, que constituye una infracción para el derecho disciplinario sí existió, y el acusado es responsable de los hechos que se endilgan, este se hace acreedor a la sanción disciplinaria que le corresponda de conformidad con la falta cometida y su culpabilidad, de lo contrario, será absuelto, en cuanto que toda duda razonable que no se pueda eliminar se resolverá en su favor, porque de no proceder así, se violaría la presunción de inocencia, puesto que si los hechos que constituyen la infracción no están probados o el acervo no conlleva a la certeza de la responsabilidad del investigado, no resulta procedente declarar culpable a quien no se le ha podido demostrar la conducta antijurídica o su autoría. [...] Si bien, al apoderado del demandante le asiste razón al afirmar que los señores Miguel Eduardo Nule Velilla y Guido Nule Marino tenían antecedentes que harían dudar de sus testimonios, la Subsección A observa que la autoridad disciplinaria no fundamentó la imputación de responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas ex-

clusivamente en esas declaraciones, que, como se verá en el acápite siguiente, se constituyan en la prueba directa de la materialización del supuesto de hecho de la falta gravísima por la que fue sancionado su representado. [...] este argumento a favor de la nulidad de los actos acusados también será desestimado por la Sala y al no haber prosperado ninguno, considerará no configurados los vicios alegados respecto de la valoración probatoria. Así, la presunción de inocencia de la que gozaba el demandante fue desvirtuada por la Procuraduría General de la Nación, toda vez que los medios de prueba que se practicaron en el procedimiento disciplinario ofrecieron certeza respecto de la hipótesis fáctica de los dos cargos que se le imputaron al señor Néstor Iván Moreno Rojas. En conclusión: No se configuraron los vicios esgrimidos en contra de la valoración probatoria realizada por la autoridad disciplinaria, toda vez que esta apoyó su decisión en pruebas que demostraron la responsabilidad del señor Néstor Iván Moreno Rojas frente a los dos cargos que le fueron imputados y que derivaron en la sanción que le fue impuesta”.

Problema jurídico 8: ¿El procurador general de la Nación interpretó erróneamente la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al señor Néstor Iván Moreno Rojas?

Tesis 8: “De acuerdo con lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, «en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva» y, por lo tanto, «las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa». Desde ese punto de vista, la culpabilidad es un principio rector del régimen disciplinario de los servidores y particulares que ejercen funciones públicas, el cual se deriva del concepto de dignidad humana, por el que se entiende que el sujeto disciplinable pudo actuar libremente y, por ende, el Estado queda legitimado para sancionarlo.

Así, este mandato de optimización impone la necesidad de valorar el aspecto subjetivo de la conducta, para fundamentar la imposición de las sanciones previstas para cada una de las faltas tipificadas en la ley. [...] La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia disciplinaria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión [...] Ahora bien, en cuanto a la antijuridicidad en el derecho disciplinario debe indicarse que esta, al igual que en el derecho penal, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, para su configuración no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario descrito en la ley, pues es necesario que este tenga alcances sustanciales. Aunque el derecho disciplinario y el derecho penal coinciden en esta apreciación, no es así cuando se trata de analizar el otro componente de esta categoría dogmática que sí contempla el segundo, denominado antijuridicidad material. Este no está concebido en el primero, en la medida que para que se configure una infracción disciplinaria no se exige un resultado lesivo o dañino a la función pública, sino que se conforma con la existencia del quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado. [...] Así las cosas, se puede asegurar que el derecho disciplinario no exige, para que se configure una infracción disciplinaria, que la conducta desplegada por el servidor público o el particular que cumpla funciones públicas genere un resultado, esto es, cause un daño al Estado. Por tanto, en principio, bastaría con que el servidor público quebrante los deberes

para que pueda afirmarse que se incurrió en un actuar disciplinable. [...] puede corroborarse que del juicio deontológico que hizo la autoridad disciplinaria de la actuación del demandante, se evidenció que este incumplió los deberes que le imponía el ordenamiento jurídico para el desempeño de su cargo, los cuales no se agotaban en unas funciones entendidas de manera taxativa, pues su conducta no tuvo que ver directamente con estos, sino en una lectura sistemática de las normas constitucionales y legales que determinaban sus alcances y sus límites. En este sentido, el deber funcional que le asistía al demandante como senador le exigía una especialísima atención, recato y cuidado en su buen comportamiento, en la práctica permanente de valores como la honestidad, y el cabal acatamiento de los principios que rigen la función pública. Es innegable que cuando se propician, ejercen y secundan actos de corrupción, de manera directa, se actúa con ilicitud sustancial, pues se lesiona la estructura vertebral del deber funcional y ello a la vez trasciende gravemente a la órbita de afectación de los derechos de toda la colectividad. De esta manera, el juicio axiológico realizado por la Procuraduría se concretó al definir que con el abuso de su cargo como senador para pedir una utilidad indebida a los señores Nule, se configuró como una violación a los principios de igualdad, moralidad y eficacia de la función pública. [...].”

Problema jurídico 9: ¿En los actos acusados se demostró la conducta dolosa del señor Néstor Iván Moreno Rojas respecto de la falta gravísima que le fue imputada?

Tesis 9: “[...] debe decirse que la culpabilidad en el derecho disciplinario, además de ser un principio, también es una categoría dogmática de la responsabilidad. Respecto de lo último, a esta categoría la componen, por regla general, dos elementos a saber: la determinación acerca

de si el sujeto actuó con dolo o con culpa (elemento psicológico), y el análisis de la exigibilidad de otra conducta (elemento normativo). [...] En la Ley 734 de 2002 no existe una definición del dolo, por lo que en aplicación de la integración normativa señalada en el artículo 21 de esa norma¹⁷⁹, el significado de ese concepto en materia disciplinaria será el que determina el artículo 22 del Código Penal, que al respecto indica que «la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal (entiéndase falta disciplinaria) y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal (falta disciplinaria) ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». De la anterior definición pueden extraerse dos ingredientes del dolo, el cognitivo y el volitivo. El primero tiene que ver con el conocimiento potencial de los hechos y de la ilicitud de la conducta, y el segundo está relacionado con la facultad del sujeto disciplinable para decidir y ordenar su propio comportamiento hacia la comisión de la falta. [...] la demostración del dolo dependerá de las pruebas que se practiquen en el procedimiento disciplinario. Al respecto es necesario precisar que, salvo que se presente una confesión, y que esta se encuentre corroborada con lo probado con otros medios en el trámite, resulta casi imposible que exista una prueba directa de lo que conocía el sujeto y de cuál era su voluntad, por lo tanto, su comprobación dependerá de pruebas indirectas o indiciarias. Desde la doctrina se han propuesto tres clases de indicios que indicarían la existencia de este elemento de la culpabilidad a saber: los de aptitud, los de actitud, y los de comprensión valorativa. [...] De acuerdo con el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la primera forma de culpa se configurará «cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento». La se-

gunda «cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones». Ambas formas de culpa tienen como elemento común que ellas dependen de la desatención de los deberes objetivo y subjetivo de cuidado. El primero se refiere al cuidado necesario que cualquier persona del común (que en este caso debe entenderse a partir de la condición como servidor público del disciplinado) tiene en sus actuaciones; y el segundo a la previsibilidad de los acontecimientos derivados de la conducta del sujeto. Los elementos diferenciadores de la culpa gravísima respecto de la grave, están relacionados con las calificaciones dadas por la ley, en el sentido de que exista ignorancia supina, desatención elemental, o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. Finalmente, se debe insistir que al igual que el dolo, la culpa también deberá ser demostrada con las pruebas practicadas en el procedimiento disciplinario, para lo cual, los indicios antes enunciados también se constituyen en una herramienta adecuada para su comprobación. [...] Se encuentra suficientemente demostrado en curso del proceso que el señor Néstor Iván Moreno Rojas de manera personal y por impulso propio, desplegó conductas constitutivas del delito de concusión actuando como autor. En consecuencia, a él es atribuible la comisión de la conducta típica por la que fue sancionado. [...] Sobre el aspecto volitivo de su conducta, se tiene que quedó demostrado en el procedimiento disciplinario que el entonces senador de la República viajó hasta Miami para entablar conversaciones con los señores Nule, con el fin de concretar negocios con ellos. Asimismo, estos encuentros se reiteraron en territorio colombiano, donde, según lo probado, él presionó a estas personas para que accedieran a sus pretensiones, con la amenaza de afectar las relaciones contractuales del grupo empresarial de esa familia con el Distrito. Por último, ni en

el trámite disciplinario ni en este proceso judicial, se alegó o logró demostrar que el demandante hubiese actuado bajo una circunstancia que eliminara su libertad, por lo que era exigible comportarse de manera diferente a como lo hizo, esto es, que debía dirigir su conducta a cumplir con la legalidad. A partir de esto quedó plenamente fundamentado el reproche disciplinario que la Procuraduría General de la Nación realizó en su contra. [...]”.

Problema jurídico 10: ¿La decisión sancionatoria de la Procuraduría en contra del señor Néstor Iván Moreno Rojas está viciada por desviación de poder o por la omisión de la autoridad disciplinaria en investigar los actos de corrupción protagonizados por miembros del grupo empresarial Nule en distintos lugares del país donde estos defraudaron recursos públicos?

Tesis 10: “No se configuró el vicio de desviación de poder porque este no fue demostrado en el proceso. Tampoco hubo ninguna irregularidad respecto del adelantamiento de investigaciones disciplinarias en contra de los Nule porque el procurador ordenó que se realizaran las indagaciones a que hubiera lugar. [...] El vicio de desviación de poder se configura cuando una autoridad expide un acto administrativo que si bien, puede ajustarse a las competencias de las que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión. [...] La mayor aplicabilidad y utilidad de la desviación de poder se da al tratarse de actos discrecionales pues, además de la competencia, los demás elementos de su validez no son tan importantes para controlarlos. En estos actos, el fin específico (correspondiente al régimen jurídico particular de que se trate) y el general (interés general o mejoramiento del

servicio), se erigen como los factores últimos para valorar su legalidad. No pasa lo mismo cuando se trata de actos reglados, como los disciplinarios, toda vez que en estos están predeterminadas las circunstancias de mérito y de oportunidad, así como los requisitos formales y sustanciales para su expedición. En estos casos, como resulta evidente, la voluntad del funcionario con competencia para emitir el acto se reduce notoriamente. Otra cuestión relevante es la de la prueba de la desviación de poder. Normalmente, es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, de allí que para demostrarla sea necesario auscultar en las intimidades del procedimiento de su emisión, lo cual dificulta su comprobación, sobre todo cuando la desvia-

ción es hacia intereses espurios o mezquinos. [...] en el acto sancionatorio puede observarse que, ante las alegaciones que sobre este tema hizo el defensor del demandante, el procurador ordenó remitir a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública y a la Delegada para la Vigilancia Administrativa, copias de la actuación para que se conformara un grupo especial de investigación de las conductas puestas de presente por el apoderado del señor Moreno Rojas. En conclusión: No se configuró el vicio de desviación de poder porque este no fue demostrado en el proceso. Tampoco hubo ninguna irregularidad respecto del adelantamiento de investigaciones disciplinarias en contra de los Nule porque el procurador ordenó que se realizaran las indagaciones a que hubiera lugar”.

Debido proceso y requisitos mínimos de la imputación válida en materia disciplinaria. La no elaboración de los estudios previos como conducta constitutiva de falta disciplinaria gravísima. Valoración de la versión libre y espontánea.

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00264-00(2217-2010)

FECHA: 24/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Jorge Eliecer Mustafá Eraso

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos sancionatorios disciplinarios acusados fueron expedidos con violación al debido proceso y al derecho la defensa, por haberse formulado el cargo de manera incorrecta o por negarse algunas pruebas testimoniales que fueron solicitadas dentro del proceso disciplinario?

Tesis 1: “[...] es pertinente señalar que el derecho al debido proceso goza de una naturaleza dual, la cual se manifiesta en una perspectiva formal y otra material. La primera se refiere a las ritualidades legalmente establecidas, como lo son las etapas que deben surtir, los términos que han de cumplirse, las oportunidades de actuación procesal, entre otras. Por otro lado, su dimensión material alude a las garantías sustanciales en las que se proyectan esas formalidades, entre las cuales pueden destacarse el principio de publicidad, la doble instancia, la presunción de inocencia, la imparcialidad, el non bis in ídem, y el derecho de contradicción y defensa. [...] la formulación de un cargo no puede ser genérica, ambigua o imprecisa, porque de llegar a confirmarse un reproche formulado en esas condiciones el vicio será todavía mayor. En efecto, si la decisión sancionatoria corrige los vacíos o yerros de la for-

mulación el cargo de manera considerable, habrá violación al principio de congruencia; pero si la decisión que resuelve el fondo del asunto corre la misma suerte, el vicio se convertirá en una falsa motivación. [...] Todo cargo disciplinario debe responder a lo que la teoría, en otras expresiones del derecho sancionador, ha definido como una «imputación válida», frente a la cual se deben observar como mínimo los siguientes requisitos: (1) Imputación clara: comprender cabalmente cuál es la acción que se le atribuye y el resultado que se le recrimina; [...] (2) Imputación precisa: exactitud tanto de los aspectos objetivos como subjetivos de la falta disciplinaria; [...] (3) Imputación circunstanciada y específica: circunstancias de tiempo, modo y lugar definidas; [...] (4) Imputación integral: que contenga todos los elementos que caracterizan el hecho o la conducta; [...] (5) Imputación propia: únicamente los resultados de una acción cuando tuvo el dominio de esta; [...] (6) Imputación de una conducta típica: que los anteriores elementos, que equivalen a la imputación fáctica, correspondan a la imputación jurídica, la que involucra los aspectos jurídicos más relevantes, como la clase de falta disciplinaria (gravísima, grave, o leve), la naturaleza del tipo (abierto o en blanco), si el compor-

tamiento está relacionado con el cargo, función o servicio y si el precepto normativo contempla o no el resultado como requisito típico. [...] la Sala no observa la supuesta vaguedad o falta de claridad del cargo formulado. En efecto, la imputación está tan delimitada y clara que el aspecto central se circunscribió a que el demandante, estando en la obligación de hacerlo, no realizó los estudios previos a los contratos 349, 361, 363 y 363 de 2004, celebrados entre el departamento de Putumayo y la señora (...). Así mismo, en el cargo se hizo énfasis a que los contratos obedecieron a una orden del gobernador del departamento por cuanto la particular era conocida suya y oriunda del municipio en donde se ejecutarían las obras, aspecto que contradecía lo preceptuado en el entonces artículo 29 de la Ley 80 de 1993. A partir de las anteriores precisiones, el órgano de control consideró que ese comportamiento se adecuaba a una falta disciplinaria gravísima, de acuerdo con las normas del estatuto contractual y aquellas reglamentarias que regían la materia, las que hicieron parte del concepto de violación. Por tanto, un tema diferente es si en ese tipo de contratos existía o no la obligación de efectuar dichos estudios y si la cuantía de la contratación para la época en que fueron suscritos incidía o no para efectos de que aquellos se elaboraran. No obstante, ello no es un asunto de falta de claridad o de vaguedad, sino de analizar probatoria y jurídicamente si el demandante estaba o no en la obligación de proceder de tal manera, aspecto que será abordado a partir de otros problemas jurídicos diferentes. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Para la fecha en que se suscribieron los contratos sin formalidades plenas existía la obligación de elaborar los estudios previos?

Tesis 2: “[...] históricamente, la regulación legal y reglamentaria en materia de contratación estatal es que todo contrato, sin excepción alguna, debe estar soportado en un estudio previo, indepen-

dientemente que, al instante de darse la apertura del respectivo proceso de selección o al momento de perfeccionar el acuerdo de voluntades, los requisitos, exigencias y formalidades se flexibilicen. Es posible entonces que ciertos contratos al momento de su celebración estén exentos de los requisitos y solemnidades habituales, pero ello no ha significado que se elimine la necesidad de elaborar un estudio previo, obligación que en sentir de la Sala estaba vigente para el mes de diciembre de 2004, en virtud de lo preceptuado en la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias. [...] La elaboración de los estudios previos sí hace parte de la fase precontractual, en la cual se encuentran, por un lado, aquellas actividades preparatorias y de planificación, y, por el otro, los trámites de selección del contratista. La expresión «etapa precontractual», referida en la legislación disciplinaria -no así en las normas contractuales-, quiso recoger todas las irregularidades que eventualmente se presenten antes de la firma del contrato, siempre y cuando se concrete la regla que desconozca alguno de los principios de la contratación estatal. La obligación de la elaboración de los estudios, que se constituye en una regla que desarrolla tanto el principio de economía como el responsabilidad, hacen parte de lo que la Ley 734 de 2002, en su numeral 31 del artículo 48, denominó etapa precontractual, pues (1) no se hizo ninguna excepción, clasificación o precisión para entender que en aquella expresión quedaban excluidas algunas actividades o deberes que deben cumplirse antes de la apertura formal del proceso contractual; y (2) la ilustración de la jurisprudencia ratifica que en dicha etapa se comprenden todas las reglas que desarrollan los principios de economía y planeación, lo cual involucra el deber de que se realicen los respectivos estudios previos”.

Problema jurídico 3: ¿Las autoridades disciplinarias interpretaron de forma indebida las explicaciones ofrecidas por el señor (...) en su versión libre y espontánea?

Tesis 3: “El numeral 3 del artículo 92 de la Ley 734 de 2002 cataloga la versión libre como el derecho que le asiste al disciplinado a ser escuchado en cualquier etapa de la actuación y hasta antes de adoptarse la decisión de primera instancia. Su finalidad consiste en que el implicado relate su visión de los acontecimientos por los cuales se le investiga, o bien que admita su responsabilidad a través de la confesión. [...] La afirmación de que la versión libre no puede valorarse debe ser entendida en que ello no es procedente como prueba, pero sí como medio de defensa. Por tanto, todas las alegaciones ofrecidas tendrán que ser estudiadas por la autoridad disciplinaria, con el fin de efectuar un análisis integral y en conjunto con el acervo probatorio. [...] Es por lo anterior que el carácter de derecho que le asiste a la figura en comento implica que su ejercicio sea facultativo, atendiendo a los intereses o estrategia de defensa que decida emplear el disciplinado como titular de aquel. Al no ser obligatorio rendir la versión libre, quien decida hacerlo goza de la garantía de que esta sea recepcionada libre de apremios de juramento u otra coacción, pues es claro que se debe proteger el derecho de no autoincriminación. No obstante, ejercido este derecho, es apenas lógico y necesario que las afirmaciones allí ofrecidas se confronten y analicen con las pruebas que obren en el proceso. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿La obligación de elaborar los estudios previos hace parte de una etapa diferente a la fase precontractual, por lo que su incumplimiento quedaría excluido de la falta disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 4: “La Ley 80 de 1993 desarrolló un sistema de contratación estatal compuesto por principios y reglas. En cuanto a los principios, el estatuto contractual de manera originaria y expresa contempló tres en particular: transparencia, economía y responsabilidad. No obs-

tante, a partir de algunas normas contenidas en dicha codificación, la doctrina y la jurisprudencia fue reconociendo y desarrollando de forma progresiva otros principios, como los de selección objetiva, planeación, igualdad, libre concurrencia, buena fe, entre muchos otros. [...] en materia sancionatoria, el legislador, para establecer una de las principales faltas disciplinarias con ocasión de la actividad contractual, sí optó por una fórmula basada en las distintas etapas de la contratación estatal. En efecto, el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 dice que será falta disciplinaria «Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley». [...] la expresión «etapa precontractual», referida en la legislación disciplinaria □no así en las normas contractuales□, quiso recoger todas las irregularidades que eventualmente se presenten antes de la firma del contrato, siempre y cuando se concrete la regla que desconozca alguno de los principios de la contratación estatal, tal y como fue concebido por la Corte Constitucional, en la sentencia C-818 de 2005, pronunciamiento que fijó la comprensión de la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. [...] Si se mira con atención los apartados que fueron resaltados, fácil será concluir que el campo cubierto por la falta disciplinaria gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, son las reglas que desarrollan todos y cada uno de los principios que regulan la contratación estatal, entre ellos el de economía y responsabilidad [...] En consecuencia, la obligación de la elaboración de los estudios, que se constituye en una regla que desarrolla tanto el principio de economía como el de responsabilidad, hacen parte de lo que la Ley 734 de 2002, en su numeral 31 del

artículo 48, denominó etapa precontractual, pues (1) no se hizo ninguna excepción, clasificación o precisión para entender que en aquella expresión quedaban excluidas algunas actividades o deberes que deben cumplirse antes de la apertura formal del proceso contractual; y (2) la ilustración de la jurisprudencia ratifica que en dicha etapa se comprenden todas las reglas que desarrollan los principios de economía y planeación, lo cual involucra el deber de que se realicen los respectivos estudios previos. [...] En conclusión, una de las posibilidades de cometer la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por participar en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, se puede dar cuando el servidor público no elabora los estudios previos que se requie-

ren para la celebración de cualquier contrato estatal. [...] En el presente caso, la ausencia de estudios no solo hizo que la conducta del demandante se encuadrara en la falta disciplinaria que le fue endilgada, sino que se presentarían serios inconvenientes en la ejecución de los contratos, ocasionándose así una afectación todavía mayor conforme a las finalidades que se pretenden cumplir con el cumplimiento y la observancia de los principios y reglas contractuales. Conclusión: La obligación de elaborar los estudios previos que tenía a cargo el demandante hace parte de la fase precontractual, por lo cual sí se configuró la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por haberse desconocido los principios de planeación, economía y responsabilidad. [...]”.

Se confirma sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos al subdirector jurídico del IDU, por eliminar algunos requisitos de ley para el desembolso de anticipos en el contrato de obra de la fase III de Transmilenio.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00473-00 [1955-2012]

FECHA: 14/11/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Inocencio Meléndez Julio

DEMANDADO: Nación - Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La modificación del contrato de obra de la etapa III de Transmilenio que eliminó algunos requisitos para el desembolso de anticipos responde a los requerimientos legales?

Tesis 1: “La Sala advierte que la modificación constituye una forma de mutabilidad de los contratos estatales, pero no debe ser arbitraria y caprichosa, puesto que, por una parte, es reglada como toda actividad del Estado, que incluye el principio de planeación y, por la otra, debe garantizarse la seguridad jurídica y el respeto a todos los oferentes. (...) Con la modificación en cuestión, se eliminaron de manera irregular los requisitos concernientes al programa de obra y cronograma de metas físicas y la información sobre evaluación y revisión de los estudios y diseños suministrados por el IDU, y se dejaron como únicos presupuestos para el desembolso del anticipo la presentación del plan de inversión y su buen manejo y el acta de iniciación de la etapa de construcción de la obra. Por lo anterior, resulta ajustada a derecho la determinación de la Procuraduría General de la Nación en cuanto concluyó en la investigación disciplinaria que la modificación no tuvo justificación real ni legal,

por cuanto los trabajos no se podían ejecutar sin el programa detallado de obra, ni el cronograma de metas físicas a desarrollar mensualmente, lo que, además, implicó consecuencias perjudiciales para la administración distrital, en la medida en que se dificultaron las funciones de control y vigilancia del interventor del contrato sobre el manejo del anticipo, atribuciones que estaban atadas a los requisitos que fueron eliminados y de contera, se permitió que actividades que estaban previstas para la etapa de preconstrucción se realizaran en la de construcción”.

Problema jurídico 2: ¿Responde a los fines de la contratación pública la omisión en la imposición de multas al contratista en el contrato de obra de la etapa III de Transmilenio?

Tesis 2: “El propósito de la multa se asocia con un fin proteccionista del interés público que involucra la celebración del contrato estatal, en tanto busca la ejecución efectiva de la labor encomendada al contratista, al margen de que su satisfacción oportuna hubiese causado o no daño al ente contratante, su finalidad, en esencia, es fungir como herramienta de apremio o acoso dirigida a compeler al contratista para el

cumplimiento del objeto contractual en la forma y tiempo acordados. No obstante, el [demandante] le restó importancia a la imposición de las multas, pese a que estaban pactadas en el contrato estatal de obra 137 de y afirma en la demanda, de manera simple, que eran facultativas y que ante el incumplimiento del contratista, la administración contaba con la cesión del contrato, como sucedió en este caso al grupo empresarial Vías de Bogotá, postura que para la Sala denota una actitud inconsecuente del actor frente al manejo de los asuntos del Estado, y se opone de manera frontal a los fines de la contratación estatal, en virtud de los cuales los servidores públicos deben tener en cuenta que al celebrar contratos y con la ejecución de ellos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de dichos fines, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993”.

Problema jurídico 3: ¿La celebración de los contratos adicionales en la construcción de la fase III de Transmilenio desconoció la obligación legal de adelantar el proceso de licitación pública para la adjudicación de nuevos contratos?

Tesis 3: “La entidad accionada demostró que el [demandante], como director técnico legal y luego subdirector general jurídico del IDU, sin respaldo fáctico y legal, ni justificación para haber omitido la licitación o selección pública de los contratistas que debieron construir las obras en cuestión, impartió aprobación jurídica a lo que posteriormente se convirtió en adición a los contratos estatales de obra 135, 136, 137 y 138 de 2007 los proyectos de valorización 122, 123, 124, 112 y 154, que eran asuntos independientes no indispensables para adecuar la calle 26 y la carrera 10ª al sistema Transmilenio, con lo que se omitió el procedimiento público de selección por licitación consagrado en el artículo 2 (numeral 1) de la Ley 1150 de 2007, pese a que las adiciones totalizaron \$70.805.422.307.00. La Procuraduría evidenció que los mencionados proyectos de valorización eran independientes de la fase III del sistema Transmilenio, que tenían fuentes de financiación distintas y destinación específica, puesto que las obras previstas en el Acuerdo 180 de 2005 se originaron en el recaudo de los contribuyentes de Bogotá, mientras que la fuente de financiación del mencionado sistema de transporte provenía de recursos de la Nación y del Distrito Capital, en virtud de acuerdo celebrado entre ambos [...]”.

Sanción disciplinaria impuesta a defensor de familia por desconocimiento de las funciones propias del cargo en desmedro de los derechos prevalentes de los niños niñas y adolescentes. Tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción disciplinaria. Recaudo y valoración probatoria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00040-00 [0050-2015]

FECHA: 02/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Francisco Efrén Ortega Ruales

DEMANDADO: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Las decisiones que sancionaron disciplinariamente al demandante deben ser anuladas, por incurrir en error en la adecuación típica por defectuosa valoración probatoria y desconocimiento del procedimiento señalado en la Resolución 049 de 2002?

Tesis 1: “[...] En lo que se refiere a la tipicidad, es pertinente señalar, como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiteradas decisiones, que el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos. [...] En este caso el incumplimiento de deberes, es una norma en blanco, que nos remite necesariamente al reglamento específico, establecido en el Código del menor, Decreto 2737 de 1989, norma aplicable al caso, que se encontraba vigente a la ocurrencia de los hechos, y que exigía, en su condición de defensor de familia, al momento del conocimiento

del hecho: (i) abrir de manera inmediata la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que puedan configurar la situación de abandono o peligro del menor y (ii) la adopción, de manera provisional, de las medidas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, y 6 del artículo 57 del Decreto 2737 de 1989. [...] revisado el procedimiento establecido en la Resolución 049 de 25 de enero de 2002, proferida por la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, por la que se establecen los lineamientos para la prestación del servicio de protección de esa Regional, se tiene que ésta dispone en su artículo 5° el procedimiento a seguir para la atención de niñas, niños y jóvenes en situación de abandono o peligro físico o moral que lleguen a los centros zonales. Al efecto, para la apertura de la historia integral social familiar, se indica que será abierta por el trabajador social y en su ausencia por otro profesional del área de protección, quien una vez diligenciado la pasará al profesional correspondiente, incluido el defensor de familia. Que allí se deben consignar datos básicos en forma

precisa y suficiente, indicando el motivo de ingreso y la información adicional que sea necesaria; se le debe asignar el número consecutivo de la historia integral socio familiar y consignar las circunstancias que rodean el hecho. Señala además que los profesionales del equipo interdisciplinario, para establecer un prediagnóstico, deben emitir un concepto psicosocial y un concepto nutricional, si es del caso, con el fin de que el defensor de familia pueda establecer la situación de abandono o peligro o moral en que se encuentra el niño, niña o joven y dictar la medida de protección provisional que pueda aplicar al caso. A partir de allí el defensor de familia, de manera inmediata al conocimiento de los hechos abrirá la investigación por medio de auto que ordenará la práctica de todas las pruebas. [...] es evidente que no le asiste la razón al demandante cuando señala que no podía emitir una orden de protección frente a la menor (...) al estar a la espera del concepto emitido por la psicóloga quien finalmente determinó que se trataba de un caso de custodia. En efecto, no puede ignorarse que el código del menor vigente para la época de los hechos (Decreto 2737 de 1989) señalaba claramente que una vez el defensor de familia tuviera conocimiento de la situación por la que estaba atravesando el menor, de conformidad con el artículo 57 debía disponer inmediatamente la apertura de la investigación y dictar las medidas de protección necesarias. [...] es de vital importancia recordar que la trabajadora social le manifestó personalmente al defensor de familia y frente a la abuela del menor, que la niña se encontraba en una grave situación que le había obligado a permanecer hospitalizada por un largo periodo en el hospital al sufrir maltrato, lesiones físicas, abandono, desnutrición y además, le advirtió que muy probablemente uno de los maltratadores se trataba de la misma abuela [...] Preocupa además (sic) la Sala que el demandante se excuse señalando que solo se enteró del caso de

la niña al momento de su deceso (...) todas las piezas probatorias aportadas dan cuenta que el defensor atendió a la abuela y a la trabajadora social del hospital de Kennedy, con lo que se enteró de la situación de la menor y fue él quien le avisó a la trabajadora social que iba a analizar el caso de la niña; sin embargo, una vez la trabajadora social abandonó el recinto él mismo le indicó a su abuela que podía llevarse a la menor. (...) Este escenario pone en evidencia la gravedad de las irregularidades en la atención de la menor [...] los testimonios que echa de menos el demandante no gozan de trascendencia para la decisión del caso por cuanto los funcionarios disciplinarios fueron muy claros en reprochar al demandante la omisión de sus funciones como líder del equipo de la Defensoría de Familia, por no dar apertura a la investigación y dictaminar una medida de protección a favor de la menor al ser evidente el estado en el que llegó la niña quien venía remitida del Hospital de Kennedy, y quien llegó en compañía de la trabajadora social del centro hospitalario, funcionaria que le comentó los pormenores del estado al disciplinado, y le puso de presente que la abuela de la menor podía ser una de sus maltratadores, por lo que era carente de toda lógica que el defensor entregara la menor (...) a la abuela, quien finalmente la devolvió a manos de su madre quien le ocasionó la muerte. [...] en los procesos disciplinarios como lo ha precisado en reiteradas ocasiones esta corporación se cuenta con una potestad de valoración probatoria m[á]s amplia que la del mismo funcionario judicial penal, que le autoriza a determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, cuando obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, los que, a su vez, le conducen a la certidumbre de la comisión de la falta y de la responsabilidad del investigado. Por esto, es perfectamente aceptable que las decisiones sancionatorias no se basen en los tes-

timonios acerca de las condiciones previas de desempeño laboral, que no cuentan con la mayor relevancia al momento de hacer el juicio de adecuación típica, conforme con los principios del derecho disciplinario que examinan la conducta reprocharle (sic) disciplinariamente a la luz de lo señalado por el Decreto 2737 de 1989, y conforme con lo previsto en la Constitución Política que establece en su artículo 44 que los niños son titulares preferentes de derechos fundamentales y que la realización de estos genera una obligación de asistencia y protección que tiene como sujeto pasivo, en primer lugar, a la familia de la que el menor es parte, luego, a la sociedad en su conjunto y finalmente al Estado; es así que en este caso, donde fallaron los demás sujetos de la relación, se exigía del Estado, representado por el defensor de familia, que se actuara con probidad para la adopción de una medida de protección y no con negligencia como fue lo que se evidenció en este caso, por lo que considera la Sala que la tipificación de la conducta se ajustó a derecho. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Las decisiones que sancionaron disciplinariamente al demandante deben ser anuladas por incurrir en error en la culpabilidad atribuida al demandante?

Tesis 2: “[...] Frente al tema de la culpabilidad, es menester precisar en primer lugar que la jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador adoptó dentro de su facultad de configuración en materia disciplinaria el sistema de *numerus apertus*, porque contrario a lo que sucede en materia penal, no se señalan específicamente que comportamientos se exigen para su adecuación típica sea (sic) cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que aparece que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuales tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura del bien

tutelado o del significado de la prohibición. [...] En cuanto a tales grados de culpabilidad sancionables en materia disciplinaria –dolo y culpa-, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha señalado que el concepto de dolo debe ser observado desde el artículo 22 del código penal, por remisión de artículo 21 de la Ley 734 de 2002. Así, para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a este y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo). [...] el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, establece que se incurre en un comportamiento a título de culpa cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento (culpa gravísima) o por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones (culpa grave). En el presente caso, los fallos disciplinarios precisaron que la “falta disciplinaria ha sido imputada a (...) a título de culpa, forma de culpabilidad entendida como la conducta que viola el deber sustancialmente sin el conocimiento de la infracción por parte del sujeto pero que lo desconoce cuando estaba en situación de conocerlo”. Ninguna de las dos providencias precisó si la modalidad de la culpa fue grave o gravísima, aclarando que se relacionaba con la negligencia por no actuar con la debida diligencia y cuidado en el ejercicio de la función. [...] En este sentido, la Sala advierte que si bien nos encontramos ante una falta grave, de conformidad con el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, por incumplimiento de los deberes que se le imponían al defensor de familia en el Decreto 2737 de 1989; no obstante en este caso no puede aceptarse, como criterio determinador de la culpa, el no actuar con la debida diligencia y cuidado en el ejercicio de la

función, pues como se vi[o], el disciplinado se trata de un funcionario con amplia experiencia en su empleo, quien fungió como el presidente de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, por lo que se esperaba de él una mayor diligencia y cuidado en sus actuaciones, no siéndole exigible la diligencia y cuidado de una persona del común. Para la Sala el disciplinado incurrió en culpa gravísima por la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, pues como mínimo se le exigía conforme el Decreto 2737 de 1989, acatar su deber de dar apertura al proceso administrativo al verificarse la situación irregular en que se encontraba la menor-art. 57-, aspecto que nos lleva a señalar que la conducta grave se desplegó con culpa gravísima al omitir deliberadamente el acatamiento de las obligaciones relacionadas en el código del menor, comoquiera, que si tuvo conocimiento de la situación por la que estaba atravesando la niña (...) quien requería una medida de protección urgente. La anterior precisión es válida hacerla en esta oportunidad por cuanto si bien tal calificación no afecta la sanción, conforme el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la Sala debe manifestar su desconcierto con el tratamiento de la calificación de la culpa por parte de los funcionarios del ICBF frente a un caso que generó la afectación de una de las más caras garantías del estado social de derecho como lo es la protección de los derechos de los niños, prevalentes en el ordenamiento jurídico. Como se advierte de lo anterior, no prospera el cargo de anulación formulado por el demandante, pues al contrario, para la Sala, la calificación de la culpa que se le endilgó a su conducta no se ajustó al escenario en que se produjeron los hechos, correspondiéndole en realidad la culpa gravísima. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Las decisiones que sancionaron disciplinariamente al demandante deben ser anuladas, por incurrir en violación del principio de presunción de inocencia?

Tesis 3: “[...] la garantía de la presunción de inocencia aplica en todas las actuaciones que engloban el ámbito sancionador del Estado y, por consiguiente, también en materia disciplinaria, en la medida en que se encuentra consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 9° de la Ley 734 de 2002, que establece: “Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”. [...] Considera la Sala que en este caso no se produjo la citada vulneración del principio de presunción de inocencia (...) pues en efecto quedó demostrado el deber que la norma le impuso al demandante, quien en su condición de defensor de familia y líder del equipo interdisciplinario debía imprimir en su actuación a efectos de garantizar los derechos y la integridad de la menor (...) por lo que quedó verificada su responsabilidad en la comisión por omisión de la conducta reprochable disciplinariamente, sin que pueda aceptarse como excusa de la omisión que no se le haya entregado un informe, pues ya la trabajadora social le había puesto de manifiesto la situación de la menor, por lo que se exigía en su actuar el cumplimiento de los deberes señalados en el código del menor, siendo preocupante que se evada con ello, lo que evidencia la falta de seguimiento a los casos que le correspondió analizar a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Kennedy del ICBF. Por tanto, en este caso se demostró que (i) dicha omisión es disciplinable, (ii) se encontró debidamente probada, (iii) su autoría y responsabilidad radican en cabeza del señor (...), por lo que no puede decirse que en este caso se vulneró el principio de presunción de inocencia. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Se desconoció el principio de proporcionalidad al no valorarse la

inexistencia de antecedentes disciplinarios del demandante, y que ese centro zonal era diligente como elementos para atenuar la sanción?

Tesis 4: “[...] El principio de proporcionalidad en materia sancionatoria exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta. [...] En este caso no le asiste razón al demandante puesto que contrario a lo que el señala, en primera instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002 se le impuso como sanción dos meses de suspensión atendiendo a los criterios señalados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, como son no haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo, la afectación de los derechos; que el investigado no pertenecía al nivel directivo de la entidad. Consideró que por esto no podía partir del mínimo, pero tampoco aplicar la máxima sanción. [...] Por su parte la segunda instancia disminuyó la sanción impuesta al demandante al considerar que “si bien fueron analizados por la Oficina de Control Interno Disciplinario los factores previstos por el artículo 46, el implicado no registra antecedentes disciplinarios y ha desplegado importante actividad en el desempeño de su

cargo, lo cual es referido en la prueba documental y testimonial obrante en el expediente, consideraciones que permiten entonces imponer la sanción mínima determinada por el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único para la falta grave a título de culpa cometida, la cual es un mes de suspensión.” En este sentido, es evidente que tampoco se vulneró el principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción como quiera que las autoridades disciplinarias tuvieron en cuenta los aspectos que el demandante reprocha en sede judicial, y al contrario impusieron el correctivo señalado en el artículo 46 ibidem, aplicándole al caso del demandante la menor sanción aplicable, que si bien no comparte la Sala, por la afectación de los derechos que se generó, precisamente por el grado de afectación de los derechos fundamentales de la menor (...) que gozaba de protección constitucional prevalente según el artículo 44 constitucional, situación que impone a los servidores mayor acuciosidad en el desarrollo de sus funciones, por lo que no es aceptable que se le hubiese disminuido la sanción impuesta por parte de la segunda instancia disciplinaria. Sin embargo no puede la Sala modificar la sanción impuesta dada la competencia con que cuenta en este asunto de nulidad y restablecimiento del derecho, de cara al principio de la congruencia de la sentencia que en este caso está determinado por el marco de la demanda, la contestación y posibles excepciones que lleguen a encontrarse probadas, con lo que escapa de la órbita de acción de esta Sala modificar la sanción impuesta al demandante en perjuicio de este. [...]”.

Falta disciplinaria gravísima en materia de negocios fiduciarios de las entidades públicas. Omisión del deber de cuidado en la inversión de recursos públicos. Debido proceso y derecho a la igualdad en la imposición de sanciones disciplinarias. Cómputo del término de prescripción de la acción disciplinaria.

RADICADO: 41001-23-33-000-2013-00512-02{0754-2015}

FECHA: 09/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Cielo González Villa

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Procuraduría General de la Nación tiene competencia para imponer sanción de destitución y suspensión a servidores públicos de elección popular, de cara a las normas convencionales de protección de derechos humanos-artículo 23-2 de la Convención Americana-?

Tesis 1: “[...] En este caso la sanción que se impuso por parte de la Procuraduría General de la Nación a la señora (...) fue la suspensión de 6 meses en su condición de alcaldesa del municipio de Neiva por la omisión en que incurrió en dirigir la administración y la contratación municipal, decisión que entraría en contradicción con lo señalado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de noviembre de 2017 que al resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego, interpretó el artículo 23-2 de la Convención Americana CADH, y concluyó, que el procurador general de la Nación solamente tiene competencia para sancionar con suspensión a los servidores públicos de elección popular en casos de corrupción.

No obstante, debe señalarse que la enunciada decisión no constituye un precedente judicial vinculante para el control de legalidad de otras decisiones disciplinarias, tal como precisó ésta Subsección, en sentencia de 4 de abril de 2019, dentro del proceso radicado 11001-03-25-000-2012-00560-00 N.I. 2128- 2012, con ponencia de quien se ocupa de esta providencia, donde se indicó lo siguiente: La aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH-, debe armonizarse con el orden jurídico interno del país. En este sentido, existe en la actualidad un criterio imperante en la Corte Constitucional, según el cual el procurador general de la Nación, en virtud de la competencia asignada directamente por la Constitución Política en el art. 277-6, es competente para suspender y destituir a los servidores públicos de elección popular que incurran en toda clase de conductas que contravengan el derecho disciplinario. [...] La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política. No obstante, la confrontación de una ley, con un tratado internacional no da lugar a una de-

claratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución. (i) La competencia atribuida constitucionalmente al procurador general de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a quienes desempeñen funciones públicas, inclusive tratándose de cargos de elección popular, es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH. (ii) El director del ministerio público tiene competencia para destituir, suspender e inhabilitar a servidores públicos de elección popular, sin importar la naturaleza de la conducta. (iii) El artículo 23-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH-, no impone una prohibición a los Estados para que en sus ordenamientos internos consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, menos aun cuando emanan directamente de sus propias constituciones. En otras palabras, lo que hace el artículo 23 de la convención es fijar una serie de pautas bajo las cuales el legislador puede regular los derechos allí señalados, pero no establece una relación cerrada -*numerus clausus*- en cuanto a las eventuales restricciones que constitucionalmente pueden ser impuestas a su ejercicio. [...] Además, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de control de los actos de la administración, cuenta con los mecanismos para garantizar la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 25 de la Convención de Derechos Humanos CADH, y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP, toda vez que el servidor público de elección popular que se ve afectado por una sanción de destitución o medida de suspensión del cargo, tiene a su alcance el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual contempla las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso. Entre ellas, prevé la oportunidad de suspender

el acto, consagra causales de nulidad que permiten el análisis de la actuación probatoria, dispone un procedimiento mixto –escritural y oral- que brinda celeridad al proceso, y el control que el juez contencioso realiza sobre los actos disciplinarios es integral. [...] En este orden, la competencia de la procuraduría para suspender y destituir a servidores públicos de elección popular, debe ser comprendida en su contexto de origen, como una de las herramientas dispuestas por el constituyente y el legislador para cumplir los fines del estado democrático de derecho. Pensar en contravía, sería generar un estado de cosas inconstitucionales, en donde las conductas que atenten contra la función administrativa que impliquen responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, en concreto de elección popular, queden en una zona gris, que impide su juzgamiento. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Ocurrió en este caso el fenómeno de la prescripción de la acción disciplinaria?

Tesis 2: “[...] En vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sus dos subsecciones, ha aplicado la Tesis decantada por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009. En efecto, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de febrero de 2014, afirmó que la sanción disciplinaria se impone y en consecuencia, se interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con la expedición y notificación del fallo que resuelva los recursos de la vía gubernativa. Esta misma interpretación jurídica del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, fue acogida posteriormente por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado en sentencia de 28 de julio de 2014 donde señaló que dentro del mencionado pla-

zo, para que no opere la prescripción la autoridad disciplinaria solo debe proferir y notificar el acto administrativo principal y no los que resuelven los recursos interpuestos contra este. Igualmente la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 30 de junio de 2016, nuevamente se pronunció en cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002; en esta oportunidad la Sala reiteró que la autoridad disciplinaria impone la sanción e interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con el que resuelve los recursos interpuestos contra éste. Del anterior análisis legal y jurisprudencial, es válido concluir que la Tesis vigente en materia de prescripción de la acción disciplinaria es la contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término de los 5 años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria competente solo debe proferir y notificar el acto principal esto es el fallo de primera o única instancia con el cual interrumpe el término de prescripción. De conformidad con las pruebas que obran en el expediente y según coinciden las partes, el término de 5 años de la prescripción de la acción disciplinaria inició el 31 de diciembre de 2007 y finalizó el 31 de diciembre de 2012. El fallo disciplinario de primera instancia fue expedido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal el 25 de abril de 2012, esto es dentro del término de la prescripción de la acción disciplinaria. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Los fallos disciplinarios que sancionaron a la demandante incurrieron en violación del debido proceso por indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso y desconocimiento del principio de presunción de inocencia?

Tesis 3: “[...] de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1226 y subsiguientes del Código de Comercio, y el título V de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, se entiende por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan. [...] Se aprecia de todo lo anterior, evidentemente la violación de la Ley 819 de 2003, que dispuso claramente cómo debía realizarse la inversión de los recursos, estableciendo las modalidades permitidas para la colocación de tales recursos, por lo que si el municipio planeaba realizar el depósito de los dineros en una entidad financiera, debía hacerlo apegado a las exigencias normativas, que no incluían el depósito de los dineros de excedente de liquidez de regalías a nombre de un tercero para éste realizar la inversión en un encargo fiduciario del que era titular pues, se reitera, dicha inversión solo podía realizarse en títulos de deuda pública de la Nación, títulos que cuentan con una alta calificación de riesgo crediticio y depósitos de entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio. [...] De conformidad con lo señalado el artículo 209 Superior se tiene que la función administrativa se desarrolla mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Estas modalidades de ejercicio de la función pública constituyen formas diferenciadas de gestión que tienden a facilitar el cumplimiento de los fines del Estado. [...] Para el caso que se examina, en un primer momento, mediante el Decreto

1149 de 15 de diciembre de 2004, suscrito por (...) Alcaldesa de Neiva se asignaron a la Secretaría de Hacienda del municipio, las funciones de «Ordenar en los términos del artículo 17 de la ley 819 de 2003, la inversión de los excedentes transitorios de liquidez en títulos de deuda pública interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio» y «Ordenar la colocación de los excedentes de liquidez en institutos de fomento y desarrollo, siempre y cuando estos obtengan la calificación de bajo riesgo crediticio». Tal actuación encierra las características de una delegación de funciones según voces del artículo 9.º de la Ley 489 de 1998. [...] en el fallo de primera instancia, consideró la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, que la señora (...) «[...] se apartó de un deber objetivo de cuidado frente a la conducta funcional de su Secretario de Hacienda y de su Director Administrativo de Tesorería respecto de los cuales le era exigible el despliegue de labores de control y vigilancia, en razón de una particular potestad de tutela o señorío que efectivamente le hubiera permitido evitar la incursión en las inversiones reprochadas, por parte del controlado. Por tanto al haber incurrido en esta comisión por omisión, está llamada a responder por un mismo contexto de hechos pero en razón del despliegue de su rol funcionalmente específico: la omisión de control y vigilancia respecto de la conducta funcional de sus subalternos.» [...] el control jerárquico, impone el deber de cuidado y vigilancia sobre las actuaciones de los subalternos pero en modo alguno supone que se trate de una obligación ilimitada en cuanto a su alcance y sentido al punto de interpretar que todas y cada una de las actuaciones que desplieguen los funcionarios de una organización deban ser de conocimiento del Jefe de la organización, por cuanto como ya se dijo, la responsabilidad del

superior jerárquico se circunscribe al ámbito de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica. [...] la investigación disciplinaria, formulación de cargos, variación de cargos, primera y segunda instancia, no se refirieron exclusivamente a la actuaciones de la disciplinada frente a las actuaciones que se surtieron los días 27 de julio y 2 de agosto de 2007, sino a su deber de vigilancia por el cumplimiento de la función que le fue atribuida a la Secretaría de Hacienda, y por todo el segundo semestre de 2007, a partir del 27 de julio de ese año, esto, a título de omisión impropia, por la falta gravísima contenida en el numeral 27 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como es: «Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado». [...] la sustancialidad de la ilicitud, se configuró con la vulneración de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública, trasgredidos particularmente, en la omisión de vigilancia sobre el correcto cumplimiento de la función establecida en el manual de funciones del municipio, relacionada con el cumplimiento de la Ley 819 de 2003. Bajo los anteriores términos, la Sala concluye, que el cargo presentado referente a la violación del derecho al debido proceso por apreciación errónea de las pruebas de cara al análisis de la Procuraduría General de la Nación frente a los elementos de tipicidad y antijuricidad sustancial de la conducta no está llamado a prosperar».

Problema jurídico 4: ¿Se vulneró el derecho al debido proceso y la igualdad de la disciplinada, por cuanto en una misma situación de hecho las decisiones son opuestas?

Tesis 4: “[...] advierte la Sala que la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal determinó en la decisión de primera instancia, que el señor (...) (Alcalde Municipal de Neiva) incurrió a título de omisión impropia

pia, por las inversiones que hizo el tesorero del Municipio de Neiva (...) por \$6.000'.000.000 correspondientes a los excedentes de regalías y recursos propios en el encargo fiduciario citado. También se indicó que hubo violación del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, y esto por las inversiones realizadas en los meses de marzo a octubre de 2008 por lo que se dijo que el alcalde no fue diligente y eficiente, tiempo en el cual estuvieron en altísimo riesgo los recursos depositados en el encargo fiduciario por lo que se incurrió en la conducta descrita en el artículo 48, numeral 27 de la Ley 734 de 2002. Igual conducta que la demandante. En cuanto a la culpabilidad se dijo que se había presentado la culpa gravísima por la desatención elemental de los deberes que por mandato constitucional y legal estaba en la obligación de observar el disciplinado, dada su posición

de garante y como máxima autoridad del municipio. Por su parte la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en el fallo de 20 de diciembre de 2012 indicó que las situaciones que se presentaron en las administraciones de (...) y (...) son diferentes [...] la autoridad disciplinaria señaló las razones jurídicas y fácticas por las cuales a la demandante se le debía sancionar con suspensión de seis meses, al contrario de la absolución que dispuso frente a (...) basándose estas en que las conductas de cada uno de ellos, el escenario en que se produjeron los hechos, la posición desde la que actuaron los señores (...) y (...) así como la decisión de sancionar a (...) por su posición a la actuación del tesorero, situación que dio lugar a sanciones distintas, sin que se observe del contenido del acto disciplinario ni de las pruebas del expediente que se hayan presentado situaciones similares. [...]”.

Competencia para expedir actos administrativos sancionatorios. Términos de la actuación disciplinaria. Tipicidad de las faltas disciplinarias, valoración probatoria y principio de la sana crítica.

843

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00718-00[2720-2011]

FECHA: 23/01/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Mauricio Eduardo Molina Trimiño

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

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos sancionatorios acusados fueron expedidos por funcionarios u organismos incompetentes?

Tesis 1: “[...] Esta causal de nulidad se configura cuando el autor del acto administrativo no tenía el poder para emitirlo, dado que no estaba autorizado por la Constitución o la ley para tales efectos. Además, también puede darse porque el asunto particular de que se trate no corresponde a aquellos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o incluso el tiempo, le competía resolver. [...] de conformidad con lo preceptuado en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, toda entidad del Estado deberá organizar «una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia». Por tanto, es a esta dependencia la que le corresponde conocer y decidir en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, mientras que la segunda, en atención a lo dispuesto en el mismo artículo, estará a cargo del nominador, salvo disposición legal en contrario. De esa manera, cuando las entidades u organismos estatales no cumplen las anteriores y mínimas exigencias legales, los actos estarían

viciados por haberse expedido por un funcionario incompetente. [...] ¿qué sucede si la falta de competencia alegada es respecto a aquellos actos o actuaciones previas, intermedias o preparatorias a los actos administrativos disciplinarios que resuelven el fondo del asunto? A manera de ejemplo, ¿qué sucede si el vicio alegado se presenta en la expedición del auto de indagación preliminar, la investigación disciplinaria, los autos de pruebas o el pliego de cargos? A juicio de la Sala, dichos aspectos deberán hacer parte de otras causales de nulidad, como aquellas relacionadas con la expedición irregular o por la afectación sustancial al debido proceso. Desde luego que en ese escenario la exigencia para determinar la procedencia de esa irregularidad deberá ser todavía más exigente, puesto que, al tratarse de actos que no son definitivos, el juicio de legalidad deberá someterse a los criterios de trascendencia o relevancia para que las formas no se privilegien de manera injustificada o desproporcionada sobre el fondo del asunto. Ello entonces supondrá una ponderación de la habilitación legal correspondiente y las razones que tuvo la entidad para haber procedido de esa manera frente las prerrogativas y derechos que deben observarse en favor de los sujetos procesales. [...] Sin necesidad

de hacer mayor esfuerzo argumentativo, la Sala observa que la causal alegada no está llamada a prosperar, por cuanto el acto administrativo de primera instancia fue proferido por el subdirector de Gestión de Control Disciplinario interno de la UAE DIAN, mientras que la decisión que resolvió los respectivos recursos de apelación -segunda instancia- fue adoptada por el director general de dicha institución, quien tenía la condición de nominador del entonces servidor público que aquí funge como demandante. Ambos funcionarios, desde el punto de vista de las normas legales que fueron analizadas, estaban habilitados para proferir dichas decisiones y en estricto sentido, a pesar de invocarse la falta de competencia, ninguno de los reparos formulados estuvieron dirigidos contra de los actos que resolvieron el fondo del asunto. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Las decisiones disciplinarias de primera y de segunda instancia proferidas por la DIAN violaron las normas superiores en las que debían fundarse?

Tesis 2: “[...] el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: Falta de aplicación, aplicación indebida o, interpretación errónea. La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpreta-

ción errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso decidido. En segundo lugar, la aplicación indebida tiene lugar cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. En tal modo, el error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: - Porque la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, - Porque no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Finalmente, se viola la regla de derecho de fondo o norma sustancial de manera directa al dársele una interpretación errónea. Esto sucede cuando las disposiciones que se aplican son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidas, las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. [...] una de las formas de determinar si existe igualdad entre una y otra situación fáctica es efectuar un ejercicio comparativo, a efectos de definir, según el nivel de discrepancia o semejanza, si las cuestiones objeto de análisis son comparables entre sí, es decir, si existe un *tertium comparationis*. Este ejercicio es importante porque de acuerdo con lo que se concluya en él, debe seguirse uno de los siguientes cuatro mandatos: [...] (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras [...]

Todo lo anterior indica que para llevarse a cabo dicho juicio de igualdad se tiene que comparar los supuestos de hecho de ambas situaciones, por lo cual se debe acreditar, con un mínimo de rigurosidad, aquellas circunstancias fácticas del respectivo caso, cuya aplicabilidad, por vía del principio de igualdad, se reclama. Cuando dicha exigencia no se cumple, la sola afirmación de que se vulneró el derecho a la igualdad, porque supuestamente en otro evento se adoptó determinada decisión, hace improcedente el reconocimiento de dicho derecho. [...] La parte demandante esgrimió la supuesta violación de las normas superiores en que debían fundarse los actos demandados por múltiples razones: (i) por violación al principio de igualdad; (ii) porque no se quisieron valorar las pruebas; (iii) porque se aplicó un procedimiento diferente al que legalmente correspondía; (iv) porque al demandante se le afectó como persona y en su integridad; y (iv) por la violación al principio de imparcialidad. [...] la Sala destaca que la única razón que se ofreció para respaldar las anteriores afirmaciones fue la relacionada con el derecho a la igualdad, en cuanto a que supuestamente «a otros funcionarios sí se les respetaba las reglas estipuladas para investigar y sancionar asuntos de igual o mayor gravedad que aquellos que hicieron parte del presente asunto». No obstante, dicho planteamiento es equivocado, porque para poder pregonar la violación al derecho a la igualdad es necesario determinar cuáles son las dos situaciones con las que se debe efectuar el respectivo ejercicio comparativo. La sola aseveración de que «a otros funcionarios sí se les respetaba las reglas estipuladas para investigar y sancionar asuntos de igual o mayor gravedad», sin mencionar los casos desde el punto de vista fáctico y jurídico, es incompleta. Para tal efecto, el demandante necesitaba demostrar que en otras situaciones similares la solución en derecho debía ser otra, aspecto que no se cumplió en este proceso. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿En el trámite de la actuación disciplinaria seguida contra el demandante se presentaron irregularidades que afectaron el derecho al debido proceso?

Tesis 3: “El debido proceso es un derecho de rango superior que busca la protección de las garantías que instituye el ordenamiento jurídico a favor de quienes se ven llamados a hacer parte de una actuación judicial o administrativa. En efecto, el proceso disciplinario es un trámite de naturaleza administrativa, por lo que las partes que en él intervienen se encuentran provistas de tales amparos a lo largo de todas sus etapas. [...] no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues para tales efectos será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. [...] El régimen de impedimentos y recusaciones contenido en la Ley 734 de 2002 busca hacer efectivo el principio de imparcialidad, el cual es exigible a todos los servidores del Estado y, en general, de quien tiene a su cargo el ejercicio de funciones públicas, pues en sus actuaciones debe prevalecer siempre el interés general, motivo por el cual su juicio debe estar exento de intereses que lo alejen de dicha finalidad. [...] El apoderado del señor (...) aseveró en la demanda que la UAE DIAN hizo efectiva la sanción disciplinaria el día 22 de junio de 2011, fecha en la que su representado se encontraba en una situación administrativa de incapacidad, aspecto que significó una violación del debido proceso. Frente a ello, la Sala disiente de dicha afirmación, por cuanto la situación mencionada nada tiene que ver con la perspectiva formal o material del debido proceso que se traduce en las garantías a las que tienen derecho los sujetos procesales durante el trámite de la actuación disciplinaria. Al respecto, la circunstancia referida por el señor apoderado pertenece a un trámite propio de la ejecución del acto administrativo, lo cual es posterior a la

finalización de la actuación disciplinaria. Por otra parte, para la Subsección tampoco pueden ser de recibo los planteamientos tendientes a reclamar la afectación del debido proceso porque supuestamente el funcionario que tramitó la decisión de segunda instancia debió declararse impedido. Dicha solicitud se efectuó en los alegatos de conclusión, la cual debe ser denegada por cuanto el servidor público (...) fue el funcionario que proyectó la decisión de segunda instancia, más no quien adoptó el respectivo acto administrativo, pues ello lo hizo el doctor (...) quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como director de la DIAN y como consecuencia de ello fungía como nominador del aquí demandante. En ese sentido, la Sala debe recordar que las causales de impedimento y recusación están circunscritas a los funcionarios que tienen la competencia para decidir, más no para aquellos que tienen la función de instrucción o proyección. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Los actos acusados que le impusieron la destitución e inhabilidad general de quince años al demandante fueron expedidos con falsa motivación?

Tesis 4: Como quiera que el defecto de expedición irregular tiene varios puntos de encuentro con aquellos vicios relacionados con la vulneración al derecho de defensa y debido proceso, en esta causal han de tenerse en cuenta principalmente aquellos otros desconocimientos que, aun cuando hagan parte de la ritualidad con que debe producirse el acto, afecten las garantías a las que tiene derecho el administrado. [...] no toda inobservancia puede llevar a la anulación de la actuación procesal, pues será indispensable que la respectiva irregularidad sea relevante, esto es, que se trate de un yerro de tal magnitud, cuya única solución posible sea la declaratoria de nulidad del acto cuestionado. [...] En relación con la causal de expedición irregular, el demandante presentó varios argumentos de inconformidad que merecen un análisis por separado. - Sobre

el incumplimiento del deber de recibir la queja bajo juramento y la supuesta orientación de los funcionarios de la DIAN para que interpusiera la queja. La Sala constata que este argumento no puede ser de recibo, pues, por un lado, las quejas sí se recibieron bajo juramento. [...] Por el otro, la supuesta «orientación», que en sentir del apoderado fue irregular, únicamente estuvo referida a la forma en cómo los ciudadanos debían interponer la respectiva queja. Así se respondió mediante la comunicación del 28 de febrero de 2008, a la que posiblemente hizo alusión el demandante. Por ende, no es cierto que se haya afectado la imparcialidad debida en el comienzo de la actuación disciplinaria. [...] A lo largo del escrito introductorio, el demandante hizo varias referencias acerca de que las autoridades que profririeron los actos administrativos sancionatorios incumplieron los términos dispuestos para cada una de las etapas de la actuación disciplinaria. Dichos reparos se efectuaron principalmente en cuanto a la duración de la indagación preliminar y la investigación disciplinaria y los tiempos en que se deben adoptar las principales decisiones como lo son el pliego de cargos y las providencias de primera y de segunda instancia. Al respecto, la Sala observa que dichas situaciones no son constitutivas de irregularidades que pueda catalogarse en un vicio suficiente para anular un acto administrativo disciplinario: ni como afectación del debido proceso o una causal de expedición irregular. En efecto, si bien lo deseable es que se acaten los términos, el trámite de las actuaciones puede verse sometida a un sinnúmero de circunstancias que impiden en no pocas ocasiones que se cumplan de manera estricta todos los plazos fijados por el legislador. [...] los reparos del demandante en cuanto a que todas las pruebas estaban viciadas por las decisiones de nulidad no son ciertos, pues hasta aquí se demuestra que las anulaciones de la actuación solo tuvieron incidencia con las etapas del proceso y a lo sumo con las evidencias que habían sido trasladadas

del proceso penal a la actuación disciplinaria. [...] Continuando con el respectivo análisis, en el expediente no obra constancia de la notificación de la decisión de cargos, pero sí el envío de la notificación al demandante, lo cual fue el 20 de septiembre de 2010. Con todo, los descargos presentados al despacho se registraron el 11 de octubre de 2010 y la autoridad disciplinaria, a través del auto de 19 de octubre del mismo año, ordenó el cierre del periodo probatorio y corrió el respectivo traslado para presentar los alegatos de conclusión. Ulteriormente, el abogado del demandante presentó los alegatos de conclusión el 8 de noviembre de 2010 y el profesional que representaba los intereses de la otra funcionaria lo hizo el 11 del mismo mes y año. En tal forma, según este recuento procesal y conforme a los términos indicados en la Ley 734 de 2002, tampoco hubo algún retraso o incumplimiento de términos como repetidamente lo aseveró el demandante. [...] Finalmente, la última notificación de la decisión de primera instancia fue el 4 de marzo de 2011 y el recurso de apelación presentado por el demandante tuvo lugar el 9 de marzo del mismo año. De esa manera, mediante el auto del 11 de marzo de 2011⁸⁷ se concedieron los recursos de apelación y en esa misma fecha el proceso fue enviado al director de la DIAN para que como funcionario se segunda instancia surtiera el trámite correspondiente. Al respecto, con dichas fechas, el plazo límite para adoptar dicha decisión, de conformidad con el término de cuarenta y cinco (45) días fijado en el artículo 171 de la Ley 734 de 2002, vencía el 17 de mayo de 2011. Coherente con ello, la decisión fue proferida el 11 de mayo del mismo año. Por tanto, en esta etapa tampoco hubo algún incumplimiento sobre los términos procesales. Conforme a lo anotado, todas las inconformidades esgrimidas por el demandante, en cuanto a la inobservancia de los términos y demás razones conexas, no tienen asidero alguno, razón por la cual este reparo no está llamado a prosperar”.

Problema jurídico 5: ¿Los actos acusados que le impusieron la destitución e inhabilidad general de quince años al demandante fueron expedidos con falsa motivación?

Tesis 5: “El vicio de falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de esta Subsección indicó. Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado [...] el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta. En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo

disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad. [...] Las faltas de mera conducta corresponderían entonces a aquellas en donde es suficiente, para su imputación, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que implicaría, para el derecho disciplinario, la infracción a un deber o a una prohibición proveniente de la función o del cargo. [...] En las faltas de resultado se exige que, además de la acción que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, exista una producción fenoménica que tenga una relación de causalidad y un vínculo de imputación objetiva con la acción. En estos casos para poder hacer el reproche disciplinario es necesario que el resultado tenga relación con la infracción al deber o a la prohibición proveniente de la función o del cargo, por tanto la falta se daría como consecuencia de la función o cargo. [...] [L]a imputación jurídica que se hizo en el proceso disciplinario adelantado contra el demandante por parte de la UAE DIAN fue correcta, pues se señalaron todos los elementos del tipo objeto de concusión contenidos en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, norma que constituye falta disciplinaria, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. [...] La valoración efectuada por las autoridades disciplinarias dentro del proceso disciplinario seguido contra el demandante fue correcta, por lo cual los actos administrativos disciplinarios no están afectados con el vicio de falsa motivación. [...] Al momento de la valoración probatoria, las autoridades disciplinarias deben ceñirse a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, norma que indica que las pruebas se apreciarán conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no existe una tarifa legal para decir cuál es la forma de acreditar o desvirtuar ciertos hechos o circunstancias, por cuanto el convencimiento debe someterse a la objetividad y a la racionalidad, sin que ello

implique la utilización de excesivos formalismos y fórmulas sacramentales. En ese sentido, la sana crítica está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados. Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público. Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad. En esas condiciones, las autoridades disciplinarias no siempre quedarán atadas a los dictámenes que elaboran los expertos, pues este es apenas uno de los tres criterios que ofrece el sistema adoptado por la ley. Por tanto, los razonamientos probatorios pueden apoyarse en otros medios de convicción que objetiva y certeramente lo lleven a afirmar que algunos hechos sucedieron de determinada forma. Así las cosas, una adecuada valoración probatoria estará sustentada en las amplias posibilidades para formarse el convencimiento sobre algo que ocurrió, cuyo único límite será el de aplicar correctamente los principios de la sana crítica. [...] en el proceso disciplinario existieron elementos probatorios suficientes que demostraron la realización de una conducta disciplinaria con incidencia penal por parte del demandante, la que no solo perjudicó gravemente a particulares sino al mismo Estado por tratarse de un delito contra la administración pública. Desde el punto de vista disciplinario, la situación acaecida significó una de las peores maneras en que se puede afectar el deber funcional de los servidores públicos, en un caso de evidente y flagrante corrupción. Por lo anotado, las razones formuladas por el demandante no tienen vocación de prosperidad. [...]”.

Estructura dogmática de la responsabilidad disciplinaria y ubicación de la ilicitud sustancial. Trastornos mentales y exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

849

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-06021-01(3003-2017)

FECHA: 06/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ludwing García Rueda

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La sentencia de primera instancia debe revocarse porque los actos acusados fueron expedidos con violación de las normas en las que deberían fundarse, dado que las autoridades disciplinarias no valoraron adecuadamente la ilicitud sustancial de la conducta reprochada al demandante?

Tesis 1: “La responsabilidad disciplinaria surge cuando se comprueba la concurrencia de ciertos elementos sistemáticamente organizados entre sí. Esto, se expresa en una estructura que ha sido construida dogmáticamente desde la doctrina a partir de cinco categorías a saber: (i) la capacidad, (ii) la conducta, (iii) la tipicidad, (iv) la ilicitud sustancial y (v) la culpabilidad. A su vez, las cinco categorías que se acaban de enunciar pueden subdividirse a partir de tres juicios diferentes: (i) el juicio de adecuación para determinar la tipicidad; (ii) el juicio de valoración para definir la ilicitud sustancial; y (iii) el juicio de reproche para analizar la culpabilidad. Respecto del primer juicio, es necesario que previamente se determinen: la capacidad del sujeto disciplinable desde su condición como servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas (capacidad formal), y su imputabilidad (capacidad material); además de las circunstancias de hecho relativas a la conduc-

ta, las cuales deben demostrarse con las pruebas practicadas en el procedimiento sancionatorio. De allí, la adecuación típica debe realizarse con la confrontación del comportamiento probado y el texto legal que consagre la falta disciplinaria. Si el primer juicio arroja que un sujeto disciplinable e imputable, con su conducta cometió una falta disciplinaria tipificada en la ley, debe pasarse al segundo, relativo a la valoración sobre la ilicitud sustancial. Esta (...) se configura cuando la conducta tipificada como falta afecte el deber funcional sin justificación alguna. [...] [P]ara que se configure una infracción disciplinaria no es necesario un resultado lesivo o dañino a un bien jurídico o al Estado, sino que se exige el quebrantamiento sustancial injustificado de los deberes funcionales encargados al servidor público, que afecten los valores o principios de la función pública. [...] [L] o anterior, desde la doctrina, se ha sintetizado en la realización de dos análisis: uno deontológico, referido a la constatación del cumplimiento de los deberes precisos (contenidos en reglas) que le impone el ordenamiento jurídico a un servidor público en razón de su cargo, y otro axiológico, relacionado con la verificación de la observancia de los principios de la función pública. Finalmente, el juicio de reproche en sede de culpabilidad, debe realizarse a partir de la verificación del nexo psico-

lógico entre el autor de la falta y la conducta desplegada para su consumación, esto es, si el sujeto disciplinable actuó con dolo o culpa y, además, si le era exigible un comportamiento diverso al que efectivamente materializó en la realidad. De conformidad con todo lo precedente, se hace necesario que la responsabilidad disciplinaria se estudie de acuerdo con la estructura que se acaba de mostrar, en aras de consolidar un análisis sistemático que le dé orden, lógica y coherencia a la materia. [...] dado que la condición emocional del demandante, alegada como justificación de su conducta, tiene que ver con su capacidad material o imputabilidad, o con la exigibilidad de un comportamiento diverso en el examen de culpabilidad, dicha circunstancia, de acuerdo con la estructura dogmática de la responsabilidad disciplinaria, no cabe analizarla en la ilicitud sustancial. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La sentencia apelada debe revocarse porque la conducta del patrullero (...) estuvo desprovista de culpabilidad o, por el contrario, porque en el procedimiento disciplinario quedó demostrado que ese uniformado actuó con dolo en la comisión de las faltas que le fueron imputadas?

Tesis 2: “[...] De acuerdo con lo consagrado en el artículo 13 del Código Disciplinario Único, «en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva» y, por lo tanto, «las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa»³⁴. Desde ese punto de vista, la culpabilidad es un principio rector del régimen disciplinario de los servidores y particulares que ejercen funciones públicas, el cual se deriva del concepto de dignidad humana, por el que se entiende que el sujeto disciplinable pudo actuar libremente y, por ende, el Estado queda legitimado para sancionarlo³⁵. Así, este mandato de optimización impone la necesidad de valorar el aspecto subjetivo de la conducta, para fundamentar la imposición de las sanciones previstas para cada una de las faltas tipificadas en la ley. [...] La causal por inimputa-

bilidad del sujeto disciplinable lo exonera de responsabilidad por no tener capacidad material, cuando se verifica que, por un trastorno mental, no pudo comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión. Como trastorno mental se identifica toda «perturbación del psiquismo humano, patológica o no, que le impide al agente motivarse de conformidad con las exigencias normativas». De esta manera, este concepto abarca todas aquellas afectaciones mentales que perturben la esfera intelectual, volitiva o afectiva de la persona hasta el punto de imposibilitar comprender la infracción al deber o actuar según ese entendimiento. En esos eventos, de verificarse que la condición de inimputabilidad del servidor público es permanente, según lo señalado en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1015 de 2006 (régimen disciplinario para la Policía Nacional), deberán aplicarse los mecanismos administrativos, diferentes al disciplinario, que permitan el reconocimiento de esa situación como una inhabilidad sobreviniente, para efectos del retiro del funcionario. En todo caso, la inimputabilidad por trastorno mental no siempre excluye la responsabilidad disciplinaria desde la categoría dogmática de la capacidad. Esto, por cuanto pueden presentarse situaciones en las que el servidor público tiene la aptitud de ser consciente de su comportamiento contrario a derecho, pero en las cuales, por circunstancias extraordinarias de índole emocional, no resulta posible exigirle un comportamiento diferente al desplegado, lo que remite al elemento normativo de la culpabilidad. Si los trastornos psicológicos no hacen perder la capacidad de autodeterminación del sujeto, no puede considerársele inimputable. En estos eventos, de encontrarse acreditado en el expediente que los problemas emocionales han incidido en la voluntad del servidor público para la comisión del ilícito disciplinario, sin llegar a excusarlo plenamente de su responsabilidad, debe reducirse el reproche hasta el mínimo permitido por la ley, según la clase de falta y la imputación dolosa o culposa que se haya demostrado”.

Alcance de la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Inhabilidad para ser personero. Naturaleza taxativa y restrictiva del régimen de inhabilidades e incompatibilidades del servidor público. Cargo de concejal no pertenece a la administración central ni descentralizada del municipio.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00703-00(3095-2016)

FECHA: 06/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Hernando Luis Torres Herazo

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es posible sancionar a un servidor público por faltas cometidas con ocasión de su cargo, incluso si el ejercicio de sus funciones tiene lugar de forma posterior o incluso la conducta reprochada no tenga que ver con sus funciones?

Tesis 1: “[...] sí es posible disciplinar a aquellos sujetos que adquieran la condición de servidores públicos, muy a pesar de que el ejercicio de las funciones tenga lugar de forma posterior o que incluso la conducta a reprochar nada tenga que ver con las funciones, pero sí con el cargo, tal y como sucede con una falta relacionada con la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades. En efecto, a partir de la diferencia entre las dos nociones, se llegará a la conclusión de que no toda falta disciplinaria necesariamente está relacionada con las respectivas funciones del cargo que se ostenta; basta, en consecuencia, que el reproche esté relacionado con la condición de servidor público. [...] El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 hace parte de algunos segmentos normativos de la referida disposición que a su vez contiene las inhabilidades para ocupar el cargo de personero

municipal. [...] La norma inhabilitante referida tiene dos componentes esenciales: por un lado, el que se haya ocupado durante el año anterior un cargo o empleo público; por el otro, que ese cargo o empleo público pertenezca a la administración central o descentralizada del municipio. [...] La locución «empleo público» contenida en la norma que se ha venido estudiando no ofrece ningún inconveniente, pues se trata de aquella categoría que recoge la mayoría de situaciones legales y reglamentarias en cuanto a la forma de vinculación de una persona con el Estado. [...] no ocurre lo mismo con la noción «cargo», pues esta expresión no corresponde con ninguna de las que el Constituyente utilizó en el artículo 123 superior, aspecto que llevaría a considerar su vaguedad e indeterminación frente a la inhabilidad contenida en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Sin embargo, para los efectos de esta norma, como en muchas otras, el término «cargo» está relacionado a cualquier empleo, investidura, designación, ocupación o rol que pueda tener una persona en el ejercicio de la función pública. [...] En consecuencia, el primer requisito de la inhabilidad contenida en el literal b) del artículo 174

de la Ley 136 de 1994 tiene lugar bien cuando se ocupa un «cargo» o un «empleo» en el año inmediatamente anterior. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Es posible dar alcance a una causal de inhabilidad o incompatibilidad para ejercer un cargo público a partir de la interpretación extensiva de los supuestos contemplados en la norma?

Tesis 2: “[...] los concejos municipales, desde la dimensión positiva del concepto, son corporaciones político-administrativas, cuyos miembros son elegidos por voto popular -cuestión que las excluye el sector central de la administración- y, además, no poseen personería jurídica -aspecto que descarta el que pertenezcan al sector descentralizado de aquel. Por su parte, desde un punto de vista negativo, ni la Constitución ni la ley indicaron a qué sector pertenecían los Concejos municipales, limitándose únicamente a decir que su naturaleza es la de ser un órgano de control político. [...] cuando

el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 se refiere a una inhabilidad para ser personero del municipio por haber ocupado un cargo en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, allí no tiene cabida que el elegido y después posesionado hubiere ocupado el cargo de concejal en el año inmediatamente anterior. [...] Como la Procuraduría entendió que el cargo de concejal o bien era del sector central o descentralizado -es decir, por irremediable lógica a cualquiera de los dos- los actos acusados infringieron las normas en que se soportó la imputación jurídica, pues interpretó de manera extensiva el alcance de la inhabilidad para el cargo de personero municipal. Recuérdese que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del servidor público tiene una naturaleza taxativa y restrictiva (...) el reproche formulado por la entidad demandada no respetó el principio de legalidad al desconocer vía interpretativa las normas sustanciales en las que soportó su decisión. [...]”.

Tipicidad, ilicitud sustancial, culpabilidad en materia disciplinaria. Prueba de la culpabilidad. Aplicación del procedimiento verbal en materia disciplinaria.

853

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00064-00[0234-2012]

FECHA: 13/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Ángela Consuelo López Vargas

DEMANDADO: Superintendencia de Sociedades

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Vulnera el derecho al debido proceso adelantar la investigación disciplinaria a través del procedimiento verbal cuando la falta imputada no es gravísima?

Tesis 1: “[...] Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso;

(iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas» [...] es viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así: i) cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta; ii) cuando exista confesión; iii) cuando la falta sea leve; iv) cuando se trate de alguna de las faltas descritas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 del artículo 48; y v) en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación

estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. En tal sentido, la finalidad del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 es permitir a la autoridad disciplinaria aplicar un procedimiento más ágil y rápido cuando se disponga del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza de la existencia de la falta disciplinaria. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Cuándo la falta disciplinaria por la que se investiga y sanciona es grave, es necesario demostrar el elemento de la intencionalidad?

Tesis 2: “[...] quien acude a la jurisdicción para alegar falsa motivación, debe señalar que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión un hecho o hechos que en realidad no existieron, o en qué consiste su errada interpretación. [...] implica que el operador determine expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, según como haya sido demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica establecida en la Ley que se va a aplicar. [...] Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada a la parte actora, son: 1) el haber incurrido en una prohibición consagrada para todos los servidores públicos; y 2) la cual consiste en, omitir, negar, retardar el despacho de los asuntos a su cargo o la presentación del servicio que está obligado. [...] el deber funcional “es un instrumento para encauzar la conducta de los servidores públicos, el cual se constituye en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial y que siempre está referido al ejercicio de funciones públicas

porque de lo contrario sería atípico disciplinariamente el comportamiento cuestionado...” [...] el derecho disciplinario está previsto para sancionar a aquéllos que desatienden sus funciones o los servicios encomendados, o que atenten contra el interés general, defrauden el erario, violen derechos humanos o incumplan con el propósito esencial de servir a la comunidad, siendo este el motivo por el cual la ley prevé que la falta debe ser de tal entidad, que quebrante el deber funcional, sin justificación atendible. [...] las faltas disciplinarias, por regla general, no son de resultado sino de mera conducta y que, además, si bien no causó, en principio, perjuicio alguno el deber funcional se vio alterado con el incumplimiento de una norma y con ello, la vulneración de principios constitucionales. [...] Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa». El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos; el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la voluntad. [...] Frente a la culpa, el artículo 44 ibidem dispone: «Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones». [...] no era necesario que se encontrara demostrado el elemento de la intencionalidad, dado que este es propio del dolo y, se insiste, el operador disciplinario en este asunto calificó la culpabilidad de la actora a título de culpa grave”.

Proceso disciplinario contra funcionario de la superintendencia de sociedades. Garantías constitucionales y legales del debido proceso. Aplicación del procedimiento verbal en materia disciplinaria. Competencia para adelantar investigaciones disciplinarias.

855

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00064-00(0234-12)

FECHA: 13/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Ángela Consuelo López Vargas

DEMANDADO: Superintendencia de Sociedades

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada incurrió en (I) violación del derecho al debido proceso, por haber tramitado la investigación a través del procedimiento que no era procedente y porque el superintendente de sociedades, pese a ser el competente, no tramitó la segunda instancia; (II) falsa motivación, porque la falta que le fue endilgada no se configuró, no se afectó deber funcional alguno, y no debió imputársele a su conducta una culpa grave; y (III) transgresión del principio de igualdad, en tanto que en un caso similar al ahora planteado, los investigados fueron absueltos?

Tesis: “[D]entro de las garantías del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presen-

tar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho». [D]ebe resaltarse que el artículo 209 ibidem dispone como principios de la función administrativa, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. [...] [L]os medios probatorios deben apreciarse conjuntamente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, razón por la cual, en toda decisión motivada, el juzgador disciplinario tiene la obligación de señalar las pruebas en que se fundamenta, sin que sea dable emitir un fallo sancionatorio en el que no obre prueba en el proceso que conduzca a la certeza en cuanto a la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado. [E]l artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece como causales de nulidad de todo acto administrativo, las siguientes: «procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del

funcionario o corporación que los profirió». [...] [L]a Sala considera indispensable precisar que el control de legalidad de los actos de carácter sancionatorio y de los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. [...] Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. [...] Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo

cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas» [...] [E]s viable adelantar la investigación disciplinaria por el procedimiento verbal, así: i) cuando el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta; ii) cuando exista confesión; iii) cuando la falta sea leve; iv) cuando se trate de alguna de las faltas descritas en los numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 del artículo 48; y v) en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia. En tal sentido, la finalidad del inciso 3 del artículo 175 de la Ley 734 de 2002 es permitir a la autoridad disciplinaria aplicar un procedimiento más ágil y rápido cuando se disponga del material probatorio suficiente para otorgar un grado amplio de certeza de la existencia de la falta disciplinaria. [...] [L]a competencia en materia disciplinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 ibidem, se determina por la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad. Frente a la competencia por la calidad del sujeto disciplinable, el artículo 75 ibidem prevé que «corresponde a las enti-

dades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores y miembros». En desarrollo de los factores subjetivo, funcional y territorial de competencia establecidos en el Código Único Disciplinario y lo señalado en el acápite anterior, es dable concluir que la autoridad competente para llevar a cabo la investigación disciplinaria en su contra era, en primera instancia, la oficina de control interno de la Superintendencia de Sociedades y, en segunda instancia, su nominador, esto es, el superintendente de sociedades. [...] [Q]uien acude a la jurisdicción para alegar falsa motivación, debe señalar que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión un hecho o hechos que en realidad no existieron, o en qué consiste su errada interpretación. [...] [I]mplica que el operador determine expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, según como haya sido demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica establecida en la Ley que se va a aplicar. [...] Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada a la parte actora, son: 1) el haber incurrido en una prohibición consagrada para todos los servidores públicos; y 2) la cual consiste en, omitir, negar, retardar el despacho de los asuntos a su cargo o la presentación del servicio que está obligado. [...] [E]l deber funcional «es un instrumento para encauzar la conducta de los servidores públicos, el cual se constituye en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial y que siempre está referido al ejercicio de funciones públicas porque de lo contrario sería atípico disciplinariamente el comportamiento cuestionado. Dichas funciones deben desarrollarse con apego a las orientaciones de los principios constitucio-

nales y legales, en la medida en que es por esa razón que una persona que se posesiona en un cargo público debe jurar el cumplir el desempeño de sus deberes según la Constitución, la Ley y el Reglamento». [E]l derecho disciplinario está previsto para sancionar a aquéllos que desatienden sus funciones o los servicios encomendados, o que atenten contra el interés general, defrauden el erario, violen derechos humanos o incumplan con el propósito esencial de servir a la comunidad, siendo este el motivo por el cual la ley prevé que la falta debe ser de tal entidad, que quebrante el deber funcional, sin justificación atendible. [...] [L]as faltas disciplinarias, por regla general, no son de resultado sino de mera conducta y que, además, si bien no causó, en principio, perjuicio alguno el deber funcional se vio alterado con el incumplimiento de una norma y con ello, la vulneración de principios constitucionales. [...] Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa». El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos; el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la voluntad. [...] Frente a la culpa, el artículo 44 *ibidem* dispone: «Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones». [...] [N]o era necesario que se encontrara demostrado el elemento de la intencionalidad, dado que este es propio del dolo y, se insiste, el operador disciplinario en este asunto calificó la culpabilidad de la actora a título de culpa grave. [...]»

Valoración probatoria en materia disciplinaria. Reglas de la sana crítica. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en materia disciplinaria.

RADICADO: 68001-23-33-000-2014-00774-01[2061-2018]

FECHA: 02/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aldemar Bernate Prada

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Los actos demandados violaron el debido proceso del actor por error en la adecuación típica?

Tesis: “[...] el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los Servidores Públicos. Por lo tanto, las normas disciplinarias tienen un complemento compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así las cosas, el que adelanta la investigación disciplinaria dispone de un campo amplio para establecer si la conducta investigada se subsume o no en los supuestos de hecho de los tipos legales correspondientes, y si fue cometida con dolo o con culpa, es decir, en forma consciente y voluntaria o con violación de un deber de cuidado, lo

mismo que su mayor o menor grado de gravedad, sin que ello sea una patente para legitimar posiciones arbitrarias o caprichosas. [...] en el derecho disciplinario, la antijuridicidad no se basa en el daño a un bien jurídico tutelado y/o protegido, sino en el incumplimiento de los deberes funcionales del servidor público. [...] La relación de sujeción de los destinatarios de la acción disciplinaria con el Estado requiere la existencia de controles que operan a manera de reglas, cuya infracción, sin justificación alguna, consolida la antijuridicidad de la conducta [...] en materia disciplinaria (...) no se señalan específicamente qué comportamientos exigen para su adecuación típica ser cometidos con culpa, de suerte que, por regla general, a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, lo que aparea que sea el juzgador disciplinario el que debe establecer cuáles tipos admiten la modalidad culposa, partiendo de su estructura. [...] Para la Sala, la conducta desplegada por el demandante se adecuó al tipo disciplinario previsto en el numeral 9 del artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 [...] La conducta delictiva que se consideró realizada por el actor se encuentra prevista en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 (...) dentro del proceso se encuentra acreditado,

con el material probatorio obrante dentro de la actuación disciplinaria, que el señor (...) como miembro de la Policía Nacional, se reunió con personas de una banda criminal “los botalones” junto con otros miembros de la policía, facilitándoles su desplazamiento por el lugar, y suministrándoles información acerca de cuándo la fuerza pública iba a hacer presencia en el lugar; es decir, que el demandante, valiéndose de su condición de agente de la Policía Nacional, facilitaba que esta banda criminal cometiera sus ilícitos con la complicidad que tenían entre sí para la comisión de los mismos, según lo estableció en su momento la Fiscalía General de la Nación y la Sijín - Policía Judicial. [...] El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos: el conocimiento de los hechos y de la ilicitud, y la voluntad. [...] el demandante tuvo conocimiento que su conducta de “facilitar a la banda criminal la realización de hechos delictivos”, constituía una infracción disciplinaria y aun así dirigió su actuar hacia la realización de esta. El operador disciplinario valoró el aspecto subjetivo de la conducta, tanto cognitivo como volitivo, y determinó que la conducta del demandante fue desarrollada a título de dolo, dada su condición y experiencia en el ejercicio del cargo”.

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos demandados vulneraron el debido proceso por una indebida valoración de la prueba testimonial?

Tesis 2: “[...] la valoración del testimonio es la operación mental que realiza el juez o la autoridad con competencia para decidir en un procedimiento sancionatorio, que tiene como objetivo conocer el valor de convicción de este. La fuerza probatoria material, que se determina mediante ese ejercicio, depende de que el juez encuentre o no, en cada uno de los testimonios, y en su conjunto con los demás

elementos de prueba, argumentos que le sirvan para formarse su convencimiento sobre los hechos que interesen al proceso. Se resalta que, en el análisis de la prueba testimonial, es donde deben utilizarse con mayor rigor las reglas de la sana crítica. La doctrina, ha señalado que, para la valoración de la prueba testimonial, se deben tener en cuenta: La coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas, los cuales deben ser analizados de manera conjunta. [...] el hecho de que dicho testigo sea uno de los agentes de la policía involucrado en la investigación penal y judicializado por ello, no es óbice para restarle credibilidad al contenido de su relato, pues tampoco se observan en el acervo probatorio elementos de juicio que permitan concluir nada distinto a lo que dispuso el operador disciplinario. [...] en materia disciplinaria el juez debe realizar la valoración del acervo probatorio de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en tal sentido, solo debe declarar la nulidad de las decisiones disciplinarias cuando encuentre que se vulneró el derecho al debido proceso, o bien porque se omitió realizar una valoración probatoria razonable, objetiva y adecuada, o porque la realizada en los mismos es manifiestamente contraria a la realidad y en el presente caso no se presentó ninguna de tales hipótesis fácticas (...) el testimonio del señor (...) se recaudó con sujeción a las formas propias de recepción de la prueba, (...) el demandante tuvo la oportunidad de tachar la declaración y no lo efectuó, además el relato del testigo muestra coherencia, contextualización y corroboración periférica que permite establecer que el actor recibió dinero de una banda antisocial por colaborarles con el suministro de la información para el funcionamiento de su actividad delictual, incurriendo de esta manera en infracción de los deberes que como servidor público le competen. [...]”.

Independencia de la potestad disciplinaria respecto de la acción penal. Requisitos para citar a la audiencia del procedimiento verbal. Debido proceso disciplinario y violación al debido proceso.

RADICADO: 27001-23-33-000-2013-00338-01(4885-2014)

FECHA: 07/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Aldemar Quinto Torres

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Para citar a un sujeto disciplinable a la audiencia del procedimiento verbal, por la comisión de delitos a título de dolo con ocasión de su función, basta con demostrar la mera existencia de un proceso penal en su contra?

Tesis: “[...] no toda violación a la dimensión formal del debido proceso debe traducirse inexorablemente en la anulación de la actuación procesal afectada, pues para tales efectos, será necesario que aquella transgresión se proyecte en la esfera material de protección de aquel derecho. En armonía con ello, se ha sostenido, en cuanto a las irregularidades procesales, que para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario tienen que ser determinantes, de manera que cuando se resguardan las garantías sustanciales con las que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio. [...] además de los eventos de flagrancia, confesión, falta leve y las faltas gravísimas taxativamente definidas en la norma, el inciso cuarto de esa disposición señaló que, «en todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable», si al decidir sobre la procedencia de la apertura de investigación, la au-

toridad disciplinaria encuentra que se cumplen los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos, esta deberá citar a audiencia. [...] conviene precisar que, conforme al artículo 162 de la Ley 734 de 2002, habrá lugar a formular pliego de cargos cuando esté objetivamente demostrada la falta y exista prueba que comprometa la responsabilidad del investigado, mediante decisión que debe contener los aspectos relacionados en el artículo 163 ibidem [...] cuando se imputa la falta gravísima que aquí se analiza, es necesario que la autoridad administrativa realice su propia investigación y juicio sobre los hechos objeto de reproche, ámbito en el cual también se deben respetar las garantías propias del debido proceso de manera independiente. [...] En la citación a la audiencia del procedimiento verbal que adelantó la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Chocó, esa dependencia indicó que la aplicación de ese trámite se fundamentaba en la previsión del inciso cuarto del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, esto es, porque estaban dadas las condiciones para formular el pliego de cargos, ya que se encontraba objetivamente demostrada la falta y existían pruebas que comprometían la responsabilidad de los disciplinados. [...] las pruebas que fundamentaron la decisión de adelantar el

procedimiento verbal, estuvieron limitadas a evidenciar la existencia de un proceso penal (...) del cual se derivó una boleta de detención, por su presunta coautoría en la comisión de unos delitos. A partir de esto, esta Sala de Subsección llama la atención sobre el hecho de que la autoridad disciplinaria, en el auto de citación a la audiencia, no señaló ningún sustento probatorio referido de manera concreta a la forma en la que el demandante, con su conducta, incurrió en responsabilidad por la comisión de los tipos penales contenidos en los artículos 340, 376 (con sus circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 384) y 405 de la Ley 599 de 2000. En este sentido, la Sala considera que el análisis realizado por la Oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de Policía Chocó fue insuficiente para que se pudiera afirmar que estaba objetivamente demostrada la falta disciplinaria, y que además existía prueba sobre la responsabilidad del disciplinado frente a su comisión. [...] Para la Sala, dicha situación se configuró como una irregularidad en el trámite disciplinario, con trascendencia en el derecho fundamental al debido proceso del demandante (...) se estima que el cargo endilgado (...) era tan amplio que no le dio la posibilidad de es-

tructurarse una defensa en su favor. Esto llevó a que, finalmente, en el acto sancionatorio del 8 de febrero de 2013, el disciplinado se viera sorprendido por los argumentos expuestos por la autoridad disciplinaria para confirmar su responsabilidad e imponerle la sanción de destitución e inhabilidad general de diez años. [...] para que quedara satisfecho el requisito previsto en el inciso cuarto del artículo 175 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria no podía limitarse a señalar la existencia de un proceso penal y una orden de captura, para justificar la aplicación de ese trámite especial y expedito. [...] Sí se configuró la expedición irregular toda vez que en la emisión del auto de citación a la audiencia del procedimiento verbal, no se cumplieron los requisitos definidos por el artículo 175 de la Ley 734 de 2002 para tales efectos, que en el caso concreto, consistía en la demostración objetiva de la falta y la existencia de pruebas que comprometieran la responsabilidad del disciplinado. Esta situación vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del señor (...) por lo que la irregularidad revistió trascendencia y, por lo tanto, debe llevar a la revocatoria de la sentencia apelada y a la nulidad del acto sancionatorio acusado. [...]”.

El Comité de Recepción de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional no puede adicionar trámites como requisito previo para iniciar el procedimiento disciplinario. Prueba de embriaguez a través del alcohosensor en el proceso disciplinario.

RADICADO: 54001-23-33-000-2015-00510-00(2269- 2019)

FECHA: 11/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: José Neftalí Niño Serrano

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es necesario un trámite previo ante el Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional para dar inicio a una investigación disciplinaria?

Tesis 1: “[...] En atención al artículo 27 de la Ley 1015 de 2006-, el Director General de la Policía Nacional a través de la Resolución N°01748 de 2007 creó “el Comité de Recepción, Atención, Evaluación y Trámite de Quejas e Informes de la Inspección General de la Policía Nacional”, y mediante la Resolución N°04647 de 2008 –vigente para la época de los hechos lo modificó indicando expresamente (...) En el artículo 7 que, “Los funcionarios con atribuciones disciplinarias iniciarán inmediatamente la acción disciplinaria, sin necesidad de trámite previo ante los Comités de Recepción, Atención, Evaluación y Trámite de Quejas e Informes (CRAET), cuando se trate de hechos de público y notorio conocimiento que afecten gravemente la disciplina de la Policía Nacional. No obstante, posteriormente rendirá un informe de los hechos y las actuaciones adelantadas al respectivo Presidente del Comité.” Una interpretación sistemática las normas antes mencionadas (Constitución Política -artículos 217 y 218-, Leyes 734 de 2002 -ar-

tículos 2, 150 y 152- y 1015 de 2006 –artículos 37 y 58-, y Resolución 04647 de 2008 –artículos 4 y 7-), exige concluir que el acto administrativo reglamentario del Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional, no tiene jerárquicamente la fuerza jurídica para adicionar trámites previos al procedimiento disciplinario establecido por el legislador, de manera que un correcto entendimiento esta normativa -bajo el criterio del efecto útil- exige entender que bajo ninguna circunstancia –no solo cuando se trate de los hechos de público y notorio conocimiento a los que hace alusión el artículo 7 de la Resolución 04647 de 2008, los hechos puestos en conocimiento de la autoridad con potestad disciplinaria deben surtir un procedimiento de habilitación previo. La Sala debe señalar sobre este punto que, una interpretación diferente de las referidas normas, que lleve a limitar el ejercicio de la potestad disciplinaria por un órgano sin facultades disciplinarias o jurisdiccionales –como lo pretende el demandante-, pone en riesgo la existencia misma del sistema disciplinario así como el diseño de controles establecido por el constituyente para el correcto ejercicio de la función pública, los cuales se basan en principios caros para nuestro sistema democrático, como los de moralidad y eficacia en

el manejo de lo público (Constitución Política, artículo 209), que el juez contencioso administrativo con sus decisiones está en la obligación de proteger –Ley 1437 de 2011, artículo 103-. (...) En ese orden, cuando el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Policía – MECUC, mediante el auto de 25 de enero de 2015 dio apertura a la indagación preliminar -como actuación inicial del procedimiento disciplinario ordinario-, no estaba obligado a remitir ni a someter la noticia disciplinaria obtenida mediante el informe de Polígama N°0175 SETRA SOAPO de 24 de enero de 2015 -suscrito por el comandante de la Policía Metropolitana de Cúcuta, Seccional de Tránsito y Transporte-, al análisis previo del Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional, por lo tanto, contrario a lo manifestado por el apelante – demandante-, en relación con este asunto no existe irregularidad alguna [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La validez de la prueba de embriaguez mediante alcohosensor, con destino al proceso disciplinario, se ve afectada por el hecho de que haya sido practicada por un agente de tránsito y por la omisión en el protocolo del uso de guantes y tapabocas?

Tesis 2: “[...] determinar la alcoholemia de manera directa midiendo la cantidad de etanol en la sangre o de manera indirecta a través de alcohosensor –que es la manera que nos ocupa en el sub examine-, a través de la cantidad de etanol en aire espirado. Este examen - a través de alcohosensor- puede ser usado en procesos administrativos -contravencionales y disciplinarios-, previa practica por parte de las autoridades de tránsito, pues de conformidad con las normas antes mencionadas el elemento que permite distinguir la competencia para su realización se deriva de la naturaleza del proceso donde se pretenda hacer valer -judicial o administrativo-, y no el carácter delictivo o no de la conducta infractora del sujeto pasivo de la prueba. (...) De las pruebas que obran en el expediente –legalmente decretadas,

practicadas y allegadas al expediente- así como del análisis de las normas que rigen el examen mediante alcohosensor -análisis que obra en acápite anterior de esta providencia-, este es prueba idónea para determinar el estado embriaguez, y en el caso particular del demandante fue practicado por personal: 1) perteneciente a la policial de tránsito, lo que se desprende de las declaraciones rendidas por el personal que elaboró la prueba y las copias de los exámenes, 2) legalmente autorizado para tales efectos, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 769 de 2002 (artículo 150) y 938 de 2004 (artículo 36, numeral 5°), y las Resoluciones N°414 de 2002 y N°1183 de 2005, y 3) debidamente capacitado, tal como se desprende del certificado de capacitación para efectuar prueba de embriaguez que obra en el expediente. Si bien se aduce por el apelante – demandante- una supuesta vulneración del protocolo por parte de los policías de tránsito al momento de realizar la prueba de embriaguez mediante alcohosensor, consistente en la falta de uso de guantes y tapabocas, debe señalar la Sala que no obra prueba en el expediente que acredite tal hecho, y en todo caso de haber ocurrido tal falencia, ésta no contamina ni deslegitima el examen, toda vez que dichos protocolos no están dirigidos dar validez al examen –no es un requisito ad substantiam actus de la prueba de embriaguez por alcohosensor-, sino que se trata de una medida sanitaria para proteger al personal que toma la muestra. Todo lo anterior permite deducir claramente que, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 132 de la Ley 734 de 2002, la prueba de embriaguez mediante alcohosensor no vulneró derecho fundamental alguno del investigado ni las condiciones o requisitos especiales legales para su práctica, por lo tanto no le era aplicable la regla de exclusión constitucional y en consecuencia podía ser valorada libremente de acuerdo a las reglas de la sana crítica por la autoridad disciplinaria, por lo tanto respecto de este asunto no se observa irregularidad alguna [...]”.

La corrección del error en la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia no ocasiona la nulidad de la sanción disciplinaria de segunda instancia por falsa motivación. Las providencias proferidas por autoridades con competencia sancionatoria, penal o fiscal, basadas en los mismos hechos y pruebas de la investigación disciplinaria, no pueden ser desestimadas de plano por el juez contencioso por ser posteriores al acto disciplinario acusado.

RADICADO: 81001-23-39-000-2016-00135-01(5803-2018)

FECHA: 26/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Claudio Mauricio Pístala Tulcán

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se genera la nulidad de la decisión disciplinaria cuando el fallo de primera instancia contiene un error en la fecha de su expedición?

Tesis 1: “El fallador disciplinario de primera instancia incurrió en un error al señalar el año en el cual fue expedido su fallo –la fecha correcta fue el 25 de mayo de 2010-, por cuanto: i) no resulta lógico que el fallo disciplinario de primera instancia, sea anterior a los autos pliego de cargos, de traslado de pruebas y de traslado a alegatos, dado que estas actuaciones de acuerdo con el orden cronológico de etapas procesales dispuestas por la ley disciplinaria –las cuales fueron descritas en acápite anterior de esta providencia-, son instrumentales y permiten mediante un orden consecutivo, al operador disciplinario obtener los elementos fácticos y jurídicos para proferir una decisión definitiva, y ii) el fallador disciplinario de segunda instancia expresamente puso de presente el error existente en la fecha del fallo de primera instancia.

(...) el error en la fecha del fallo disciplinario de primera instancia para efecto de la prosperidad del cargo de nulidad, exige la comprobación de la afectación a las garantías fundamentales de publicidad y contradicción, en otros términos, es necesario que se acredite en el expediente que tal irregularidad impidió al afectado conocer e identificar la providencia en cuestión y como consecuencia la posibilidad de ejercer los medios de impugnación que contra ella eran procedentes. Con las piezas procesales que obran en el expediente se observa que, el disciplinado –ahora demandante-, a pesar de la irregularidad antes anotada, identificó y conoció plenamente el fallo disciplinario de primera instancia al punto que se notificó legalmente del mismo y presentó contra este un recurso de apelación mediante escrito de 22 de junio de 2010, el cual dio lugar al fallo disciplinario que confirmó la sanción –también ahora demandado-. En ese orden operador disciplinario de segunda instancia, contrario a lo manifestado por el deman-

dante -ahora apelante- no incurrió en irregularidad alguna, pues lo único que hizo fue poner de presente la imprecisión cometida por el a quo disciplinario y corregirla en la providencia de segunda instancia, y esto de manera alguna puede considerarse como una falsa motivación, una falsedad o una situación que pudiera afectar la ejecutoria de la sanción disciplinaria”.

Problema jurídico 2: ¿Puede el juez contencioso desestimar de plano las providencias proferidas por autoridades con competencia sancionatoria-penal o fiscal, proferidas por los mismos hechos y pruebas de la investigación disciplinaria, por ser posteriores al acto administrativo acusado?

Tesis 2: “Si bien es cierto, una misma conducta puede dar lugar a diversas investigaciones de índole sancionatorio -fiscal, penal, contravencional, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política-, las cuales pueden valerse de las mismas normas obligacionales y pruebas, no es posible trasladar automáticamente la interpretación normativa ni la valoración probatoria, en atención a que la diferencia de objeto de una y otra disciplina sancionatoria hace que el respectivo operador -penal, disciplinario o fiscal- tenga como fin la prueba de aspectos de la infracción penal, disciplinaria o fiscal que en el caso concreto son diferentes. En ese orden de ideas, el juez contencioso administrativo, antes de proceder a avalar la interpretación normativa y la valoración probatoria realizada por operadores judiciales –por ejemplo, la de los jueces penales y operadores administrativos –por ejemplo, la de las Contralorías-, debe realizar un análisis material de la misma desde un escenario general de los principios del derecho disciplina-

rio y desde un escenario particular referido a la imputación típica del caso disciplinario. (...) De conformidad con lo decantado en el acápite previo de esta providencia, cuando se invoque como argumento de nulidad una interpretación posterior que sobre los mismos hechos y pruebas de la investigación disciplinaria haya realizado otra autoridad en ejercicio de sus competencias de ius puniendi –verbi gracia, autoridad penal o fiscal- debe entenderse que aquella – la interpretación posterior de la otra autoridad - no se invoca como precedente sino como un sustento del cargo de indebida valoración probatoria del operador disciplinario, y en tal caso el juez contencioso debe proceder a analizar el asunto de fondo para establecer, primero si tal decisión es desde el punto de vista de la imputación fáctica y jurídica comparable con la disciplinaria, y luego, si en tal caso tendría la entidad suficiente para deslegitimar la vocación de legalidad y acierto de los argumentos del fallador disciplinario. (...) Se observa que, las imputaciones fácticas y jurídicas - así como la razones en que se fundan las decisiones Disciplinaria y Penal Militar no son totalmente comparables, pues mientras que en la primera se analizan tres (3) imputaciones jurídicas, en la segunda únicamente se examina una de ellas, situación que conlleva a que la decisión Penal Militar en comento por sí sola no pueda tener en el presente caso la entidad suficiente para derrumbar la presunción de legalidad y acierto de los fallos disciplinarios, pues en todo caso en estos subsistirían por lo menos dos (2) imputaciones que no fueron analizadas por la Justicia Penal Militar, las cuales por si solas dan lugar al correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad de 10 años que le fue impuesto al demandante –por tratarse de faltas gravísimas imputadas a título de dolo–”.

Inhabilidad de candidatos a cargos de elección popular - Ley 617 de 2000, artículo 33, numeral 5. Falta disciplinaria y estructura de la responsabilidad disciplinaria. Consideración de las circunstancias en que acontecieron los hechos investigados y de prueba de la ignorancia supina. Sanción disciplinaria falsamente motivada.

RADICADO: 50001-23-33-000-2013-00384-01[3031-2019]

FECHA: 06/08/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Alberto Lozano Díaz

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Las decisiones de primera y de segunda instancia, mediante las cuales se sancionó al disciplinado, infringieron las normas en que debían fundarse por haberse desconocido el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, norma en que se fundamentó en la falta disciplinaria atribuida al demandante?

Tesis 1: “[...] en la Sección Quinta del Consejo de Estado han existido cambios de postura respecto del entendimiento del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. [...] -. Desde el año de 1995, especialmente desde la providencia del 30 de octubre del mismo año hasta la decisión del 5 de agosto de 1999, la Sección Quinta del Consejo de Estado asumió la posición de que tratándose de la inhabilidad consistente en la inscripción de dos candidatos por un mismo partido y a una misma circunscripción electoral, la irregularidad únicamente podría pregonarse respecto de aquella persona que se inscribiera de forma posterior a su consanguíneo, pero no de aquel que lo hiciera en primer orden. La razón de dicha Tesis consistió en que al momento en que se inscribiera el primer aspirante no podía configurarse la inhabilidad

por no existir ninguna clase de restricción. -. El 5 de agosto de 1999, dicha postura se rectificó y, en su lugar, se fijó el criterio de que este tipo de inhabilidad abarcaba a todas las personas que dentro del círculo familiar se inscribieran para el respectivo certamen electoral. Por tanto, se consideró que era indiferente establecer cuál de las dos inscripciones se hizo primero porque la inhabilidad se configuraba, no en el instante de la inscripción, sino el momento en que los aspirantes resultaran elegidos. [...] -. A partir de la providencia del 6 de mayo de 2013, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado hasta la fecha, la Tesis acogida por la corporación es que la inhabilidad a la que se ha hecho referencia únicamente se configura para aquel que se inscribió posteriormente y no respecto de aquella persona que lo hizo en primer orden. [...] Para el caso de la falta disciplinaria contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (...) el reproche disciplinario no podía ser concebido ni en el momento de la inscripción o en aquel en que tuvo lugar la elección, sino en el mismo acto de posesión del respectivo servidor público, pues solo a partir de esa fecha podría endilgarse la falta disciplinaria. En

tal forma, si quien luego de resultar elegido se posesionaba «a pesar de la existencia de esa causal de inhabilidad», que para el momento en que fueron adoptadas las decisiones disciplinarias se entendía como todo aquel [que] hubiese aspirado junto con su familiar sin importar el orden de las inscripciones, claramente se incurrió en la citada falta disciplinaria. [...]"

Problema jurídico 2: ¿Los actos sancionatorios proferidos por la Procuraduría General de la Nación fueron expedidos con falsa motivación, dado que se valoró de manera incorrecta la culpabilidad, al haberse enrostrado la falta disciplinaria a título de culpa gravísima por ignorancia supina?

Tesis 2: "[...] la culpabilidad tiene una dimensión psicológica en donde aparecen los conceptos de dolo y culpa, en tanto que la culpabilidad normativa está referida a la exigibilidad de otra conducta, como forma de efectuar un reproche pleno. [...] la imposición de la sanción requiere que cada uno de los anteriores elementos esté probado, conforme a los criterios fijados por el legislador. En materia disciplinaria, las faltas solamente pueden ser atribuidas a título de dolo o culpa. [...] la primera clase de culpa, esto es la gravísima, puede darse por una de tres modalidades diferentes. Una de ellas es la ignorancia supina. [...] lo primero que advierte la Sala es que el reproche en el presente asunto no debió efectuarse ni en el momento de la inscripción ni cuando se configuró la coexistencia de las inscripciones de los aspirantes ni cuando estos resultaron elegidos. [...] la infracción del deber y su eventual culpabilidad se dieron a partir del acto de la posesión. [...] un segundo aspecto que no fue aceptado por la Procuraduría General de la Nación al momento de adoptar las decisiones cuestionadas y en el que no reparó el Tribunal del Meta fue el relacionado con el perfil del señor (...) quien aspiró a ser diputado

de la Asamblea Departamental del Vaupés. En efecto, esta persona, según quedó registrado en el expediente, era un auxiliar de enfermería, con estudios de bachiller académico y sin ninguna formación jurídica. [...] las autoridades disciplinarias no examinaron si en verdad el demandante actuó con ignorancia supina en un tema en el que (1) efectuó varias consultas; (2) no obtuvo respuesta; (3) era demasiado complejo; y (4) la decisión final de su hermano, esto es, el no posesionarse como concejal, pudo hacerle entender que no se encontraba en la restricción contenida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. [...] no se explicaron las razones de lo «manifesto», ni mucho menos el por qué el asunto resultaba tan «básico», «claro» o ser objeto de algo que «podía saberse». Por el contrario, el asunto no resultó tan sencillo, pues muy a pesar de que al momento de expedirse los actos imperaba una determinada interpretación, se demostró que la norma podía admitir dos interpretaciones diferentes, aspecto que descartaba afirmar una ignorancia supina en un tema de suma complejidad. [...] De esa manera, como las decisiones de primera y segunda instancia proferidas por la entidad demandada omitieron estas circunstancias debidamente demostradas en el proceso disciplinario y adicionalmente el acto sancionatorio de segunda incurrió en varias contradicciones insalvables, es dable concluir que los actos demandados se basaron en hechos y circunstancias que no se encontraban debidamente acreditados. [...] En ese orden de ideas, las decisiones demandadas y que fueron proferidas por la Procuraduría General de la Nación sí están falsamente motivadas, pues en el caso analizado no se demostró la ignorancia supina del demandante y, en ese sentido, será pertinente revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. [...]"

Desconocimiento del derecho a la práctica de pruebas. El costo de oportunidad como perjuicio indemnizable causado por una decisión disciplinaria. Diferencias entre los perjuicios morales, a la salud y la vida de relación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00343-00(1341-2012)

FECHA: 27/08/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Liliana Patricia García Forero

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿En el trámite de la actuación disciplinaria presentaron irregularidades que afectaron el derecho al debido proceso?

Tesis 1: “[...] se ha sostenido en cuanto a las irregularidades procesales que, para que puedan afectar la validez de lo actuado en el procedimiento disciplinario, tienen que ser determinantes, de manera que, cuando se resguardan las garantías sustanciales con que cuentan los disciplinados para ejercer su derecho de defensa, los yerros procesales de menor entidad no pueden aducirse a efectos de anular el acto administrativo sancionatorio. [...] una de las situaciones en las que el administrado puede quedar en una situación de indefensión es cuando de manera injustificada la autoridad disciplinaria no practica aquellas pruebas que son esenciales para resolver el aspecto central de la controversia. En tal forma, «el derecho a la prueba hace parte sustancial del núcleo básico del debido proceso», en donde, incluso, «el no ejercicio de las facultades oficiales en la práctica de pruebas es considerada por la jurisprudencia como un error de hecho por el llamado “exceso ritual manifiesto”» [...] En ese orden de ideas, la autoridad disciplinaria estará siempre obligada a practicar las pruebas que re-

sulten determinantes para establecer o desvirtuar la responsabilidad del investigado. Ello hace parte del principio de imparcialidad en la búsqueda de la prueba, lo que, en todo caso, dependerá de la etapa en que se encuentre el proceso disciplinario. Por tanto, la Sala llama la atención en cuanto a que las autoridades deben respetar el derecho a la prueba con mayor énfasis cuando deben resolver asuntos en materia sancionatoria. [...] De esa manera, cuando en el trámite de un proceso disciplinario la autoridad disciplinaria adopta una decisión sancionatoria es porque lo hizo con un grado de certeza que indica que en dicho asunto se practicaron las pruebas suficientes que la llevaron a tal convencimiento. Ello también hace suponer que el investigado tuvo la oportunidad de solicitar y aportar las respectivas pruebas que estaban a su alcance y de participar en todas las que se recaudaron, con lo cual la actuación estaría acorde a los postulados del debido proceso. Ahora bien, existen situaciones excepcionales que pueden justificar la práctica de pruebas con posterioridad a la adopción del acto sancionatorio principal. La ley disciplinaria lo ha previsto de esa manera, a través de la figura de las pruebas de oficio en el trámite de segunda instancia, regulación que por analogía también

debe ser aplicable a los procesos de única instancia. [...] No hay duda de que las pruebas que pueden practicarse con posterioridad a la expedición del acto sancionatorio principal son excepcionales y por ello hacen parte de la facultad oficiosa de las autoridades que están a cargo de la actuación, dado el estado avanzado que en esa hipótesis se encuentra el proceso. Sin embargo, si ellas son determinantes y existen motivos serios y suficientes para justificar ese decreto de pruebas, la autoridad disciplinaria deberá hacerlo, pues de lo contrario incurrirá en una violación al debido proceso, al no haber propendido por el logro de la justicia material y por incurrir en un exceso ritual manifestado. [...] en la decisión sancionatoria se tuvo como una prueba relevante la supuesta firma de la demandante, la que como visto bueno en la última página del contrato 001 de 2007 avalaba la suscripción del acuerdo de voluntades. En ese sentido, la entidad demandada desvirtuó las explicaciones de la investigada con la evidencia documental que obraba en el expediente. [...] la prueba grafológica que fue solicitada por el apoderado de la disciplinada en el proceso disciplinario sí era relevante, por lo que con la decisión de negarla se violó de manera considerable su derecho al debido proceso. En este aspecto, le asiste razón al representante del Ministerio Público, al concluir que la entidad demandada no investigó tanto lo favorable como lo desfavorable y, que si la persona aseguraba de forma insistente que la firma no era la suya, debía atenderse tal petición, pues de allí surgían mayores elementos para relevar o atribuir responsabilidad disciplinaria de manera justa, cercana a la verdad material y a la efectividad del derecho sustantivo. Por lo expuesto, le asiste razón a la demandante en cuanto a que con los actos demandados se le violó el debido proceso [...].”

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se sancionó a la demandante fueron expedidos con falsa motivación?

Tesis 2: “[...] el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de dos eventos a saber: primero, cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, segundo, cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta. En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la ausencia de la conducta. En esa hipótesis, no habría un desvalor del comportamiento para atribuirle al investigado, por lo cual sería improcedente efectuar una adecuación típica —correspondencia de la conducta con el tipo disciplinario—, el análisis de la ilicitud sustancial y mucho menos un juicio de reproche para acreditar la culpabilidad. Lo anterior dependerá de una adecuada valoración probatoria, tanto de los elementos de prueba obrantes en el proceso disciplinario como aquellos otros recaudados en la actuación judicial, todo ello conforme al instrumento del control judicial integral de que son susceptibles los actos administrativos disciplinarios. [...] en el trámite de la presente actuación judicial, la prueba grafológica, que con tanta insistencia solicitó la demandante en el proceso disciplinario, se practicó por parte de un perito en grafología y documentología forense [...] En virtud de lo anterior, le asiste la razón a la demandante al decir que lo que siempre explicó ante el órgano de control era completamente cierto: no avaló la etapa precontractual ni la suscripción del contrato 001 de 2007, por cuanto la firma que aparecía en la última página del acuerdo de voluntades no era la suya. A esto se suma que en el proceso disciplinario quedaron muchas du-

das, pues tiene razón el apoderado al decir que mientras en la decisión de única instancia se hizo especial énfasis respecto a qué dependencia le correspondió adelantar la gestión contractual —para que a partir de allí se pudiera atribuir la responsabilidad de la revisión de la directora jurídica, conforme a los actos de delegación y manual de funciones—, en la decisión que confirmó la providencia sancionatoria ello dejó de ser importante, por cuanto el hecho probatorio significativo fue la firma que aparecía en la última página del contrato, cuya autoría era supuestamente de la señora (...). Sin embargo, lo anterior fue completamente desvirtuado en virtud de la prueba pericial que fue practicada en este proceso, razón por la cual y en total acuerdo con las explicaciones efectuadas por la representante del Ministerio Público los actos demandados fueron falsamente motivados. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Está demostrado el perjuicio en la forma en como fue expuesto en la demanda debido al costo de oportunidad generado por la imposibilidad de la demandante para ocupar un empleo público, en virtud de la sanción de destitución e inhabilidad general de catorce años que le fue impuesta en el proceso disciplinario adelantado en su contra?

Tesis 3: “[...] Las normas que consagraron la nulidad y restablecimiento del derecho tanto en el Decreto 01 de 1984, como en la Ley 1437 de 2011, demuestran la doble finalidad de este medio de control, que implica el análisis de la legalidad del acto administrativo y garantiza la tutela judicial efectiva de los particulares que han sido afectados por los efectos del acto administrativo que eventualmente sea declarado nulo. Esto último se logra a través de las pretensiones de índole restitutorio y las de tipo indemnizatorio. La Sala, en esta ocasión, considera pertinente destacar que el concepto de «reparación integral» supera y, por mucho, el legendario debate entre la «reparación in

natura» y «reparación por equivalencia». En efecto, las sociedades modernas se caracterizan por estar altamente interconectadas mediante sofisticadas relaciones sociales, culturales y de producción, a lo cual se le agrega el creativo y laberíntico imaginario colectivo, lo cual repercute en un variado número de posibles daños antijurídicos, con matices y particularidades insospechadas en las tradicionales teorías jurídicas que han desarrollado el concepto de daño. Ahora bien, es cierto que el concepto de «reparación integral» se ha utilizado con especial énfasis en los casos de «víctimas» que comprometen la responsabilidad del Estado, pero ello no impide que también sea pertinente la «reparación integral» cuando se juzga el daño antijurídico en asuntos de contenido laboral y específicamente en relación con las decisiones disciplinarias que han sido impuestas de manera ilegal. [...] La pérdida de oportunidad ha sido entendida por la jurisprudencia de esta corporación como el menoscabo respecto de la imposibilidad de la obtención de un incremento patrimonial o de unas ganancias. Ello, desde luego, también puede darse con ocasión de una sanción disciplinaria como lo es la destitución e inhabilidad general. [...] cuando se declara la nulidad de los actos disciplinarios que impusieron una sanción como la destitución e inhabilidad general, casi siempre el restablecimiento del derecho y la reparación de los perjuicios giran en torno a la orden de reintegrar al servidor al cargo que estaba ocupando, con la orden de pagar todo aquello que dejó devengar, como si no hubiese existido solución de continuidad. No obstante, ello es un asunto diferente al costo de oportunidad, pues la referida sanción implica de forma adicional la privación para el sujeto de aspirar a otros cargos públicos. Incluso, nada obsta para que el sujeto mientras ocupaba un determinado cargo aspirara a alcanzar otros de mayor rango o categoría, conforme a una entendible deseo de superación y realiza-

ción como persona, profesional o trabajador [...] Ahora bien, la pérdida de oportunidad impone la existencia de una certeza jurídica sobre su ocurrencia, pues «el perjuicio hipotético o eventual no es reparable y es, claro está, en cabeza de quien reclama el daño alegado que pesa la carga de la prueba de acreditarlo». Lo anterior torna en imprescindible el análisis que debe hacerse para el momento en que se imponga la sanción disciplinaria, por cuanto se debe demostrar si el afectado realmente se hallaba en una situación idónea para pregonar el supuesto provecho o ganancia de la que fue privado. [...] En consonancia con lo anterior, debe acreditarse de manera clara, «cuál era la probabilidad que tenía el perjudicado de alcanzar el beneficio que anhelaba», pues «la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación». Incluso, la corporación en otros pronunciamientos ha explicado la necesidad de probarse la relación causal entre la situación que genera el «hecho dañino» y la «ventaja» que pretendía obtenerse. [...] o primero que conviene precisar es que nunca se sabrá con exactitud, si un individuo, que al momento en que se produjo la sanción disciplinaria no ocupaba algún cargo público, podría volver ocupar uno de ellos y mucho menos si este podía ser de inferior, igual o superior categoría. Por lo menos, lo que sí sería plausible considerar es que esa probabilidad es reducida porque, si a la mayoría de los servidores que se les impone la sanción de destitución e inhabilidad general ocupan un cargo, es razonable concluir que quien no está en el servicio tiene una opción menor para volver a ocupar una posición similar a la que antes se tenía. [...] la Sala considera que la petición del reconocimiento del costo de oportunidad se hizo como si la demandante estuviera en una probabilidad máxima de que iba a ocupar un cargo público exactamente igual al que tenía en donde se originó la supuesta falta disciplinaria

a partir del día en que quedó en firme la sanción disciplinaria por todo el tiempo y sin interrupción hasta que se cumpla la sentencia. [...] conforme a los parámetros que fueron fijados en forma precedente, la Subsección considera que la probabilidad de que (...) volviera a ocupar un cargo o empleo público, desde el plano de la valoración del costo de oportunidad, era mínima, razón por la cual las posibilidades oscilarían entre un 0.01% y un 33.33%. En tal sentido y conforme a un criterio secundario de equidad, la Sala considera que la posibilidad en términos porcentuales debe fijarse en la mitad de los rangos enunciados, esto es, que la señora (...) tenía un 16.66% de posibilidades de volver a ocupar un cargo público con posterioridad al 11 de noviembre de 2011 hasta la fecha en que se cumpla la presente decisión. [...] De acuerdo con lo anterior, se ordenará a la entidad demandada (Procuraduría General de la Nación) que, a título de perjuicios por costo de oportunidad, proceda a pagar la suma un millón cuatrocientos setenta y ocho mil seiscientos sesenta y cinco pesos (\$ 1.478.665), por cada mes transcurrido desde el 11 de noviembre de 2011 hasta la fecha en que cancele la anotación de la sanción de destitución e inhabilidad general de catorce años impuesta en los actos que aquí han sido demandados. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Está demostrado el perjuicio denominado como «gran impacto emocional y afectación psicológica, de la salud, y de su vida de relación», en virtud de la sanción de destitución e inhabilidad general de catorce años que le fue impuesta a la demandante, para que con ello se deba reconocer una suma equivalente a los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes?

Tesis 4: “A diferencia de los perjuicios materiales que comprende el daño emergente o el lucro cesante, en materia de responsabilidad existen los denominados perjuicios inmaterial-

les. Estos, contrario a los primeros, «no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero». Sin embargo, en estos eventos la naturaleza de la indemnización «es compensatoria, en el sentido de que mediante el bien equivalente a dinero, o, de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria». Dentro de los perjuicios inmateriales se encuentran los daños morales, los daños a la salud y aquellos conocidos como perjuicio psicológico o a la vida de relación. Conforme a esa clasificación, por daños morales se entienden aquellos que corresponden con el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, entre otros, que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. El campo clásico del perjuicio moral es aquel de la reparación por el fallecimiento de una persona, pero las posibilidades pueden ser numerosas dependiendo de aquello que cause ese tipo de daños. Por su parte, el perjuicio conocido como daño a la salud es considerado como una categoría autónoma, aunque a veces se confunde con el perjuicio fisiológico o a la vida de relación. [...] la jurisprudencia ha admitido un tercer tipo de perjuicio imaterial, conocido como el daño fisiológico o la vida de la relación, que consiste en la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Según se explica, a causa de la depresión en que se ve sumergida la persona, no se pueden realizar las actividades normales de la vida. En esos casos se destacan algunas disfunciones orgánicas, que privan al sujeto de los placeres de la vida normal, como, por ejemplo, aquellas causadas por perder los ojos, las

piernas, los brazos o la capacidad de procreación, entre otras. [...] en el presente asunto no hay elementos de convicción suficientes para concluir que las decisiones disciplinarias, por más aflictivas que fueran, hubiesen sido la causa adecuada y suficiente para que la demandante no pudiera ejercer el rol y las demás actividades como madre de su primer hijo. En suma, la prueba para acreditar una disfunción de tal naturaleza, causada por una decisión sancionatoria, requiere, como es apenas obvio, una exigibilidad mayor desde el punto de vista probatorio, ya que difícilmente puede asimilarse a una causa extrema, como por ejemplo, perder un órgano, los ojos, las piernas o los brazos. De allí no tiene la misma potencialidad para causar un daño semejante en virtud de una decisión sancionatoria. Ahora bien, un asunto distinto ocurre con los perjuicios netamente morales causados a la señora (...) esto es, aquellos que consistieron en la congoja, desazón, aflicción y profunda tristeza que le fueron ocasionados por cuenta de las decisiones disciplinarias. En este aspecto, las afirmaciones de los testigos tienen credibilidad y son razonables, no solo por su contextualización y coherencia, sino porque ellos concuerdan con algunas pruebas documentales que fueron allegadas al expediente. Por tanto, la Subsección concluye que el impacto emocional causado por las decisiones disciplinarias proferidas en contra de la demandante fue demasiado grave, por lo cual es pertinente reconocer únicamente los perjuicios morales reclamados, para lo cual se tendrá en cuenta el máximo de la indemnización posible, conforme al criterio que fue explicado en el acápite correspondiente de esta decisión. En consecuencia, la Subsección condenará a la entidad demandada a que le pague a la señora (...) la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes, por concepto de perjuicios morales, únicamente”.

Conducta disciplinaria y nexo de causalidad con el hecho producido. El caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad disciplinaria. Prueba del daño causado con la sanción disciplinaria para el reconocimiento y pago de perjuicios. Ascenso en el escalafón de la Policía Nacional.

RADICADO: 19001-23-33-000-2016-00356-01(3059-2017)

FECHA: 12/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Edier Armando Zúñiga Daza

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿En el presente caso concurren los presupuestos para endilgar responsabilidad disciplinaria o, por el contrario, se configuró un eximente que lo excluya de dicha responsabilidad?

Tesis 1: “[...] De la lectura del pliego de cargos, se advierte que la entidad demandada expresó que la conducta atribuible al demandante, consistió en que por su actuar imprudente, negligente y omisivo al no cumplir las normas de tránsito, conducir la motocicleta en contravía y realizar giros prohibidos, produjo un accidente de tránsito, lo cual generó la muerte de una persona, vulnerando con ello el deber funcional que le correspondía como miembro de la Policía Nacional. [...] el operador disciplinario consideró que la conducta realizada por el señor (...) lo fue a título de culpa, por cuanto no tuvo la intención de causar el accidente y homicidio; por el contrario, actuó de manera imprudente y negligente al provocar un accidente por no respetar las normas de tránsito, al conducir en contravía y realizar giros prohibidos, que trajo como consecuencia el homicidio del señor (...) con lo cual desatendió su deber funcional al no asumir en el ejercicio de sus funciones, las

conductas necesarias para no colisionar con otro vehículo o persona [...] en cuanto al elemento subjetivo de la falta -la culpabilidad-, la entidad demandada determinó que fue desarrollada a título de culpa gravísima, conforme lo señala el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, porque incurrió en la vulneración de normas de tránsito que eran de obligatorio cumplimiento lo que ocasionó el accidente de tránsito que produjo la muerte de una tercera persona. [...] en concordancia con los artículos 13 y 28 del Código Disciplinario Único, puede observarse que el juicio de responsabilidad de los sujetos disciplinables a quienes se les aplica ese régimen, no se agota en la verificación del nexo psicológico entre el autor del ilícito disciplinario y su conducta, sino que, además, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, de tipo normativo, que tienen que ver con la posibilidad de excluir el reproche disciplinario si se comprueba que al disciplinado no le era exigible comportarse de manera diferente a como lo hizo. Asimismo, en la medida en que «las faltas solo serán sancionables a título de dolo o culpa», debe suponerse que antes de constatar si hubo culpabilidad del sujeto, la tipicidad y la ilicitud sustancial del comportamiento han de estar demostradas. [...] Del análisis

conjunto del material probatorio, se determina la existencia de circunstancias imprevisibles ajenas a la voluntad del demandante. [...] se presentaron las siguientes circunstancias: (a) el actuar del delincuente al hurtarse la motocicleta; (b) el aviso de la central de radio para su persecución; (c) la huida del presunto delincuente con la motocicleta hurtada por una vía en contravía. Además, del informe de novedad reportado al Comando de la Policía Metropolitana se evidenció que en el lugar de ocurrencia de los hechos se presentaba: (d) la falta de señalización de la vía y su escasa iluminación y (e) el giro brusco que en atención a dicha situación tuvo que realizar el demandante [...] También se encuentra probado que dentro de la persecución policial se presentaron causas extrañas ajenas a la voluntad del demandante. Observa la Sala que la conducta que produjo la sanción disciplinaria fue producto de factores no atribuibles al demandante (...) constituyéndose en un hecho externo a la voluntad del demandado y a su órbita de dominio. En este punto, es necesario indicar que se demostraron los siguientes factores que confluieron en la muerte del señor [...] el factor determinante del resultado dañoso fue (i) la omisión del cumplimiento de las normas de tránsito por parte del occiso (...) no portar el casco de seguridad y sin la respectivas luces encendidas en su motocicleta, (ii) la mala calidad de la vía y (iii) la falta de señalización, eventos imprevisibles para el demandante que constituyen un verdadero obstáculo insuperable. [...] se rompió la necesaria relación causal que debió existir entre la voluntad del agente y el evento producido, por lo que no puede imputarse al demandante el hecho como consecuencia de su libre voluntad. [...] no es suficiente que el disciplinado haya ejecutado un hecho tipificado en la ley para que pueda ser responsable disciplinariamente, lo verdaderamente importante es que se le pruebe el elemento subjetivo mediante una valoración de la conducta desarrollada (conocimiento) y (voluntad), es decir, que se demuestre su culpabilidad. En el presente

caso hay ausencia de culpabilidad por caso fortuito debido a la ocurrencia de un acontecimiento de origen externo imposible de evitar. [...] De lo expuesto se concluye que se encuentra demostrada la causal de exoneración de responsabilidad de caso fortuito, razón por la cual deberá excluirse de responsabilidad disciplinaria al demandante por la falta que le fue imputada [...] Así las cosas, se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento, se condenará a la entidad demandada a: (i) reconocer que para todos los efectos legales nunca le fue impuesta la sanción disciplinaria y que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio; (b) reconocer y pagar los salarios, primas y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo [de] 1 mes en la que duró la sanción disciplinaria, de acuerdo con el grado que ostentaba y (iii) a indexar las sumas reconocidas conforme al índice de precios al consumidor [...].”

Problema jurídico 2: ¿Procede el pago de perjuicios y el ascenso en el escalafón de la Policía Nacional como consecuencia de la anulación de la sanción disciplinaria?

Tesis 2: “[...] no habrá lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados, en la medida que su causación no fue probada en el proceso, ni hay lugar a ordenar el ascenso al grado que le correspondería para la fecha de la presente sentencia, toda vez que de conformidad con lo considerado por esta Sección, el ascenso de los miembros de la Policía Nacional se encuentra debidamente regulado en la Ley, es decir existen unos requisitos taxativos que deben cumplir cada uno de los miembros de dicha institución para pretender ascender en el escalafón. Igualmente, dicho ascenso corresponde a una potestad reglamentaria que se le confiere al Gobierno Nacional -Ministerio de Defensa Nacional, la cual se debe ejercer atendiendo su naturaleza, la finalidad o el objeto de dicha institución y con las limitaciones que se imponen en el ejercicio de dicha potestad”.

Régimen de impedimentos e imparcialidad del operador disciplinario. La denuncia presentada ante la Fiscalía General de la Nación no implica prejuzgamiento. No toda opinión, concepto o noticia tiene el peso suficiente para condicionar al juez.

RADICADO: 23001-23-33-000-2014-00091-01[4961-2016]

FECHA: 18/02/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Yamina Judith Caballos Peralta

DEMANDADO: Superintendencia de Industria y Comercio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se encuentra impedido el operador disciplinario, que en ejercicio de sus funciones denunció penalmente las conductas en cuestión, para investigar disciplinariamente a un funcionario y adoptar las decisiones correspondientes?

Tesis: “[...] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 24 de la Ley 734 de 2002, son deberes de todo servidor público, «denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley». [...] el denunciante es la persona que informa a la autoridad sobre la presunta comisión de una conducta punible y la intervención de este en el proceso, se reduce a «la instauración de la noticia criminis, al suministro de las entrevistas y el testimonio que de él se demande en el curso de la investigación y/o juicio, si es que a ello hay lugar». Así las cosas, el servidor público que tiene conocimiento de un hecho que es pasible de un delito penal está en el deber de informarlo a las autoridades pertinentes, para que estas decidan con base en la denuncia o de oficio, entre otros, si es pertinente adelantar una investigación penal, sin que la actuación

del denunciante suponga la configuración de un juicio previo. [...] la competencia para emitir el fallo de segunda instancia dentro de la investigación disciplinaria adelantada en contra de la parte actora, era del superintendente de Notariado y Registro, por ser este su nominador. [...] el hecho de que este mismo, es decir, el superintendente de Notariado y Registro, haya sido quien interpuso la denuncia penal en contra de los funcionarios vinculados a la Oficina Seccional de Registro de Instrumentos Públicos de Lórica, Córdoba, con la cual se inició la investigación penal, no vulnera el principio de imparcialidad de este para haber emitido el fallo de segunda instancia dentro de la investigación disciplinaria, por lo siguiente: i) La denuncia penal interpuesta se realizó con base en el deber legal que tiene todo servidor público de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes la ocurrencia de presuntas irregularidades que puedan dar lugar a una investigación penal. Siendo esta actuación meramente informativa, con la cual el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación puede decidir ejercer la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta

punible. Al respecto, es oportuno resaltar que dicha actuación por parte del superintendente de Notariado y Registro obedeció a un informe que le fue remitido por funcionarios de la Superintendencia de Notariado y Registro, el cual daba cuenta de las presuntas irregularidades que se estaban presentando en la Oficina de Instrumentos Públicos de Lorica (Córdoba). La denuncia fue presentada ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de poner en su conocimiento unos hechos que podían ser constitutivos de delito, sin que ello implicara un prejuzgamiento o una opinión o decisión frente al asunto. ii) El superintendente de Notariado y Registro no se encontraba dentro de ninguna de las causales de impedimento establecidas en el (...) Código Único Disciplinario (...) en la medida en que este no ha sido apoderado o defensor ni contraparte de la señora (...) y tampoco ha dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de investigación [...] no toda opinión, concepto o noticia tiene el peso suficiente para condicionar al juez o, al menos, sembrar una duda respecto de su capacidad de decidir con base en los supuestos fácticos, las pruebas y el ordenamiento jurídico. Por ello siempre es preciso efectuar un examen detenido del contenido del concepto o consejo y prevenir que

de estos pueda derivarse una carga que afecte la posibilidad de un juicio imparcial. [...] de la mencionada denuncia no se infiere que el superintendente de Notariado y Registro haya dado un consejo o manifestado una opinión frente a la investigación disciplinaria que se estaba adelantando (...) ya que no se determinó con precisión las personas presuntamente responsables por la comisión de la conducta, así como tampoco se conceptuó acerca de la responsabilidad de la demandante en las irregularidades advertidas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Lorica, sino que lo que realmente se denunció fueron hechos acaecidos dentro de dicha dependencia. [...] si en gracia de discusión se llegara a determinar lo contrario, la señora (...) dentro de la investigación disciplinaria adelantada en su contra tuvo la posibilidad de recusar al superintendente referido, si consideraba que como investigador disciplinario no contaba con la independencia e imparcialidad suficiente para investigarlo, aduciendo la respectiva causal de impedimento establecidas en el artículo 84 del Código Único Disciplinario, los supuestos fácticos pertinentes y las pruebas que respaldaran su afirmación; no obstante, la disciplinada no invocó causal alguna ni, se insiste, demostró lo referido con una prueba”.

Procede la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo para el bombero aeronáutico por su participación en el cese de actividades, ya que no constituye una prerrogativa del empleado público. La declaración del cese ilegal de actividades no es un requisito previo a la acción disciplinaria. Transcripción de pruebas en el fallo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01741-00(4547-2013)

FECHA: 04/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Mauricio Cruz Gordillo

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es posible iniciar la acción disciplinaria por cese de actividades contra un bombero aeronáutico sin que previamente el Ministerio de Trabajo profiera el acto que declara su ilegalidad?

Tesis 1: “Como quiera que el supuesto legal y fáctico con fundamento en el cual el actor apoya los cargos de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, desconocen de tajo el contenido del acto de declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, contenido en la Resolución N° 01576 del 7 de octubre de 2002 expedida por el Ministro de Salud encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Este acto administrativo goza de presunción de legalidad la cual no ha sido desvirtuada, aunado a que en su parte considerativa y en el artículo segundo de la parte resolutive, previó que en vista de que los empleados públicos no gozan del derecho a declarar y hacer huelgas, en caso de que participen en un paro o en cese colectivo de actividades, la entidad estatal competente deberá iniciar los respectivos procesos disciplinarios. Si bien es cierto, según el acontecer fáctico de la actuación disciplinaria que dio origen a la sanción

impuesta al actor, se inició el día 17 de septiembre de 2002 cuando se expidió el Auto N° 265 que ordenó abrir indagación preliminar dentro del expediente DIS-01-161-02 en contra de responsables en averiguación, es decir, con anterioridad a la expedición de la Resolución 01570 del 7 de octubre de 2002 que declaró la ilegalidad del cese parcial de actividades, no por ello, deviene en vicio de ilegalidad alguno en la actuación disciplinaria cuestionada por el actor. En todo caso, no sobra advertir, que para la fecha de expedición del fallo de primera instancia mediante Resolución Número 00488 del 9 de febrero de 2005, ya se tenía la certeza de la ilegalidad del cese de actividades. Lo anterior, por cuanto tenía la facultad legal el Grupo de Investigaciones Disciplinarias de la U.A.E. de la Aeronáutica Civil, de ejercer la titularidad de la acción disciplinaria en los términos del artículo segundo de la Ley 734 de 2002, sin que estuviera condicionada dicha actuación, a que previamente se hubiera expedido el acto que declaró la ilegalidad de los ceses parciales de actividades en dicha entidad, por parte del Ministerio de Trabajo”.

Problema jurídico 2: ¿Se vulneró el derecho del debido proceso y de defensa del bombero aereo-

náutico por no contener el fallo la transcripción de las pruebas que fundamentaron la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio del cargo?

Tesis 2: “La Sala se permite despegarle al actor un cuestionamiento efectuado en la demanda según el cual, “los actos acusados carecen de motivación pues no era suficiente hacer menciones genéricas a pruebas que reposan en distintos cuadernos”, lo que en su criterio dio lugar a la violación al debido proceso del sancionado, como quiera que lo que se observa es que dicha enunciación del material probatorio valorado en el caso particular del bombero Cruz Gordillo, se trató de una técnica de redacción del fallo que para nada deviene en la ilegalidad del mismo. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto la Resolución 00488 del 9 de febrero de 2005, consignó “Sustentan los cargos las siguientes pruebas” apenas citándolas, igualmente lo es que efectuada una lectura integral del extenso fallo sancionatorio, se observa que la transcripción de las pruebas –a las cuales remite este aparte-, se encuentran debidamente enlistadas en el capítulo SUSTENTO PROBATORIO folios 157 al 192 del citado acto, motivo por el cual no era necesario efectuar una nueva transcripción de las pruebas que comprometían en forma particular al inculpado, teniendo en cuenta que fueron veintinueve (29) bomberos investigados bajo esta cuerda procesal, lo cual haría inagotable la lectura del fallo. De tal suerte que, dada esta técnica, no se avizora violación al debido proceso ni derecho de defensa del actor, pues lo que importa es que se le hubieran puesto de presentes con el fin de que ejerciera su derecho de contradicción”.

Problema jurídico 3: ¿La autorización previa otorgada por la administración para asistir a la asamblea informativa, convocada por los diferentes sindicatos, legitima la no prestación del servicio por parte del bombero aeronáutico?

Tesis 3: “[El]oficio se autorizó la participación en las asambleas informativas convocadas por tres de los sindicatos de la AEROCIVIL, pero

lo cierto es que dicho oficio tenía una limitante que era la siguiente: “Esta Dirección autoriza el permiso solicitado previendo las necesidades del servicio”, expresión que se constituye de suma importancia dada la misional labor del cargo desempeñado por el disciplinado, como lo es el de bombero aeronáutico de la entidad.(...) Resulta evidente que el cargo desempeñado por el actor, en su calidad de Bombero Aeronáutico que prestaba sus servicios en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Santa Marta para el día de los hechos, corresponde a un servicio público esencial, tanto así que para garantizar la presencia permanente y continua de estos funcionarios de la U.A.E. de Aeronáutica Civil en todos los aeropuertos del país, la entidad por conducto de sus Direcciones Regionales y a nivel central en el aeropuerto Internacional El Dorado, ha previsto que su prestación se haga a través de turnos de trabajo. De tal suerte que el demandante, al ser conocedor de los deberes que tenía como Bombero Aeronáutico, bien sabía que le estaba prohibido ausentarse de su lugar de trabajo así fuera por breve espacio de tiempo como lo alega en su defensa, ya que su obligación era la de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo establecido por la Entidad, en este caso cumpliendo el turno de trabajo que tenía asignado el funcionario (...) más que simples asambleas informativas lo que se tenía programado era un verdadero cese de actividades por parte de las agremiaciones sindicales convocantes, tal y como aconteció, prueba de ello es que fue declarado ilegal por la autoridad ejecutiva respectiva. Siendo ello así, lo que observa también la Sala, es que la sanción disciplinaria no se profirió en contra del actor y los demás disciplinados por la asistencia a las asambleas informativas, sino por el hecho de que, al hacer uso de un derecho sindical, se desconocieron los términos en los que fue otorgado el permiso otorgado por las directivas de la entidad demandada, lo cual puso en riesgo la seguridad del transporte aéreo”.

Destitución e inhabilidad general para desempeñar cargos públicos a la directora del Departamento Administrativo de Seguridad por seguimiento a ciudadanos de relevancia nacional sin orden judicial. Principio de congruencia entre el pliego de cargos y la sanción.

879

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00339-00(1290-2011)

FECHA: 06/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: María del Pilar Hurtado Afanador

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se respetó el principio de congruencia entre la falta disciplinaria atribuida en el pliego de cargos a la actora y la sancionada?

Tesis: “A la accionante se le imputó ordenar seguimientos ilegales a personajes de la vida nacional y, acto seguido, solo se le indicó la conducta referida a obtener información personal de los magistrados en la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), se entendía que era el único cargo frente al cual podía materializar su defensa. Agrega que la imputación inicial estuvo referida a «órdenes» de realizar seguimientos ilegales, mientras que la sanción añadió que los «dirigió» y «se enteró» de ellos. La congruencia instituida en la normativa disciplinaria debe darse entre la acusación o pliego de cargos y la sanción. Bien puede ocu-

rrir que a partir de la misma denuncia o queja se desprendan otras conductas o tipos disciplinarios no revelados inicialmente, que ameriten ser investigados y sancionados, si se traducen en infracción injustificada del deber funcional del servidor público. De ahí la posibilidad de que «El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente», como lo prevé el artículo 165 de la Ley 734 de 2002, pero con la aclaración de que la variación se notificará en la misma forma que el pliego de cargos y se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original, según la misma disposición”.

Deber funcional del servidor público y culpabilidad de la conducta realizada. Inobservancia de la función de llevar en debida forma los libros de registro presupuestal y contabilidad. Vulneración del principio de presunción de inocencia. Prueba de la modalidad de la culpabilidad de conducta realizada.

RADICADO: 27001-23-33-000-2013-00307-01[2118-2015]

FECHA: 30/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Javier Enrique Mosquera Palacios

DEMANDADO: Departamento del Chocó – Administración Temporal para el Sector Educativo del Chocó

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso por la indebida valoración del elemento de culpabilidad y la trasgresión del principio de proporcionalidad?

Tesis: “[...] constituye un elemento fundamental del estado de Derecho, el deber de los servidores públicos de cumplir las obligaciones encomendadas de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. El reconocimiento de ese deber y la responsabilidad consecuente en caso de incumplirlo, se encuentra previsto específicamente en el artículo 6 de la Constitución Política, conforme al cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las Leyes, de una parte, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas. Así, el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte de los servidores públicos, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta Política, que propenden por el desarrollo ínte-

gro de la aludida función, y con pleno acatamiento de la Constitución, la Ley y los Reglamentos, los cuales, en este asunto, fueron desconocidos por el demandante, en cuanto quebrantó con su conducta sus deberes funcionales. El deber funcional «es un instrumento para encauzar la conducta de los servidores públicos, el cual se constituye en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial y que siempre está referido al ejercicio de funciones públicas porque de lo contrario sería atípico disciplinariamente el comportamiento cuestionado. Dichas funciones deben desarrollarse con apego a las orientaciones de los principios constitucionales y legales, en la medida en que es por esa razón que una persona que se posesiona en un cargo público debe jurar el cumplir el desempeño de sus deberes según la Constitución, la Ley y el Reglamento». [...] si bien la función de llevar en debida forma los libros de registro presupuestal y contabilidad financiera de la Institución educativa no estaba contenida expresamente dentro del manual de funciones del cargo que se encontraba desempeñando el actor al momento de la ocurrencia de los he-

chos, ésta le fue impuesta en ejercicio de la generalidad de funciones que le podían ser asignadas en su empleo, teniendo la obligación de cumplirla conforme a los contenidos constitucionales y legales. En ese orden de ideas, no le asiste razón al señor (...) en el sentido de indicar que no se le podía sancionar disciplinariamente por el incumplimiento de un deber que no correspondía a su empleo, toda vez que se demostró que estaba encargado de dicha función y, por lo tanto, estaba obligado a llevar en debida forma y de manera organizada, los libros de contabilidad financiera de la Institución Educativa en la que tenía funciones de pagador. [...] los operadores disciplinarios al momento de imputar el elemento de la culpabilidad, señalaron que la conducta había sido cometida a título de dolo. [...] efectivamente como lo sostuvo el a quo, el operador disciplinario ni en el pliego de cargos ni en la decisión disciplinaria de primera instancia realizó un análisis del caso concreto para determinar el por qué era dable imputar la conducta a título de dolo, vulnerando con ello el derecho al debido proceso. En cuanto a la motivación del acto administrativo, la doctrina sostiene que «todo acto administrativo tiene una causa o motivo. La motivación es la expresión de esos motivos en la declaración. Se explica este concepto como que la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo; la expresión de los antecedentes del hecho y de derecho que preceden y justifican la expedición del acto; la relación de los hechos que dan lugar al acto y los fundamentos de derecho en que éste se apoya; es la constancia de que el motivo existe; equivale a los considerandos.». [...] todas las decisiones de las actuaciones administrativas, iniciadas por la causa que fuese o en el interés que fuese, deben motivarse al menos en forma sumaria si afecta a particulares. [...] el operador disciplinario estaba en la obligación de motivar en debida forma los elementos de la responsabilidad disciplinaria al

actor, con el fin de que este conociera cuál era la imputación exacta que se le estaba realizando y con ello, poder ejercer su derecho de defensa y contradicción, siendo este, entonces uno de los yerros en que incurrió la entidad demandada al emitir las decisiones cuestionadas. Para imputar dolo, el operador disciplinario tenía la obligación de acreditar fehacientemente que el señor (...) primero, tuvo la intención y la voluntad de no llevar en debida forma los libros de contabilidad financiera de la Institución Educativa y, segundo, el conocimiento de que al ejecutar dicha acción se encontraba incurso en una falta gravísima y que aun así, no hizo nada para evitarlo. Al observar el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario, se encuentra que los elementos que fueron tenidos en cuenta por el operador disciplinario son el hallazgo de la auditoría y los testimonios, en los que se establece que: i) los libros de contabilidad financiera y disponibilidad presupuestal estaban desorganizados y en algunas ocasiones tenían información incompleta; y ii) el señor (...) era el encargado de realizar dicha función, en su condición de pagador. De dichas pruebas si bien puede inferirse que el demandante, como se señaló anteriormente, incurrió en la falta gravísima que le fue endilgada, también lo es, que con aquéllas no se demuestra que su conducta haya sido cometida a título de dolo, presupuesto básico de tipicidad de la falta endilgada al actor y por la cual fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de 13 años. Lo anterior, en tanto que con el material probatorio no se establecieron las circunstancias de modo y lugar que permitan determinar la ocurrencia de una conducta bajo los elementos de la voluntad, el conocimiento de la ilicitud y la intención. Así, no se tiene la certeza de si el demandante actuó racional e intencionalmente para no diligenciar correctamente los libros referidos o si, simplemente, por negligencia y descuido incurrió en la falta endilgada, lo

cual desvirtuaría el elemento volitivo. Adicionalmente, tampoco se demuestra que el señor (...) haya actuado bajo una culpa gravísima por ignorancia supina, desatención elemental o violación de las reglas de obligatorio cumplimiento, como lo advierte el apoderado de la entidad demandada, que simplemente se ciñe a citar el significado de cada uno de estos conceptos, sin entrar a determinar el porque [sic] la adecuación de la conducta a dicho elemento de la culpabilidad. Lo anterior, por cuanto el actor era contador y, como tal, tenía conocimiento de sus funciones de pagador de la Institución Educativa y de la importancia de llevar los libros contables de manera organizada y completa. [...] encuentra la Sala que la conducta del actor que resulta reprochable en esta instancia se configura dentro de una culpa grave, toda vez que al estar bajo las funciones de auxiliar administrativo y pagador de la Institución Educativa Agroecológica Atrato de Lloró actuó sin el cuidado necesario que le correspondía, atendiendo, además, a la función especial que desarrollaba con los recursos públicos pertenecientes a la educación, estando en la obligación de llevar a cabo, correctamente los libros de contabilidad de los que era responsable. [...] la entidad demandada vulneró el principio de presunción de inocencia, el cual además de estar regulado en el Código Único Disciplinario, encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. «En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el

debido proceso también se predica de las actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo consagró en el artículo 9 del CDU, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142 del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» [...] para sancionar a una persona en materia disciplinaria no debe existir duda alguna, sino la certeza en su comisión, y la contundencia de la prueba que se pretende hacer valer en la configuración de los elementos constitutivos de la falta, dadas las consecuencias que se desprenden de la imputación de esta norma y lo que implica en la vida laboral de un servidor. [...] Así entonces, este principio, tanto constitucional como legal, se desconoce cuándo se impone una sanción y: i) la conducta no es considerada en la Ley como una falta disciplinaria; ii) no se encuentra acreditada probatoriamente; o iii) no fue cometida por el investigado. [...] debe resaltarse que a pesar de que no se configura el elemento volitivo, la conducta del demandante sí merece un reproche en materia disciplinaria, pues la falta gravísima endilgada sí se cometió, pero a título de culpa grave, por no cumplir con diligencia sus funciones de pagador de la Institución Educativa, razón por la cual es dable confirmar la decisión de primera instancia”.

Presunta vulneración al debido proceso disciplinario adelantado contra miembro de la fuerza pública por desconocimiento del principio de contradicción y defensa, del principio de legalidad y favorabilidad en la imputación de la falta y en la imputación de la sanción, desconocimiento del principio de investigación integral y de defensa, así como ejecución de una sanción cuando había operado la prescripción y pese a que esta no hacía parte de las causales de separación absoluta de las Fuerzas Militares.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00035-00 (0114-2011)

FECHA: 02/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Carlos Francisco Arteaga Polanía

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación y Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La entidad demandada incurrió en: (i) desconocimiento del principio de contradicción y defensa —cargos primero y cuarto—; (ii) desconocimiento del principio de legalidad y favorabilidad en la imputación de la falta; (iii) desconocimiento del principio de legalidad y favorabilidad en la imputación de la sanción; (iv) desconocimiento del principio de investigación integral y de defensa; y (v) ejecución de una sanción cuando había operado la prescripción y pese a que esta no hacía parte de las causales de separación absoluta de las Fuerzas Militares —cargos sexto y séptimo—?

Tesis: “Desconocimiento del principio de contradicción y defensa. [...] La prescripción, en materia disciplinaria, opera cuando el ente disciplinante deja transcurrir un lapso superior al señalado por el legislador —5 años o 12 años para algunas falta particulares— sin haber concluido el proceso respectivo, con lo cual la entidad pierde la posibilidad de imponer las sancio-

nes que se deriven del comportamiento irregular. [...] En el caso que se analiza, se trató de una conducta instantánea, ocurrida el 23 de septiembre de 2002, consistente, en términos generales, en i) haber dotado a civiles, de uniformes y armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y, ii) haber puesto en riesgo la vida e integridad de la población civil, en medio del conflicto armado. Ahora bien, aunque el artículo 30 citado, solo señaló el momento a partir del cual empieza a contabilizarse el término prescriptivo de la acción disciplinaria, la Sala Plena de esta Corporación ha sostenido, que este se entiende interrumpido con la notificación de la decisión disciplinaria de primera o única instancia [...] En tales condiciones, para las faltas que se investigaron, en el sub lite, existen dos términos diferenciados, uno, en el que se enmarcaron las faltas distintas a la prevista en el artículo 48, numeral 7, es decir, 5 años, y, otro, de 12 años, por haber incurrido en la falta

descrita en ese numeral. [...] los hechos que dieron origen a la comisión de las faltas investigadas ocurrieron el 23 de septiembre de 2002, entre tanto, la decisión disciplinaria de primera instancia, se expidió el 15 de junio de 2007, la cual se notificó mediante edicto fijado el 4 de julio y desfijado el 6 de julio de 2007, esto es, cuando aún no habían transcurrido los 5 años que, de ordinario, consagra la norma con efectos prescriptivos, siendo así, no se acoge el planteamiento del demandante, relativo a la configuración del término prescriptivo de la acción disciplinaria. [...] para la conducta descrita en el artículo 48, numeral 7, de la Ley 734 de 2002 (...) es evidente que si no se alcanzaron a superar los 5 años, menos aún habría ocurrido respecto de los 12 que para tal falta se señalan [...] en lo que respecta al desconocimiento del principio de contradicción y defensa [...] aunque en el artículo 146 de la Ley 734 de 2002 se prevé que la solicitud de nulidad se puede plantear hasta antes de la ejecutoria del fallo definitivo, el artículo 147 ibidem otorga un término de 5 días para resolverlo, y el artículo 116 ejusdem señala que contra la decisión que la resuelve procede el recurso de reposición, también lo es que esta Corporación ha considerado que resolver, en forma conjunta con la apelación, la solicitud de nulidad que se impetra dentro de los argumentos de la apelación contra el fallo de primera instancia, no comporta una causal de anulación de la actuación disciplinaria. Valga aclarar, además, que la proposición de la nulidad no derivó de la actividad de defensa del demandante sino de otro de los disciplinados; por ende, la presunta irregularidad advertida, en modo alguno afecta el trámite en defensa de los derechos del señor (...) sin embargo, no sobra agregar que el sustento de la causal de nulidad consistió en presuntos errores que se habrían configurado en el auto de formulación de cargos —respecto del solicitante de la nulidad— y no, propiamente, en la decisión de primera instancia, es decir que se habría

configurado el principio de convalidación, según el cual «las nulidades en derecho disciplinario deben ser alegadas durante el trámite administrativo y una vez se presenten, pues en caso contrario hay lugar a aplicar el principio de convalidación». En ese orden, como la nulidad procesal no se invocó frente al pliego de cargos, se entiende saneada, pues se convalidó por el interesado en tanto que presentó descargos sin referirse a ella; ahora bien, el procurador general de la Nación, para salvaguardar el derecho de defensa, se refirió a los argumentos de la inconformidad planteados, y, en su análisis, corroboró que no se incurrió en desconocimiento de los principios de contradicción y defensa del investigado, pues verificó que estos estuvieron garantizados; con ello, la Sala concluye que el cargo invocado no debe prosperar, pues la actuación disciplinaria se adelantó con respeto de las garantías procesales y al actor se le respetó su derecho de defensa y contradicción. Desconocimiento del principio de legalidad y favorabilidad en la imputación de la falta [...] si bien es cierto el artículo 12 del Decreto 836 de 2003 establece que «[e]n desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y sanciones de que trata este régimen disciplinario propio, así como las faltas aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes» ello no quiere decir que esta habilitación solo haya derivado de tal previsión, pues la particularidad de la conducta investigada permite dar aplicación a normas del régimen ordinario [...] la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, «[p]or la cual se expide el Código Disciplinario Único», en su artículo 25, trata sobre los destinatarios de la ley disciplinaria y, al respecto, incluye como tales a «los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código» y tienen naturaleza de tales, los miembros de la Fuerza Pública; ahora bien, el artículo 224, que

se refiere a su vigencia, dispuso que regiría tres meses después de su sanción y que derogaba las disposiciones que le fueran contrarias, «salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública», lo que quiere decir que este último continuaba rigiendo, pero, en momento alguno, implicaba que fuera íntegramente excluyente con este. [...] dentro de las faltas investigadas al demandante está la de haber omitido adoptar las medidas de protección a la población civil, que le eran propias, con ocasión del conflicto armado, lo anterior en concordancia con el derecho a la vida, los derechos de los menores y los diferentes derechos de la población civil, garantizados por tratados y convenios internacionales, en el marco del conflicto, y que, para el caso concreto, resultaron puestas en peligro, producto de la operación militar denominada «Júbilo» y atacadas durante su desarrollo, operación que se encontraba comandada por el demandante. En ese orden de ideas, la Sala no encuentra que la aplicación de las normas sustantivas en materia disciplinaria, en lo que respecta a las faltas investigadas y sanciones impuestas haya desbordado el marco de especialidad del régimen del demandante, pues fue el tipo de hechos investigados lo que permitió al operador disciplinario ir más allá del ordenamiento especial y aplicar, en forma excepcional, reglas propias del régimen ordinario, lo que, se repite, encuentra sustento en que se trató de conductas que se relacionaban con violaciones del Derecho Internacional Humanitario, lo que impedía circunscribirse a imputar, en forma exclusiva, faltas previstas en el Decreto 1797 de 2000, circunstancia que da lugar a declarar no probado el cargo propuesto. Desconocimiento del principio de legalidad y favorabilidad en la imputación de la sanción. [...] los hechos investigados ocurrieron el 23 de septiembre de 2002, entre tanto, la Ley 734 del 5 de

febrero de 2002, según lo previsto en su artículo 224, entró a regir tres meses después de su sanción, esto es, el 5 de mayo de 2002, lo que quiere decir que no es cierto, como lo afirma la parte actora, que se hubiera empleado una norma que no estaba vigente para el momento en que ocurrieron los hechos materia de investigación disciplinaria. [...] en torno a la aplicación tanto de las normas que consagran las faltas, como las sanciones disciplinarias del régimen general, la Sala se remite a lo señalado en el acápite anterior, en el sentido de que el hecho habilitante para hacer uso no solo de las normas que describieron la conducta típica del régimen general, sino también lo relativo a la sanción impuesta fue el hecho de que la conducta investigada desbordó el marco funcional del demandante, como miembro de las Fuerzas Militares y constituyó un atentado contra el Derecho Internacional Humanitario, situación que permitió que el ente disciplinante acudiera a la normativa general, tanto para la tipificación de la falta como para la imposición del correctivo disciplinario, razones suficientes para considerar que la determinación al respecto no conllevó violación a los principios y derechos invocados por el actor. [...] como el hecho de haber estado al mando de la operación y tener el poder de decisión en torno a dotar de uniforme y armas a los guías acompañantes, y no realizar las gestiones necesarias para impedir la afectación de la población civil que quedó inmersa en medio del conflicto, hecho que conllevó la trasgresión de normas del Derecho Internacional Humanitario, este no se podía predicar respecto de todos los participantes de la operación, y tal circunstancia fue la determinante para que en el caso del señor (...) se hubiera acudido a normas del régimen general, tanto para la imputación como para la sanción. [...] al revisar el cargo formulado en su contra y la sanción impuesta, la Sala no advierte la incongruencia que se pretende hacer notar, pues, se insiste, una de las faltas

reprochadas está descrita como gravísima, en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 161 del Código Penal y en el artículo 48, numeral 7, en concordancia con las disposiciones constitucionales e internacionales señaladas en el acápite marco normativo, y como resultado de la comisión de una falta de tal entidad, la ley disciplinaria prevé la sanción de destitución e inhabilidad general, según el artículo 44, numeral 1 de la Ley 734 de 2002. Desconocimiento del principio de investigación integral y de defensa. [...] ante el nutrido recaudo de prueba testimonial que daba cuenta de los hechos y que demostraba la comisión de la falta investigada, no se considera que el no recibir esa única declaración, haya impedido tener el material probatorio suficiente para adoptar la decisión que en derecho correspondía ni que, con ello, se haya quebrantado el principio de recaudo integral de la prueba (...) es preciso señalar que mediante auto del 15 de febrero de 2007 se dispuso correr traslado para alegar de conclusión y, con ello, se cerró la etapa probatoria, auto contra el cual el apoderado del demandante no formuló oposición, por lo que se entiende que permitió la culminación de esa etapa en tanto estaban recaudadas las pruebas requeridas (...) es preciso mencionar que el demandante tenía conocimiento de la totalidad del material probatorio recaudado hasta esa fecha, pue (...) se le había hecho entrega de copia de la totalidad del expediente disciplinario. [...] en lo que se refiere al oficio con destino al Batallón Nueva Granada a fin de identificar (...) cuál suboficial que entregó las armas o el momento en que lo hizo, en nada desvirtuaba la conducta reprochada, por ende, al negar la prueba en referencia tampoco se quebrantó el principio de investigación integral. La prueba dirigida a librar un oficio al Batallón Nueva Granada, para identificar las operaciones militares que se llevaron a cabo en la zona de los hechos, durante el año 2002 (...) la Sala coincide en que la prueba

al respecto no incorporaba elementos diferenciadores que pudieran desvirtuar la conducta que se le reprochaba. A igual conclusión se llega en torno a la solicitud de librar oficios al Comando de la Aviación del Ejército [...] En cuanto a la inspección judicial para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, se decretó su práctica; sin embargo, ella no pudo evacuar a causa de la situación de orden público de la zona, lo que se evidenció tanto en las diligencias penales, tal como quedó expuesto en el oficio del 1 de octubre de 2002, como en la actuación que se intentó llevar a cabo por la Procuraduría General de la Nación, como consta en el acta que se levantó el 29 de noviembre de 2006, en la que está claro que su suspensión obedeció a problemas de orden público que impedían su práctica, y que la decisión al respecto se tomó por unanimidad por todos los intervinientes, entre los que se encontraba el apoderado del demandante. [...] la Sala debe recordar al actor que el reproche a él endilgado no consistió en la autoría de él o de su tropa en el homicidio y/o lesiones causadas a los civiles que quedaron en medio del conflicto, caso en el cual habría sido de mayor relevancia efectuar las pruebas de balística que echa de menos, en todo caso, sí se hicieron pruebas de tal naturaleza, en las que se determinó que las heridas causadas a los civiles, provenían de fusiles Galil 5.56, como de los que estaba dotado el Ejército Nacional el día de ocurrencia de los hechos. [...] Adicional a lo expuesto, y no menos importante, es que el demandante, en momento alguno solicitó pruebas para demostrar los hechos de los que alega falta de demostración y tampoco interpuso recursos en contra del auto de pruebas, por lo que no es razonable que pretenda alegar tales omisiones en sede judicial. La sanción se ejecutó cuando había operado la prescripción y pese a que esta no hace parte de las causales de separación absoluta de las Fuerzas Militares. [...] según lo previsto en el artículo

lo 111 del Decreto 1428 de 2007 la separación absoluta del personal de oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares se produce cuando este «sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario». En tales condiciones, en el caso bajo análisis, un fallo disciplinario determinó imponer una sanción que, según la falta investigada —relacionada con violaciones al Derecho Internacional Humanitario— era aplicable en su caso, como es la destitución, sanción que, tal como se señaló en el acápite 3.3. de esta providencia, era consecuente a la conducta investigada. Así las cosas, la Sala concluye que la sanción impuesta sí era aplicable en el caso bajo análisis y la imposición de ella daba lugar a la desvinculación del servicio que se materializó a través del Decreto 1001 del 3 de abril de 2008, sin que lo decidido al respecto haya conllevado transgresión del ordenamiento especial que rige al demandante, máxime cuando, como se ha indicado a lo largo de esta providencia, la conducta investigada trascendió el marco funcional del actor y ello permitió la aplicación de la normativa ordinaria en materia sancionatoria disciplinaria. Por último, la Sala advierte que el actor hizo notar que hubo aspectos que no se tuvieron en cuenta en torno a la valoración fáctica y jurídica de cara a cargos endilgados dentro de la actuación disciplinaria, tales como los siguientes: i) En el empleo de guías se ciñe a la normativa respectiva; sin embargo, en esa materia, y según lo expuesto en el acápite de pruebas quedó demostrado que ello

no fue así, al permitirles el uso de armamento, en contra de las disposiciones legales. ii) Que los informantes venían de la Regional de Inteligencia del Ejército, autorizados por el comandante del batallón, que venían uniformados y que el ejecutivo de la unidad fue el que ordenó armarlos; en torno a ello, la Sala coincide con la conclusión del ente de control en cuanto a que el mando de la tropa y operación lo tenía el actor y era quien autorizaba su participación, que no le era desconocida su condición de guías; además, en lo que respecta a la orden de dotarlos de armamento, que presuntamente provino de un superior, estaba en el deber de omitir su cumplimiento, porque desatendía el régimen de manejo de guías dentro de las operaciones de tal naturaleza. iii) Que el actor tenía la convicción de que los guías hacían parte de la Regional de Inteligencia; la Sala considera, al igual que lo concluyó el ente de control, que no hay razones que justifiquen su versión, máxime cuando los declarantes, reconocieron la condición de guías de quienes fungieron como tales y, en todo caso, si hicieran parte de la institución, no habría sido necesario dotarlos de armamento, pues cada miembro de la tropa tiene el propio asignado. En últimas, los reproches formulados por hechos que, en sentir del demandante, no están demostrados, no encuentran apoyo a la luz de lo probado en el expediente disciplinario, en el cual, como se ha expresado a lo largo de esta providencia y como se expuso en forma detallada en las decisiones disciplinarias reprochadas, demostraban, con suficiencia, la comisión de la conducta investigada”.

Prescripción de la acción disciplinaria. El término de prescripción de 5 años se interrumpe con la expedición del acto principal y su respectiva notificación al disciplinado.

RADICADO: 41001-23-33-000-2017-00140-01 [0685-2019]

FECHA: 17/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Tatiana Andrea Forero Fajardo

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso?

Tesis: «[...] dentro de las garantías del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho». [...] el artículo 209 ibidem dispone como principios de la función administrativa, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. [...] El 11 de junio de 2010, a través de Auto N.º 211, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de la Protección Social dio apertura de indagación preliminar en contra de la señora (...) en su

condición de inspectora de trabajo de la Dirección Territorial del Huila [...] El 16 de septiembre de 2014, mediante Auto N.º 00000779, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Trabajo, en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente a la señora (...) en su condición de inspectora del trabajo; sancionándola con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 1 mes. Contra dicha decisión la disciplinada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 11 de agosto de 2016, por Auto N.º 0026, por la ministra del trabajo, confirmando la decisión inicial [...] Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. [...] la demandante sostiene que se configuró la prescripción de la acción disciplinaria, por cuanto desde la fecha de la ocurrencia de los hechos y la notificación de la decisión disciplinaria de segunda instancia, transcurrieron más de 5 años. [...] El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, esta-

blece que «la acción disciplinaria prescribe en 5 años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. (...)». Al respecto, debe señalarse que para el año 2009, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tenía una posición pacífica y unificada en relación al límite temporal de la competencia sancionatoria. [...] En atención a ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estableció que el término de prescripción de 5 años se interrumpe con la expedición del acto principal y su respectiva notificación al disciplinado, por ser este el que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y concreta la voluntad de la administración [...] tratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad se expide y se notifica el acto administrativo principal que resuelve de fondo el proceso sancionatorio, esto es, la decisión disciplinaria de primera instancia. En el sub examine se observa que la conducta reprochable disciplinariamente data del 30 y 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual la disciplinada, en su condición de inspectora de trabajo, suscribió unas actas de

conciliación sin tener en cuenta los requisitos establecidos en la Ley 640 de 2001, lo cual trajo como consecuencia que estas no prestaran mérito ejecutivo, pues, no se estableció correctamente una obligación clara, expresa y exigible. Así, a partir de esta fecha el operador disciplinario contaba con 5 años para emitir y notificar el acto administrativo a través del cual se resolviera de fondo la investigación disciplinaria. De acuerdo con el material probatorio, el 16 de septiembre de 2014, por Auto N.º 00000779, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Trabajo, en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente a la señora (...) en su condición de inspectora de trabajo, por haber incurrido en una falta grave por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002, a título de culpa grave, sancionándola con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 1 mes. Dicha decisión fue notificada, personalmente, el 14 de octubre de 2014, a la señora (...). Con lo anterior, resulta claro que, desde el momento de los hechos acaecidos, esto es, 30 y 31 de diciembre de 2009, y hasta la notificación del fallo de primera instancia, 14 de octubre de 2014, no transcurrieron más de 5 años para considerar la ocurrencia de dicho fenómeno [...]”.

La no transcripción de la incapacidad emitida por el médico particular a través de la EPS no disminuye su valor probatorio, por lo tanto, no procede la declaración de abandono del cargo o la destitución del servidor público.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00990-00 [4099-2015]

FECHA: 17/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Guillermo León Martínez Gómez

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, Empresa Social del Estado (ESE) Rafael Uribe Uribe, Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario [Fiduagraria] S. A. y Fiduciaria La Previsora [Fiduprevisora] S.A.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos administrativos que ordenaron la destitución de un servidor público de la ESE Rafael Uribe Uribe, por abandono injustificado del cargo y por la omisión de transcripción por la EPS de la incapacidad otorgada por médico particular, se encuentran falsamente motivados y vulneran los principios de congruencia, debido proceso, defensa y de contradicción?

Tesis: “[...] el demandante fue destituido e inhabilitado por 10 años para ejercer funciones públicas, por abandono del cargo, previsto como falta gravísima en el artículo 48 (numeral 55) de la Ley 734 de 2002, en razón a que no «legalizó» las incapacidades médicas que le fueron concedidas durante los días 27 a 31 de julio y 2 a 6 de agosto, ambas de 2004, y, además, porque dejó de concurrir a su trabajo antes de que le fuera resuelta la renuncia «motivada» a su cargo, que presentó el 9 de agosto del mismo año, la cual nunca fue decidida. [...] Obsérvese que la falta disciplinara que sirvió de marco de imputación jurídica de la destitución del actor fue la consa-

grada en la Ley 734 de 2002, que dice: «ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS Son faltas gravísimas las siguientes: [...] 55. El abandono injustificado del cargo, función o servicio» (...). Sin embargo, revisado el expediente, corrobora la Sala que, en el caso de los días 27 al 30 de julio y 2 al 6 de agosto de 2004, el demandante no incurrió en el «abandono injustificado del cargo» que se le atribuyó, puesto que la realidad material demuestra que estaba plenamente justificada la ausencia laboral, en razón a que fue incapacitado por decisión médica durante esas fechas. El hecho de que las respectivas incapacidades no hayan sido «legalizadas» ante la empresa promotora de salud (EPS), como lo imputó la autoridad disciplinaria al actor, no les resta valor material, como medio de prueba documental, idóneo y válido para demostrar los quebrantos de salud que padecía el señor (...) y tampoco se cuestionó (ni se dijo) que fueran falsas, lo que es suficiente para dejar incólume su presunción de veracidad, entre otras razones, por el principio constitucional de la buena fe, según el cual está «se presumirá en todas las

gestiones que aquellos [los particulares] adelanten ante éstas [las autoridades]» (artículo 83 de la Constitución Política), que debe aplicarse en las relaciones entre el Estado y las personas, por el carácter normativo de la disposiciones constitucionales. Al respecto, la sala plena del Consejo de Estado se ha ocupado de reiterar la jurisprudencia acerca de la validez probatoria las incapacidades médicas otorgadas por médicos particulares, aun cuando no hayan sido «legalizadas» o no transcritas por la respectiva EPS. De suerte que, en el presente caso, las incapacidades médicas concedidas al señor (...) por los días 27 a 31 de julio y 2 a 6 de agosto, ambas de 2004, por el médico tratante Sergio Iván Amaya (ff. 10 y 11), son válidas para demostrar que la ausencia del demandante a su lugar de trabajo estaba plenamente justificada, dada la contingencia por enfermedad que padecía durante esos días, hecho que no se desvirtuó en la actuación disciplinaria, se itera (...) observa la Sala que en el caso sub examine no se respetó la congruencia que debía garantizarse entre la falta disciplinaria

endilgada al actor y los motivos que sustentaron la destitución. Como ya se anotó, el deber funcional que se le reprochó como quebrantado al actor fue el «abandono injustificado del cargo, función o servicio empleo», que en efecto está tipificado como falta gravísima en el artículo 48 (numeral 55) de la Ley 734 de 2002; sin embargo, la sanción se sustentó en que «no legalizó las incapacidades», que es un comportamiento no previsto en la ley disciplinaria como falta o que constituya uno de los deberes funcionales. Es una conducta legalmente atípica. Con todo, el abandono injustificado del cargo quedó desvirtuado, por cuanto el actor siempre alegó y demostró que fue incapacitado por dificultades de salud, y la entidad, caprichosa y arbitrariamente, lo desconoció en forma deliberada, so pretexto de no haber legalizado la situación. Todo ello vulneró sus derechos sustanciales fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción y congruencia, y, por consiguiente, los actos administrativos incurrieron en el vicio de falsa motivación, que da lugar a su anulación. [...]”.

Proceso disciplinario en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Desconocimiento de las garantías constitucionales y legales por ausencia del elemento de la ilicitud sustancial.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-06418-01 (3377-2019)

FECHA: 24/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Mario Enrique Quesada Torres

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, toda vez que se emitieron dos autos de apertura de investigación disciplinaria que no fueron notificados, la comisión de las pruebas no se hizo con base a lo establecido en la Ley, la investigación se desarrolló por fuera del término legal y las notificaciones no fueron realizadas en debida forma; y, falsa motivación, en tanto que no existieron pruebas suficientes para determinar la falta imputada, no se tuvo en cuenta que la función de supervisión no se encontraba dentro del manual de funciones del cargo desempeñado por el actor y, por lo tanto, no se vulneró ningún deber funcional y la sanción se debió a una persecución laboral en su contra?

Tesis: “En el sub examine se observa que el 30 de julio de 2010, el jefe del Grupo de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil dio apertura de investigación disciplinaria en contra de, entre otros, el señor (...), en su condición de técnico Aeronáutico VI, Grado 27, por posibles irregularidades ocurridas el 10 de julio de 2010, en el suministro de combustible de las estaciones de Manjui y El Rosal. En dicha providencia se asignó a (...), profe-

sional aeronáutico del Grupo de investigaciones Disciplinarias de la Aerocivil para adelantar las diligencias pertinentes. Teniendo en cuenta que la anterior actuación no cumplió con los presupuestos legales establecidos en el artículo 154 de la Ley 734 de 2002, el 3 de agosto de 2010, el jefe del Grupo de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil emitió nuevamente Auto de apertura de investigación disciplinaria en contra de, entre otros, el señor (...), dentro del cual decretó la práctica de pruebas, ordenó incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios y laborales del investigado, designó a la misma funcionaria mencionada para adelantar la investigación y ordenó notificar la actuación. Con base en lo antes mencionado, si bien el Auto de 30 de julio de 2010 no se le notificó al señor (...) y tampoco especificó las pruebas que debían practicarse, también lo es que el Grupo de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil emitió, el 3 de agosto del mismo año, el mismo auto, corrigiendo los yerros, el cual sí fue notificado en debida forma al disciplinado, el 17 de agosto de 2010. De la comisión de pruebas. [...]. Una vez dicha funcionaria fue designada practicó y decretó las pruebas señaladas en el Auto referido y las que consideró pertinen-

te, poniéndolas en conocimiento del disciplinado, razón por la cual se observa que no se vulneró el derecho al debido proceso, en tanto que, primero, en el Auto a través del cual se dio apertura a la investigación disciplinaria se decretó la práctica de pruebas y se asignó a una funcionaria de la misma dependencia para que practicara las ordenadas en dicha decisión y decretara las que considerara pertinentes para esclarecer los hechos objeto de investigación; segundo, conforme se mencionó, el comisionado está facultado para ordenar y practicar todas las pruebas que le han sido encomendadas, así como aquellas que en el curso de la investigación resulten necesarias para aclarar los hechos materia de investigación; tercero, en este caso, una vez la funcionaria comisionada decidió decretar y practicar pruebas adicionales a las ordenadas en el Auto de investigación disciplinaria, le puso en conocimiento al disciplinado dichas decisiones; y cuarto, el señor (...) ejerció su derecho de defensa y contradicción frente a estas pruebas, en tanto que estuvo presente en las diligencias y se le dio la oportunidad de contrainterrogar a los testigos. [...] Del desconocimiento de los términos procesales previstos en la Ley 734 de 2002 para adelantar la investigación disciplinaria. [...] El artículo 29 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones. De esa manera, además, del derecho a acceder a una respuesta judicial y/o administrativa, las personas son titulares del derecho fundamental autónomo a que esa solución se produzca en un plazo adecuado. La razonabilidad de ese plazo se encuentra establecida, en primer lugar, por el legislador, mediante la definición de los términos procesales. Por tal razón, la Constitución Política ordena acatarlos de manera estricta. De otra forma, la oportunidad para solucionar una controversia quedaría al arbitrio de cada funcionario, afectando el derecho al recurso judicial efectivo y cada uno de los derechos que se pretendan proteger en el proceso y el derecho a la

igualdad de todas las personas que acuden a la administración de justicia, en procura de una solución a sus controversias. Sin embargo, no toda tardanza o incumplimiento de un término constituye una violación al derecho al debido proceso, en la medida en que como claramente lo prescribe la norma referida, sólo la tardanza injustificada acarrea su desconocimiento. En ese orden de ideas, si bien la regla general es que la administración y los jueces cumplan los términos rigurosamente, pueden configurarse excepciones a ese deber, siempre que se encuentre suficiente motivación constitucional para ello. (...) la investigación fue tramitada respetando las garantías legales y constitucionales de la investigada, dentro de la cual se le otorgó al investigado el adelantamiento de cada una de las etapas correspondientes en una investigación disciplinaria. Es de resaltar que si bien desde la apertura de investigación disciplinaria y el Auto de formulación de cargos transcurrieron más de 4 años, superando el término establecido en la norma, ello obedeció a los elementos materiales de prueba que fueron recolectados y a que el primer pliego de cargos tuvo que ser anulado, circunstancias que siempre fueron puestas en conocimiento al disciplinado, teniendo la posibilidad de interponer los recursos a que hubiere lugar, o solicitar la información correspondiente. Es importante resaltar, además, que si bien algunas declaraciones fueron practicadas por fuera del término legal para adelantar la investigación disciplinaria, contrario a lo sostenido en el recurso de apelación, estas no fueron valoradas en el pliego de cargos ni tampoco en las decisiones disciplinarias cuestionadas, en tanto que los testimonios que efectivamente se tuvieron en cuenta para sancionarlo al actor, fueron los que se practicaron dentro del término legal en cada una de las actuaciones adelantadas. [...] De la notificación. [...] La Ley 734 de 2002, en su artículo 100 consagra como formas de notificación de las decisiones disciplinarias, la personal, por estado, en estrados, por

edicto o por conducta concluyente. Respecto a la notificación personal, el artículo 101 *ibidem*, señala que esta clase de actuación se realiza frente a los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, el pliego de cargos y el fallo. En cuanto a la notificación por medios de comunicación electrónicos, el artículo 102 *ibidem*, dispone que «Las decisiones que deban notificarse personalmente podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del investigado o de su defensor, si previamente y por escrito, hubieren aceptado ser notificados de esta manera. La notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado. La respectiva constancia será anexada al expediente». En el asunto sometido a consideración, se encontró demostrado que, inicialmente, el señor (...) actuó directamente dentro de la investigación disciplinaria adelantada en su contra. Posteriormente, el 18 de noviembre de 2014, el disciplinado otorgó poder al abogado (...) para que actuara como su abogado de confianza dentro de la investigación adelantada en su contra. En dicho documento, el abogado autorizó ser notificado por correo electrónico, así: «correo: cristianfan17@hotmail.com. Autorizo notificación electrónica», siendo esta la razón para que algunas de las actuaciones que se surtieron se le notificaran por este medio. Así entonces, los Autos de 9 y 25 de febrero, y de 17 de marzo de 2015, a través de los cuales se declaró la nulidad de todo lo actuado, se formuló pliego de cargos en contra del disciplinado y se decretaron las pruebas solicitadas en el escrito de descargos, respectivamente, y las decisiones disciplinarias de primera y segunda instancia, proferidas el 30 de abril y 22 de junio de 2015, fueron notificadas por correo electrónico al apoderado del disciplinado, frente a las cuales presentó descargos dentro del término legal, solicitó pruebas e interpuso recurso de apelación en contra de la decisión inicial. Ahora, es dable resaltar que no todas las

comunicaciones se efectuaron de manera electrónica, dado que el Auto a través del cual se decretaron pruebas emitido el 23 de diciembre de 2014, se le notificó personalmente al señor (...), frente a lo cual asistió a cada una de las diligencias de testimonios que se realizaron; y, el Auto de 9 de abril de 2015, mediante el cual se corrió traslado para alegar de conclusión, se notificó por estado, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar, dado que la entidad demandada efectuó en debida forma las notificaciones correspondientes al actor y a su apoderado, otorgándole el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, como efectivamente ocurrió. [...] Falsa motivación. [...] [L]os elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada al actor, son: 1) participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual; 2) en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa. (...) [L]os operadores disciplinarios consideraron que el actor omitió el principio de responsabilidad en la contratación estatal, que debía tener en cuenta como supervisor del contrato (...). Lo anterior, en atención a que consignó en los libros de las estaciones Manjui y El Rosal que la Distribuidora de Combustible Luriger LTDA, había suministrado en ambas estaciones 1500 galones de ACPM, cuando en realidad el abastecimiento fue de 1.020 y 560, respectivamente. Así, el actor se apartó de la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, dado que no constató ni verificó las verdaderas cantidades de galones de ACPM que efectivamente fueron suministradas por el contratista el 10 de julio de 2010, incurriendo así en la falta gravísima endilgada, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar. (...) Es importante advertir que al revisar la actuación disciplinaria no se vislumbra sesgo en el decreto y práctica de las pruebas; por el contrario, se hizo evidente que el único objetivo del investigador disciplinario

consistía en encontrar la verdad real de los hechos y para ello hizo uso de todos los medios que estimó pertinentes y conducentes para su esclarecimiento. Ahora bien, una vez realizó la valoración integral de las pruebas, concluyó que el actor no logró desvirtuar el cargo que le fue endilgado. Así, bajo tales circunstancias, no se demuestra que los actos acusados hayan carecido de pruebas suficientes, sino, por el contrario, las recaudadas fueron valoradas dentro del marco de autonomía y sana crítica del operador disciplinario. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se configuró una vulneración del derecho al debido proceso y que, en consecuencia, los actos administrativos ahora cuestionados fueron emitidos con el material probatorio suficiente para demostrar la responsabilidad disciplinaria. [...] [E]n cuanto a la función de supervisión de los contratos, la guía para el ejercicio de las funciones de supervisión de los contratos del estado de Colombia Compra Eficiente, señala que «El supervisor de los contratos siempre debe ser un funcionario de la entidad estatal. Para su selección debe tenerse en cuenta que el mismo no requiere un perfil predeterminado pero que sí es necesario que pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignada funciones relacionadas con el objeto contractual». Ahora bien, pese a que esta guía señala, como lo sostuvo el tribunal de primera instancia, que la designación del supervisor del contrato no requiere que el manual de funciones de las entidades estatales establezca expresamente la función de supervisar contratos, pues la misma es inherente al desempeño de las funciones ordinarias de los servidores públicos, también lo es que, como se mencionó, la labor de supervisión debe estar intrínsecamente relacionada con las funciones del cargo que desempeña el servidor público. En el asunto sometido a consideración, se observa, de acuerdo con el manual de funciones del cargo desempeñado por el señor (...), que sus labores esenciales tiene relación exclusiva-

mente con la salud ocupacional de la Regional Cundinamarca de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.(...) la Sala puede concluir que si bien al señor (...), como servidor público de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, se le podía asignar la supervisión de un contrato estatal con el fin de que realizara el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico, también lo es que dicha asignación debía tener relación con la naturaleza y funciones propias de su cargo como Técnico Administrativo VI, Grado 27, esto es, el desarrollo de la salud ocupacional de la entidad, con base a los conocimientos básicos y esenciales, los requisitos de estudio y experiencia y las labores esenciales de dicho empleo, las cuales no se relacionan de manera alguna con el objeto del contrato frente al cual fue designado como supervisor. El deber funcional «es un instrumento para encauzar la conducta de los servidores públicos, el cual se constituye en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial y que siempre está referido al ejercicio de funciones públicas porque de lo contrario sería atípico disciplinariamente el comportamiento cuestionado. Dichas funciones deben desarrollarse con apego a las orientaciones de los principios constitucionales y legales, en la medida en que es por esa razón que una persona que se posesiona en un cargo público debe jurar el cumplir el desempeño de sus deberes según la Constitución, la Ley y el Reglamento». En ese orden de ideas, en atención a que la falta disciplinaria que se le endilgó al actor fue concerniente a su labor como supervisor, encuentra la Sala que, efectivamente, ésta no le fue impuesta en ejercicio de las generalidades de las funciones que le podían ser asignadas en su empleo, toda vez que no tenía relación alguna con su naturaleza, razón por la cual el elemento de la ilicitud sustancial no se configura, por lo que, en consecuencia, no hay lugar a declarar responsable disciplinariamente al señor [...]».

Proceso disciplinario a patrullero de la Policía Nacional. Prueba de la causal eximente de responsabilidad disciplinaria por enfermedad. Disciplinado en condición de inimputabilidad.

RADICADO: 47001-23-33-000-2014-00342-01 [1242-2018]

FECHA: 03/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Eudes Alfonso Rondón Pérez

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, en la medida en que los operadores disciplinarios no tuvieron en cuenta elementos materiales de prueba que tenía a su cargo la Policía Nacional, al momento en que se estaba adelantando la investigación disciplinaria, con los cuales era dable inferir que el patrullero si bien incurrió en la falta grave que le fue endilgada, no la cometió bajo el elemento de culpabilidad imputado?

Tesis: “Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. [...] la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdic-

ción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar

justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas» [...] al realizar un análisis de los actos administrativos cuestionados y las pruebas obrantes dentro del expediente, considera la Sala que el operador disciplinario no realizó una labor efectiva para obtener los elementos materiales de prueba suficientes que le permitieran determinar que las causas por las que el patrullero (...) dejó de asistir al servicio pese a estar activo, fueron cometidas bajo los elementos del dolo, como le fue imputado en su momento [...] en cuanto a la sana crítica esta Subsección ha señalado, que «como criterio de valoración probatoria, está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia. Respecto de la lógica, podemos destacar el principio de no contradicción y el de razón suficiente. En cuanto a la ciencia y la técnica, ello está asociado con las opiniones, estudios y dictámenes de los expertos en determinadas materias. A su vez, las reglas de la experiencia pueden ser individuales y colectivas, como también pueden ser construidas por conocimientos públicos y privados. Una regla de la experiencia plena es la que tiene en cuenta tanto lo colectivo como lo público. Estas pueden acreditarse por cualquier fuente de conocimiento, sin que sea necesario una prueba o cierta formalidad». Así las cosas, si bien no existe una tarifa legal para decir cómo debe acreditarse un hecho o circunstancia, los razonamientos probatorios pueden apoyarse en diferentes medios de convicción que lleven al convencimiento sobre algo que ocurrió, lo cual requiere un proceso racional, ponderado, objetivo, revestido de ecuanimidad y rectitud de juicio. [...] la comisión de la falta no implica per se

un reproche disciplinario que sea sancionable, dado que debe analizarse si esta fue cometida con ilicitud sustancial y bajo algún elemento de la culpabilidad (dolo o culpa). [...] En este asunto, la Policía Nacional calificó la falta grave a título de dolo; sin embargo, como se verá a continuación, no fue diligente en la consecución de las pruebas para determinar, fehacientemente, que dicha conducta había sido cometida con los elementos que implican una conducta dolosa. Lo anterior, por cuanto si bien dentro de la investigación disciplinaria adelantada no obró prueba diferente a los informes de novedad, las minutas de servicio y de población y las declaraciones antes referidas, con las cuales no se podía inferir nada diferente a lo antes mencionado, para el momento en que ésta fue adelantada, la Policía Nacional como institución sí contaba con elementos materiales de prueba suficientes, como dictámenes médicos e incapacidades emitidos por la EPS y la Dirección de Sanidad de la Institución Policial, con los cuales sí podía concluir que la conducta no fue cometida a título de dolo y, por lo tanto, no era dable sancionar disciplinariamente al actor. De conformidad con el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, la carga de la prueba, en materia disciplinaria, le corresponde, netamente, al Estado, es decir, que no se pueden emitir decisiones disciplinarias sin pruebas que conduzcan a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado. [...] la vulneración del derecho al debido proceso resulta flagrante por cuanto además de que los operadores disciplinarios no ejercieron una actividad probatoria juiciosa, teniendo en cuenta la deficiencia de la prueba para demostrar el elemento de la culpabilidad del actor y con ello la responsabilidad disciplinaria, tampoco se preocuparon por observar todas las pruebas que tenía a su cargo la Policía Nacional, en tanto que en su poder contaba con valoraciones médicas e incapacidades que fueron registradas durante la época en que fue

adelantada la investigación disciplinaria, con las cuales era dable inferir que la conducta del actor no fue cometida con los elementos que hacen parte de una conducta dolosa. [...] dentro del expediente disciplinario no está debidamente acreditado que el patrullero (...) haya cometido la falta grave establecida en el artículo 35 numeral 7.º de la Ley 1015 de 2002, a título de dolo, en tanto que no existe certeza que de manera racional y consciente haya decidido dejar de asistir a la prestación de su servicio, pues, para dicho momento él estaba padeciendo una enfermedad que no estaba siendo tratada y que conllevó a que se fugara varias veces de la institución policial sin prever las consecuencias de su conducta; ello es así, en tanto que un mes después de la ocurrencia de los hechos el patrullero duró desaparecido aproximadamente 15 días y cuando fue hallado no refería bien las circunstancias de tiempo y lugar en las que se encontraba, como se pudo establecer en su historia clínica, circunstancias que debieron estar plenamente probadas en la investigación disciplinaria para imponer como título de culpabilidad, el dolo. En ese orden de ideas, considera la Sala que la entidad demandada vulneró el derecho al debido proceso del actor, primero, porque su actividad probatoria fue deficiente, como se señaló anteriormente y, segundo, por la falta del elemento de la culpabilidad endilgado, ya que la Policía Nacional recurrió a pruebas ineficaces para la comprobación del aspecto volitivo de la conducta. Aunado a ello, la Policía Nacional vulneró el principio de presunción de inocencia, el cual además de estar regulado en el Código Único Disciplinario, encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. «En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el debido proceso también se predica de las

actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo consagró en el artículo 9 del CDU, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142 del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» Lo anterior, en tanto que para sancionar a una persona en materia disciplinaria no debe existir duda alguna, sino la certeza en su comisión, y la contundencia de la prueba que demuestren los elementos típicos constitutivos de la falta, dadas las consecuencias que se desprenden de la imputación de esta norma y lo que implica en la vida laboral de un servidor. La jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a este principio ha sostenido que «se trata de una presunción iuris tantum que ofrece la garantía al disciplinado de no ser objeto de sanción alguna hasta tanto no se den los presupuestos legales previstos para ello». Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha considerado que la presunción sólo puede ser desvirtuada cuando se establezca que la conducta que originó la investigación es disciplinable, que la ocurrencia de esta se encuentre debidamente acreditada y, finalmente, que el autor y responsable sea el investigado. En el asunto sometido a consideración, como se mencionó, no se acreditó por el juzgador disciplinario, siendo esta su obligación en consideración a lo consagrado en el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, uno de los requisitos para declarar responsable disciplinariamente a un servidor público, esto es, el actuar doloso que le fue imputado, vulnerando con ello el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia”.

Carece de competencia la Oficina de Control Interno Disciplinario para ejercer la potestad sancionatoria en accidentes de tránsito. Acto de destitución del patrullero de la Policía Nacional. Falsa motivación. Restablecimiento del derecho. Pago de salario y prestaciones sociales. Alcance de la sentencia de la Corte Constitucional.

RADICADO: 19001-23-33-000-2015-00437-01 [1098-2020]

FECHA: 07/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Daniel Ricardo Bello Álvarez

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Metropolitana de Popayán carecía de competencia para ejercer la potestad sancionatoria por accidentes de tránsito del que participó el patrullero disciplinado y, en consecuencia, declarar su responsabilidad de la colisión y de los daños ocasionados al vehículo?

Tesis 1: “[...] en materia de tránsito el bien jurídico tutelado es diferente al concernido en las conductas de los servidores públicos reguladas por el régimen disciplinario. El primero atañe a una actividad de riesgo, como lo es la conducción de automotores, mientras que el segundo, a la moralidad administrativa en el incumplimiento de los deberes. En otras palabras, en asuntos de tránsito existen principios de configuración sancionatorios diferentes, de manera que su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son autónomos, es decir, que la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y el reproche punitivo por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras, comportan un sistema propio de dere-

cho sancionatorio de tránsito; que es disímil e irreductible respecto del grado de culpabilidad o responsabilidad del régimen disciplinario que rige a los servidores públicos, que, en últimas, es un juicio personal de reproche por la acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.(...) [D]e las conductas imputadas al demandante y las conclusiones a las que arribó la oficina de control disciplinario de la policía metropolitana de Popayán, confirmada en segunda instancia, se observa que esta asumió las competencias de las autoridades de tránsito, al deducir, además, sin los elementos de prueba suficientes, como lo destacó el a quo, que el demandante fue el responsable de la colisión y de los daños ocasionados al vehículo. Este análisis le está vedado a la autoridad administrativa disciplinaria, pues esta es función de la autoridad de tránsito. Comoquiera que las autoridades disciplinarias de la Policía Nacional sustentaron la responsabilidad subjetiva del demandante en el daño ocasionado al vehículo y que este a su vez se causó por las presuntas «infracciones de tránsito», la decisión sancionatoria se adoptó sin la experticia acerca de este tipo de contravenciones, las dos versiones

de la colisión y la totalidad de pruebas; y, lo más relevante por la ley, sin autorización para asumir la valoración comportamental por el hecho del choque de los vehículos. Así las cosas, el recurso de apelación impetrado por la parte demandada no prospera y, por ende, resulta acertada la decisión del Tribunal, que declaró no probada la configuración de los cargos primero y tercero, imputados al encartado. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La conducta que motivó sanción de destitución e inhabilidad por 12 años del patrullero de la Policía Nacional, consistente en conducir y colisionar una camioneta de esta institución con licencia de conducción pero sin el certificado de idoneidad regulado por el reglamento logístico de la Policía, es ilícita y tiene carácter de gravísima? De no ser así, ¿los actos sancionadores incurrieron en desproporcionalidad de la sanción, falsa motivación y expedición irregular, al no analizar íntegramente las pruebas ni justificar la calificación de la conducta?

Tesis 2: “[...] El Código Nacional de Tránsito Terrestre, en su artículo 19, señala los requisitos de idoneidad para el manejo de un vehículo, en este caso una camioneta, los cuales el actor cumplió. De manera que el hecho de exhibir la licencia de conducción, «expedida por autoridad competente y de la categoría correspondiente al vehículo conducido», es suficiente para demostrar que podía conducir la camioneta. Resulta claro que no existe un nexo causal entre la falta del «certificado de idoneidad», que pide la Policía Nacional a sus miembros para poder conducir un automotor, y la colisión en la que estuvo involucrado el demandante. En otras palabras, no por el hecho de que un policial tenga el mencionado certificado de idoneidad se puede inferir que sea exento de estar comprometido en una colisión, sin embargo, la Sala no desconoce el valor y la importancia de los cursos y el entrenamiento que la Policía Nacional otorga a sus integrantes, por ello, al omitirlo se incurre en la comisión de una falta disciplinaria grave, como se indicó. (...) Para la Sala, existe certeza

sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, pues las pruebas practicadas dan claridad acerca de la comisión de la conducta, no obstante, la gravedad de la conducta, en los términos del artículo 142 de la Ley 734 de 2002, no aparece como cierta e indiscutible. Empero, en los actos acusados no se hizo un análisis integral de las evidencias probatorias; es más no se explicó ni justificó con suficiencia por qué se le calificó la conducta como gravísima y a título de dolo, lo que comporta una expedición irregular y por falsa motivación, toda vez que no existen razones suficientes para sancionar al demandante con destitución e inhabilidad por un término de doce (12) años. Como se lee, la sanción impuesta fue producto de la exégesis, por lo que resulta injusta, desproporcionada y arbitraria, pues no tuvo en cuenta que el requisito de idoneidad para manejar un vehículo es la licencia de conducción, que el demandante tenía en su haber, y lo que le faltó fue realizar un trámite interno para cumplir un manual logístico, entendido este último como «4. f. Conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio, especialmente de distribución». (...) Todo lo anterior demuestra que la conducta irregular enrostrada al accionante tuvo ocurrencia, que constituyó incumplimiento del deber funcional imputado, pero con una equivocada inteligencia de la norma tanto en el pliego de cargos como en las decisiones de primera y segunda instancias, porque imputan una graduación ajena a la realidad. Se insiste, la presunta omisión o desconocimiento del manual logístico corresponde a la descripción típica de carácter grave y no gravísima, como erradamente se le calificó, lo que conlleva declarar la nulidad de los actos acusados, pues, se repite, ninguno de los cargos imputados dentro del procedimiento disciplinario fue demostrado. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Procede aplicar la sentencia de la Corte Constitucional SU-556 de 2014, que impone topes al restablecimiento del

derecho a los servidores públicos nombrados en provisionalidad que son retirados, al caso particular para indemnizar al patrullero de la Policía Nacional que fue retirado del servicio como consecuencia de una sanción de destitución, habida cuenta que en esta providencia se declaró la nulidad de los actos sancionatorios?

Tesis 3: “[...] La Corte señaló, como precedente, que los actos discrecionales de retiro de miembros de la Policía deben ser motivados y que, en estos casos, el juez de lo contencioso-administrativo debía declarar la nulidad del acto administrativo y ordenar el restablecimiento del derecho bajo los lineamientos previstos en la sentencia SU-556 de 2014, esto es, que la «indemnización» para los asuntos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe tener un tope. En otras palabras, esa Corporación, sin carga argumentativa alguna y sin fijar las reglas pertinentes, extendió los denominados «topes indemnizatorios» para los servidores públicos provisionales a los miembros de la fuerza pública, que fueran retirados del servicio activo en ejercicio de la facultad discrecional, y de esta forma limitó su restablecimiento del derecho. Se insiste, no es dable equiparar el retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional con la declaratoria de insubsistencia de los empleados vinculados en provisionalidad, dadas las particularidades del primero, tales como: (i) el ingreso al servicio de los policiales se produce después de superar un curso de formación para tal fin, que incluye variadas pruebas para acreditar su idoneidad, lo cual se relaciona más con un procedimiento meritocrático propio de los empleados de carrera que, con una vinculación provisional; y (ii) los policiales se encuentran sujetos a un régimen especial de carrera, ascenso y retiro del servicio. En ese orden de ideas, acreditada la inexistencia de identidad entre el ingreso a la carrera policial y la vinculación provisional de los empleados públicos, la falta de justificación de la aplicación de la extensión de la limitación de la indemnización

mencionada en precedencia a los miembros de la institución policial; y lo inicuo del argumento de pretender que el ciudadano le sea impuesta una carga consistente en responder patrimonialmente a través de la disminución de las sumas derivadas de una condena económica por cualquier dilación procesal en el trámite de su contención que supere los 24 meses autorizados como «indemnización», por la Corte Constitucional (tal como acertadamente lo plantea el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado de la sentencia de unificación pluricitada), conduce inexorablemente a que la sentencia SU053 de 2015 en este caso sea inaplicable. Corolario de lo anterior, esta Sala de decisión opta por mantener el precedente de la sala plena, porque estamos ante una decisión del Consejo de Estado que es el tribunal de cierre en materia de lo contencioso-administrativo (...). Lo antes indicado porque el artículo 270 del CPACA prevé como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya dictado el Consejo de Estado por importancia jurídica, trascendencia económica o social, por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, las que decidan los recursos extraordinarios y las que tengan relación con el mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Las sentencias de unificación contienen reglas que pasan a integrar el ordenamiento jurídico, porque en su función de interpretación de la ley es de carácter y aplicación obligatoria y vinculante. En el asunto sujeto a examen, se tiene que el uniformado ingresó al escalafón policial el 16 de enero de 2012 (...) y fue retirado del servicio por destitución, sin que se le demostraran los cargos disciplinarios imputados, por ende, resulta procedente, en materia de restablecimiento del derecho, ordenar su reintegro y el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta el efectivo reintegro, y también se ordenará que las sumas reconocidas sean indexadas, para que las cosas vuelvan a su estado anterior”.

Se debe verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del cargo de un servidor público previo a su nombramiento, so pena de sanción disciplinaria. Oficina de Talento Humano.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-01341-01 [2819-2019]

FECHA: 28/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Julio César Franco Vargas

DEMANDADO: : Bogotá - Personería Distrital

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Procede anular los actos administrativos mediante los cuales el profesional especializado, código 222, grado 8, de la Oficina de Talento Humano del Hospital El Tunal fue sancionado con suspensión de un (1) mes por omitir revisar el cumplimiento de los requisitos mínimos de un empleado que se posesionó en un cargo sin reunirlos, toda vez que la función que se le endilga por omisión no era de su resorte?

Tesis: “[...] En lo atañadero a que no tuviera asignada la función, cabe precisar que, como se relacionó antes, el actor tenía la de preparar y presentar los proyectos de actos administrativos que deriven de la administración de personal [...] para la firma el gerente»; es decir, que de esta tarea se colige, sin ninguna hesitación, que debía revisar, en este caso, si los actos administrativos de nombramiento y posesión colmaran los requisitos mínimos, ello se deduce de la expresión «preparar», que significa Prevenir, disponer o hacer algo con alguna finalidad. [...] Hacer las operaciones necesarias para obtener un producto. tuviera la obligación de realizar la función respecto de la cual se le endilga su omisión;». Por ende, no es aceptable inferir

que su actividad se limitaba a llenar una especie de formulario y entregárselo al gerente para que este lo firme; él debió disponer y prevenir que no podía presentar un acto administrativo y tramitar una posesión de una persona que no satisfacía los requisitos para desempeñar el empleo. Resulta reprochable que un profesional especializado pretenda afirmar que preparar y presentar un acto administrativo no implica su intervención como actuario, sino como un «convidado de piedra», al que simplemente le compete dar el visto bueno de los proyectos que le entreguen los profesionales universitarios que están bajo su coordinación. Así las cosas, los cargos de anulación planteados carecen de vocación de prosperidad. (...) En resumen, el visto bueno, el manual de funciones y los testimonios recaudados dentro del procedimiento disciplinario dan cuenta de que le correspondía al demandante, jefe de talento humano, al momento de preparar y presentar el proyecto de acto administrativo, corroborar los requisitos del cargo que se pretendía ocupar. El hecho de que la profesional universitaria tenga la obligación de hacer la verificación física, no exonera ni libera al demandante de revisar, como proyectista, el acto administrativo de nombramiento

to y el acta de posesión del servidor público a designar, en el sub lite, el del jefe de oficina, código 6, grado 4, en el Hospital El Tunal, que ocupó el señor (...). De acuerdo con el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la responsabilidad por la comisión de una falta grave culposa, se tasó en la mínima sanción, cual es la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un mes (artículo 46, ibidem), convertido a multa equivalente a 30 días de salario básico mensual devengado en la época de comisión de la falta, al haber cesado en sus funciones; dosificación que se halla ajustada a derecho y responde a la proporcionalidad con la sanción. [...]”.

Prescripción de la acción disciplinaria y conducta de carácter permanente. Celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal. Interrupción del término de la prescripción, notificación del fallo disciplinario principal. Falsa motivación por defectuosa valoración probatoria. Elemento “detrimento patrimonial” del tipo disciplinario. Valor global del contrato y sobrecostos en el valor global del contrato, sobrecostos de los precios unitarios.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-00349-01{0862-2017}

FECHA: 28/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Édgar Antonio Ruiz Ruiz

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Tuvo ocurrencia el fenómeno de la prescripción comoquiera que debió atenderse a la fecha de suscripción de la liquidación del contrato y no solo la suscripción del contrato?

Tesis 1: “[...] para determinar cuándo comienza a contabilizarse el término de prescripción debe establecerse si la falta disciplinaria es instantánea, permanente o continuada [...] el deber infringido (...) fue «Participar en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica y económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra (...) cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control de crecientes de la Cuenca del río Tunjuelo, respecto a los precios fijados el 31 de julio de 2006 por el diseñador y asesor del mencionado proyecto (INGETEC), omisión (carencia de justificación técnica y económica) que se prolongó durante la ejecución del contrato (25 de agosto de 2006 al 15 de septiembre de

2007) y hasta el momento en que el disciplinado aprobó la liquidación del aludido contrato el 30 de noviembre de 2007 guardando silencio al respecto, lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo [...] Por dicho cargo fue que se le sancionó disciplinariamente por parte de la Procuraduría General de la Nación el 14 de febrero de 2012, al advertir que los ítems de obra 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. fueron contratados, ejecutados, y pagados al contratista con un sobrecosto mayor al establecido por la firma INGETEC S.A., decisión que fuera confirmada en segunda instancia. Como se advierte de lo anterior, es apenas evidente que el análisis del Tribunal no se ocupó de analizar en su integridad el primer cargo endilgado [...] el Tribunal pasó de largo sobre cada de una de las situaciones señaladas en el pliego de cargos, que fueron relacionadas por la Procuraduría General de la Nación, frente a cada de una de las normas cuyo desconocimiento se le atribuyó al señor (...) y donde de forma reiterada

se hizo referencia a que la incursión en la falta disciplinaria ocurrió durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato, que imponían examinar la actividad contractual del gerente general de la EAAB durante todo el desarrollo del contrato hasta su liquidación, tal como se puntualizó en precedencia. [...] Como se advierte no fue acertada la Tesis del Tribunal comoquiera que desde el mismo pliego de cargos se advirtió al demandante que se investigaría su actividad contractual desplegada frente al contrato No. 01-25500-2872006 de 11 de agosto de 2006 frente a los sobrecostos de los ítems mencionados, que finalmente fueron pagados al contratista, escenario en el que se despliega una conducta de carácter permanente, por lo que la prescripción se cuenta desde la realización del último acto, como fue la suscripción del acta de liquidación del contrato. Ahora bien, en vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009, indicó que la sanción disciplinaria se impone y, en consecuencia, se interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con la expedición y notificación del fallo que resuelva los recursos de la vía gubernativa. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sus dos subsecciones, ha aplicado dicha Tesis, tanto por la Subsección A, en sentencia de 13 de febrero de 2014, así como por la Subsección B en sentencia de 28 de julio de 2014 donde señaló que, dentro del mencionado plazo, para que no opere la prescripción, la autoridad disciplinaria sólo debe proferir y notificar el acto administrativo principal y no los que resuelven los recursos interpuestos contra este. Igualmente la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 30 de junio de 2016, nuevamente se pronunció en cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria

consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002; en esta oportunidad la Sala reiteró que la autoridad disciplinaria impone la sanción e interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con el que resuelve los recursos interpuestos contra éste. De acuerdo con esto es válido concluir que la Tesis vigente en materia de prescripción de la acción disciplinaria es la contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término de los 5 años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria competente sólo debe proferir y notificar el acto principal, esto es el fallo de primera o única instancia, con el cual se interrumpe el término de prescripción. Por esto, como el acto de consumación de la falta disciplinaria se produjo el 30 de noviembre de 2007 cuando se suscribió el acta de liquidación del contrato de forma bilateral, no operó el fenómeno de la prescripción establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, toda vez que la decisión sancionatoria de la Procuraduría Delegada la Moralidad Administrativa, a través de la cual, se declaró disciplinariamente responsable al señor (...) fue proferida el 14 de febrero de 2002 y notificada por edicto que se desfijó el 1.º de marzo de 2012, es decir, antes de la ocurrencia de los cinco años que señala la norma en mención. Por tanto, no le asistió razón al Tribunal Administrativo, que al proferir sentencia el 11 de agosto de 2016 desconoció los lineamientos que, para determinar la prescripción de la acción disciplinaria, dispuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 2009, razón que impone revocar la decisión del Tribunal, desechar el cargo de anulación referente a la ‘Violación de los artículos 29, numeral 2.º y 30 de la Ley 734 de 2002 [...]’”.

Problema jurídico 2: ¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios, incurrió en falsa motivación, toda vez que no atendió que la Contraloría General de la República determinó que por esos hechos no ocurrió detrimento patrimonial?

Tesis 2: “[...] En lo que respecta a los actos administrativos disciplinarios, una causal de falsa motivación podría estar relacionada con la categoría de la tipicidad, pues es en este elemento de la estructura de la responsabilidad en donde converge la imputación fáctica con la imputación jurídica, cuestión que permitirá no solo saber si la falta es gravísima, grave o leve, sino determinar con toda claridad si la conducta se adecuó o no al respectivo tipo disciplinario. En síntesis, la falsa motivación en materia disciplinaria se puede dar, entre otros eventos, por una defectuosa imputación típica, lo que implicaría desconocer, al mismo tiempo, el principio de legalidad. [...] En el sub judice, se advierte que dentro del proceso disciplinario la conducta atribuida en el pliego de cargos y por la cual se le sancionó en el proceso disciplinario es la falta disciplinaria gravísima contemplada en el art. 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 [...] la Procuraduría General de la Nación encausó la falta disciplinaria en relación con la primera parte de la norma citada (...) para lo cual describió la conducta objeto de reproche referente al incumplimiento de los deberes que le asistían al demandante como ordenador del gasto, relacionados con la suscripción de un contrato con sobrecostos, frente a los precios que habían sido actualizados por INGETEC SA y además porque suscribió dos modificaciones al contrato y el acta de liquidación bilateral sin que hubiese tomado alguna decisión frente a los altos precios que se fijaron en los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1., esto, sin justificación técnica y económica idónea para el efecto, omisión que se prolongó durante las etapas contractuales subsiguientes con el silencio del disciplinable en

este aspecto en particular. [...] debe recordarse que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es una empresa industrial y comercial del Estado, del nivel distrital, que presta los servicios de acueducto y alcantarillado sanitario y pluvial a la ciudad de Bogotá y el régimen jurídico aplicable es el de derecho privado excepto en los casos previstos en la Ley 142 de 1994 y las normas contenidas en sus propios estatutos. Para la época de los hechos se encontraba vigente la Resolución 1016 de 2005, Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P. Es por esto que la PGN citó como desconocidos los artículos 16 y 25 de la Resolución 1016 de 2005 de la EAAB, manual de contratación de la entidad vigente para la época de los hechos. Ahora bien, frente a este cargo, el demandante no cuestiona su condición de sujeto activo de la conducta, ni que los ítems relacionados en los numerales 5.7., 8.15.1 y 8.18.1 hayan presentado un sobrecosto frente a los precios suministrados y actualizados por INGETEC S.A., sino que básicamente su Tesis consiste en que, como la Contraloría General de la República, no encontró detrimento patrimonial alguno dentro de la investigación fiscal que adelantó, no podía la PGN señalar que aquel sí existió. [...] específicamente el proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5.º del artículo 268 de la Carta Política, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc.

6º C.P.). [...] La Sala precisa, que la responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 610 de 20007, no tiene carácter sancionatorio, ni penal; tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, por lo que cada proceso trae consigo consecuencias diferentes. [...] De otra parte, en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. [...] De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón al demandante cuando afirma que debió ser absuelto de responsabilidad disciplinaria por ser exonerado de responsabilidad fiscal, más aún cuando como se vio, el análisis de la Contraloría General de la Nación no avanzó sobre la conducta que se le reprocha de la actividad contractual como fue celebrar un contrato con sobrecostos en los ítems 5.73., 8315.1 y 8.18.1. en valor diferente al establecido por la firma INGETEC SA; sin justificación técnica o económica, razón que impone denegar el cargo mencionado. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿En este caso, la PGN incurrió en una falsa motivación por una deficiente valoración probatoria cuando analizó el elemento «detrimento patrimonial» del tipo disciplinario?

Tesis 3: “[...] Como se aprecia de la parte histórica, la redacción de este cargo es algo confusa, sin embargo, de él se extrae que la inconformidad del demandante radica en que no se interpretó de forma correcta el caso al versar sobre

un contrato en la modalidad de precios unitarios, donde la cláusula del valor sirve como indicativo de un monto estimado, pero no es vinculante y obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá cuando se ejecute la obra, aplicando el procedimiento establecido. Además, frente a este aspecto señaló que el perito de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación señaló en su informe oficial que, de conformidad con el pliego, la aceptación de la oferta se efectúa sobre el valor total de la misma y que no se presentaron sobrecostos toda vez que el material de mayor valor se ejecutó en menor cantidad que lo previsto en el presupuesto inicial. Sobre este aspecto, es importante aclarar lo siguiente: El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 ibídem) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien tales modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, esto no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, siempre y cuando en las condiciones generales de la contratación se encuentren precisas las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c). [...] Sobre las características de este tipo de contratos, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, señaló que el contrato de obra a precio unitario es aquél en

el que el precio del objeto contractual, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución (...) el aumento o la disminución de las cantidades de obra contratadas, no comporta una modificación al objeto del contrato sino, una consecuencia de las estipulaciones del mismo, lo cual ha de determinarse en cada caso, con la medición periódica de los avances de la obra; éstos, recogidos en actas o como se haya estipulado en el contrato, van a reflejar, con la misma periodicidad, un valor del contrato proveniente de su ejecución real; requiriéndose, dado el caso, el trámite del recurso presupuestal en cuanto exceda la apropiación inicial, además de las formalidades establecidas por las partes. [...] el argumento del demandante persigue salvar su responsabilidad disciplinaria con base en que el precio global del contrato no representó un detrimento económico toda vez que se realizaron mayores obras frente a algunos ítems y los que representaban mayores costos no fueron ejecutados como se había planeado inicialmente, esto con miras de que quede sin piso el análisis realizado a los precios unitarios de los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. La naturaleza del contrato a precios unitarios, como ya se vio en precedencia lo que permite es que el valor global se pueda establecer de acuerdo con las cantidades de obra ejecutadas por el precio unitario convenido. Adicionalmente, si en la ejecución del contrato este sufre variaciones es posible que el precio inicial sea ajustado, como hubiese sucedido de extenderse las condiciones climáticas desfavorables, por incremento de obra o la disminución de ésta, por lo que, una vez finalizado el contrato, el valor final se determinará por el resultado de multiplicar los precios unitarios por la cantidad de obra efectivamente

ejecutada. Sobre ello no hay discusión. Empero sobre lo que se centra la controversia son los precios con los cuales se suscribió el contrato y se mantuvo su ejecución. Para ello debemos atender al artículo 12 de la Resolución 1016 de 2005, manual de contratación de la EAAB, vigente para la fecha de los hechos, norma que establece el procedimiento para la invitación privada de ofertas [...] De acuerdo con las normas analizadas y la misma definición del contrato de obra a precios unitarios se advierte como válido el cuestionamiento que se hizo la Procuraduría General de la Nación, pues si en efecto, el proceso contractual arrancó con unos precios que presentaron sobrecostos y que difirieron, sin justificación alguna, de los establecidos y actualizados por INGETEC SA, específicamente frente a los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1., estos repercutirían a futuro en el precio finalmente pagado al contratista, ignorando que el mismo manual de contratación de la entidad establece qué debe contener los términos de referencia y cómo debe establecerse el presupuesto oficial para contratar a través de la modalidad de contratación privada donde determina con claridad, quienes intervienen en dicho proceso, y las actuaciones que deben desplegar. De acuerdo con ello, es evidente que al finalizar el contrato el valor global de éste se incrementó, igualmente, de forma injustificada, en suma que para este caso corresponde a \$571'507.442,16, como lo determinó la PGN según las diferencias dadas por el perito adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la entidad. Los anteriores aspectos hicieron parte del debate en el proceso disciplinario, sin que los disciplinados hayan aportado alguna prueba sobre la justificación de los sobrecostos establecidos para los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. Al contrario, su Tesis, como se vio, consistió en que, al no presentarse un sobrecosto en el valor global del contrato, no hubo detrimento patrimonial. Por su parte, las decisiones sancionatorias no

acogieron dichos planteamientos y a medida en que el proceso disciplinario avanzó se fueron consolidando las pruebas de que efectivamente se presentó un sobre costo en los citados ítems, para lo cual el disciplinado no presentó justificación alguna e inclusive no se manifestó frente al dictamen elaborado por el perito de la PGN. Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación demostró cómo em (sic) este caso hubo ausencia de justificación frente a los costos de los precios unitarios para los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. evento que generó, a la postre, el valor global del mismo presentara un incremento, a todas luces irregular, escenario que impone denegar el cargo analizado. [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Se desatendió el principio de interpretación restrictiva establecido en la Sentencia C -818 de 2005 y demás normas relacionadas, y con ello, el elemento de ilicitud sustancial?

Tesis 4: “[...] la PGN solamente le endilgó al demandante en su calidad de gerente de la EAAB el siguiente aparte normativo «Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público [...]», sin embargo, citó las normas cuyos deberes implícitos consideró infringidos [...] entre una de las disposiciones en cita como es la Resolución 1016 de 2005 «Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, E.S.P.»,

en su artículo 25 señala que el procedimiento de contratación estará regido por los principios de responsabilidad personal y economía, y orientada a obtener la optimización de los recursos de la Empresa. [...] advierte esta Sala, que los citados deberes fueron desconocidos por parte del demandante, toda vez que como lo demostró el dictamen pericial realizado por el profesional de la Procuraduría General de la Nación los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. tuvieron un sobreprecio que se originó desde la misma celebración del contrato y que se mantuvo durante el durante su ejecución sin que el demandante haya justificado dicha actuación y mucho menos la omisión frente al ajuste del precio de acuerdo a las cifras que había suministrado la firma ingente que sea, con lo cual es evidente que no acató el principio contractual de optimización de los recursos de la empresa y con ello el principio de responsabilidad individual, por lo que era válido que la PGN concluyera que «[...] por lo que verificar el cumplimiento de los requisitos para la adjudicación de los contratos era, cuando menos, una labor que debían realizar con especial cuidado por lo que la sala concluye que la conducta de los disciplinados no tiene justificación alguna». De acuerdo con ello, al advertirse que no se vulneró el principio de interpretación restrictiva, y qué se analizó en debida forma el elemento de ilicitud sustancial por parte de la Procuraduría General de la Nación, se negará el cuarto cargo formulado. [...]”.

La falsedad personal en la prueba del Saber Pro no constituye falta disciplinaria, ya que el servidor público no desarrolló la conducta en calidad de miembro de la Policía Nacional.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00042-00 [0142-2017]

FECHA: 02/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional

DEMANDADO: Nación – Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento.

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La conducta de falsedad personal en la práctica del examen Saber Pro de un miembro de la Policía Nacional no constituye falta disciplinable, dado que no guarda relación con su calidad de servidor público?

Tesis: “[...] Constituye falta gravísima la realización objetiva de una descripción típica consagrada como delito - sancionable a título de dolo “cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo” (Ley 734 de 2002, artículo 48 numeral 124 y Ley 1015 de 2006 artículo 34 numeral 925). Lo anterior indica que el legislador disciplinario –tanto para las conductas originalmente disciplinarias como para aquellas que lo son por vía de las codificaciones penales- al establecer los “asuntos objeto del derecho disciplinario” o “conductas disciplinables” no tuvo como parámetro de adjudicación el solo desempeño del cargo público o función pública por parte del sujeto disciplinable, sino que además lo cualificó en el sentido de exigir que tal conducta del sujeto que desempeñe el cargo o la función pública debe también estar vinculada (directamente) con el cumplimiento de sus deberes -los de la función o el cargo-, o (indirectamente) en cuanto tenga lugar “en

ocasión”, “como consecuencia” o “por extralimitación de los mismos”, teniendo además como núcleo común y como parámetro clave distintivo “los deberes del cargo o función”. La norma antes transcrita esencialmente se compone de dos partes, la primera de ellas regida por el verbo rector que describe la acción objeto de reproche esto es “Realizar una conducta descrita en la ley como delito, a título de dolo” y la segunda que contiene una exigencia de cualificación especial de la acción reprochable -que se respalda en los principios y reglas antes vistos- a saber que aquella conducta “se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo.”. (...). En ese orden cabe señalar entonces que, el objeto del derecho disciplinario no es la conducta del sujeto disciplinable por sí sola sino únicamente en cuanto tenga relación con la función pública desempeñada y que logre afectarla, esto en la medida en que, a éste no le corresponde corregir las actuaciones de los sujetos de la acción disciplinaria que no trasciendan al ámbito de la función pública -ya que lo contrario daría lugar entre otras a afectación del principio del non bis inidem- pues para ello existen otras disciplinas sancionatorias como la penal y la contravencional. De esta forma

la consagración y preservación de esta regla jurídica en el derecho disciplinario es lo que permite que una misma conducta pueda ser objeto de persecución por parte del Estado a través de sus diferentes disciplinas sancionatorias sin que se afecte el principio del non bis in idem. (...) el hecho de que el señor (...) estuviera ejerciendo sus funciones como teniente de la Policía Nacional en alguna región del país -específicamente en el departamento del Caquetá- mientras en la ciudad de Bogotá el (...) estaba suplantándolo en la prueba “saber pro”, no es argumento suficiente para llevar tal situación de su vida y conducta privada como ciudadano, al ámbito de su cargo o funciones como servidor policial. (...) Para la Sala, la conducta disciplinariamente reprochada al señor (...) -en los términos de los hechos investigados y descritos en los actos sancionatorios de la Policía Nacional que fueron revocados-, escapaban al ámbito del derecho disciplinario por haber sido desarrollados en la esfera personal del servidor público, como estudiante de una

universidad ajena desde todo punto de vista la institución policial, que por demás no fue cometida “con ocasión” de la actividad o función policial en la medida en que aquella no le dio oportunidad alguna para lograr su comisión, en consecuencia fue acertada la conclusión referida a vulneración del derecho fundamental al debido proceso en la garantía de “la legalidad de la falta disciplinaria” a la cual llegó el Procurador General de la Nación en el acto de revocatoria directa acusado. (...) En ese sentido es claro también que, el Procurador General de la Nación en el acto administrativo objeto de acusación no incurrió en i) falta de motivación pues aun cuando sus argumentos fueron sucintos se encuentran plasmados en aquel y son claramente identificables, ni ii) en falsa motivación, pues tales razonamientos como se analizó en precedencia, se sustentan en las pruebas que obran en el expediente así como en la correcta interpretación de la norma disciplinaria sobre las conductas disciplinables de los servidores públicos [...]”.

Violación al debido proceso en materia disciplinaria por desconocimiento de las garantías constitucionales y legales sobre el debido proceso. Atipicidad de la conducta reprochada por ausencia de prueba del incumplimiento del deber presuntamente vulnerado.

RADICADO: 76001-23-33-000-2012-00687-01 [3410-2018]

FECHA: 17/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Luis Eduardo Barrera Vergara

DEMANDADO: Municipio de Santiago de Cali, Personería Municipal

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en falsa motivación y, de conformidad con lo expuesto por el tribunal de primera instancia, los operadores disciplinarios sancionaron al disciplinado sin que existiera subsunción típica e ilicitud sustancial, además, de haberse configurado una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria?

Tesis: “[...] dentro de las garantías del derecho al debido proceso (...) se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho». [...] debe resaltarse (...) como principios de la función administrativa, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y pu-

blicidad. [...] en cuanto al principio de legalidad, que «el servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la Ley vigente al momento de su realización». [...] respecto a la presunción de inocencia (...) señala que «a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla». [...] en relación con la culpabilidad, que «en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa». Ahora, en cuanto a las pruebas, el Código Disciplinario Único señaló (...) que toda decisión proferida dentro de la actuación disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa, correspondiéndole la carga de la prueba al Estado. Finalmente (...) consagran que los medios probatorios deben apreciarse conjuntamente, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, razón por la cual, en toda decisión moti-

vada, el juzgador disciplinario tiene la obligación de señalar las pruebas en que se fundamenta, sin que sea dable emitir un fallo sancionatorio en el que no obre prueba en el proceso que conduzca a la certeza en cuanto a la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado. [...] Uno de los elementos que determina la existencia y validez del acto administrativo, es el causal, esto es, el motivo o causa, el cual está constituido por «los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a declarar la voluntad y que responde al cuestionamiento porqué se expide el acto administrativo». Se refiere entonces a las circunstancias y antecedentes de hecho o de derecho que determinan la decisión contenida, esto es, el por qué de su expedición. Así las cosas, la motivación de los actos administrativos no es más que la declaratoria de las razones de hecho y de derecho que tuvo la administración para emitir determinada decisión. Su contenido permite conocer las causas que impulsaron la exteriorización de la voluntad de esta en determinada dirección. [...] cuando los antecedentes fácticos y legales que expone la administración al momento de dictar su decisión son contrarios a la realidad, se genera una afectación del elemento causal del acto administrativo y se incurre, entonces, en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, denominada falsa motivación, que es cuando «el funcionario ha expedido el acto inspirado en motivos diferentes a los previstos legalmente». [...] Es claro entonces que para la configuración de la falsa motivación es preciso que se cumplan los presupuestos enunciados y además a quien alega la existencia de esta causal de nulidad le corresponde demostrarla, en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad. [...] la Sala puede establecer que la responsabilidad recae directamente sobre el nominador quien es el que debe, primero, proveer el empleo de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva a través del encargo de em-

pleados de carrera o de libre nombramiento y remoción y, segundo, vencido el término máximo de 3 meses, proveer el empleo en forma definitiva, razón por la cual no podría hablarse de un desconocimiento de la norma ni de un deber legal por parte del actor quien fue el que asumió el encargo, cuando, se insiste, la norma precisa dos deberes que están a cargo del nominador. [...] la norma no contiene un deber expreso para la persona que es nombrada en un encargo, sino para quien reglamentariamente tiene la función de nombrar su reemplazo, omisión esta que dio origen a la permanencia en el cargo por un término mayo al establecido en la Ley [...] la labor y permanencia del demandante en el empleo encargado, no fue para nada diferente que el cumplir los principios de la función pública y colaborar con la administración municipal, pues, no se demostraron, como lo afirmó el quejoso, razones oscuras o contrarias a la ley, máxime que, como se estableció en los decretos de nombramiento, el encargo fue realizado sin efectos fiscales, es decir, que el actor, pese a encontrarse encargado de un cargo vacante definitivamente y tener derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo desempeñado temporalmente, no devengó la remuneración como gerente de la Empresa Municipal de Renovación Urbana, sino que siguió recibiendo el de secretario de despacho de la Secretaría de Vivienda Social. [...] considera la Sala que la entidad demandada incurrió en falsa motivación y vulneró el derecho al debido proceso del actor por atipicidad de la falta, en atención a que la conducta realizada por el señor Luis Eduardo Barrera Vergara no se enmarca de manera alguna dentro de los supuestos típicos de la falta disciplinaria que le fue endilgada, toda vez que no se acreditó el incumplimiento de ningún deber legal, ya que resultaba más traumático para la prestación del servicio, el abandono de las funciones que le fueron encargadas sin que previamente se hubiera nombrado su reemplazo y su nominador en momento alguno le infor-

mó, en el decreto a través del cual se efectuó su nombramiento o en un documento emitido con posterioridad, el límite de su permanencia en dicho cargo. [...] la Personería Municipal de Santiago de Cali vulneró el principio de presunción de inocencia (...) según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. (...) de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto (...) no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» Lo anterior, en tanto que para sancionar a una persona en materia disciplinaria no debe existir duda alguna, sino la certeza en su comisión, y la contundencia de la prueba que se pretende hacer valer en la configuración de los elementos típicos constitutivos de la falta, dadas las consecuencias que se desprenden de la imputación de esta norma y lo que implica en la vida laboral de un servidor. La jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a este principio ha sostenido que «se trata de una presunción iuris tantum que ofrece la garantía al disciplinado de no ser objeto de sanción alguna hasta tanto no se den los presupuestos legales previstos para ello». Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁸, ha considerado que la presunción sólo puede ser desvirtuada cuando se establezca que la conducta que originó la investigación es

disciplinable, que la ocurrencia de esta se encuentre debidamente acreditada y, finalmente, que el autor y responsable sea el investigado. Así entonces, este principio, tanto constitucional como legal, se desconoce cuándo se impone una sanción y: i) la conducta no es considerada en la Ley como una falta disciplinaria; ii) no se encuentra acreditada probatoriamente; o iii) no fue cometida por el investigado. En el asunto sometido a consideración, como se mencionó, no se acreditó por el juzgador disciplinario, siendo esta su obligación en consideración a lo consagrado en el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, que el señor (...) hubiera incumplido un deber, circunstancia que hace que se haya incurrido en atipicidad de la conducta vulnerando con ello el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia. Igualmente, tampoco se acreditó que se hubiere afectado la prestación del servicio en el cargo del cual era titular el actor o en el que se encontraba encargado, motivo por el cual, si bien la sanción se anula, en esta instancia, por atipicidad de la falta, también es importante destacar que no se incurrió en ilicitud sustancial, por lo antes mencionado. Finalmente, pese a que es dable confirmar la sentencia de primera instancia, se hará por las razones expuestas, esto es, por la configuración de la atipicidad de la conducta endilgada, no siendo necesario analizar, entonces, una causal de exclusión de responsabilidad como en efecto lo hizo el Tribunal del Valle del Cauca [...]».

Nulidad del acto administrativo que sancionó con suspensión e inhabilidad especial a capitana de la Policía Nacional por violación al debido proceso. Perspectiva de género. Mujer en crisis emocional.

915

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-03893-01 [1914-2020]

FECHA: 11/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Tania Rocío Rodríguez Salomón

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos a través de los cuales se sancionó disciplinariamente a la demandante con suspensión e inhabilidad especial por el término de doce meses, conforme a la falta grave prevista en el numeral 10.º del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006 –concerniente a «Incumplir, modificar, desautorizar, eludir, ejecutar con negligencia o tardanza, o introducir cambios, sin causa justificada, a las órdenes o instrucciones relativas al servicio»–, en su condición de capitana de la Policía Nacional, se encuentran viciados de nulidad por haberse expedido con violación al derecho al debido proceso?

Tesis: “[...] Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de las autoridades disciplinarias, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse, presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo en

demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso. (...) De las conductas imputadas a la demandante y las conclusiones a las que arribó la inspección delegada regional de policía cinco de Cúcuta (Santander), confirmada en segunda instancia, por el inspector general mayor regional de la Policía Nacional, no está demostrado el incumplimiento a una orden concreta, específica y puntual relacionada con el servicio.(...) Ahora bien, dentro del procedimiento disciplinario no se acreditó que la demandante no estuviera presta a cumplir su turno de disponibilidad, por el contrario, conforme a las asignaciones que tenían los alumnos, las primeras actividades corresponden a actividades físicas y de acondicionamiento corporal, en el que no aparece algún rol a ella asignado; empero, sí se comprobó que estuvo pendiente de la realización del polígono, de acuerdo con el testimonio del intendente (...), quien se entrevistó con la actora antes de que se iniciara. En otros términos, para la subsección también está claro que la accionante debía estar a las 8:00 a. m. para la realización de actividades de polígono, las que, por tratarse del manejo de armas de fuego, son

de alto riesgo y la presencia de los oficiales de turno son indispensables. De ahí que el capitán a cargo de la actividad requiriera la presencia de la demandante en su condición de oficial de turno y ante la presunta omisión en hacerse presente, este le llamara la atención de manera verbal y le solicitara que se retirara. Sin embargo, ni el capitán a cargo de la actividad del polígono ni los investigadores disciplinarios tuvieron en cuenta que la demandante estaba en incapacidad psicológica de suplir el turno, por encontrarse bajo depresión, como lo declaró la señora (...) y lo dictaminó la sicóloga (...). En efecto, la demandante al momento de ser requerida para la realización del polígono estaba bajo depresión, pues presentaba llanto incontrolable, producto de una sensación de persecución en su contra (cuya existencia no es objeto de debate en este proceso), como lo afirmó ella, lo ratificó la señora (...) y lo dictaminó la psicóloga que la atendió ese día. Se destaca el dicho de la profesional en psicología (...), que indicó que a la encartada el 5 de febrero de 2014, luego de atenderla, le dictaminó que tenía «una crisis emocional, estaba llorando [...] la situación se estaba generando porque habían problemas con los oficiales [...] se generó el informe al director de la escuela donde se hacían recomendaciones sobre la situación actual laboral entre los oficiales, de igual forma se informó que la Capitán se encontraba en una crisis emocional la cual debía ser revisada allá en la escuela». Así las cosas, carece de fundamento la sanción impuesta a la demandante pues simplemente no se le puede endilgar el incumplimiento de una orden a quien no está en capacidad de cumplirla. En otras palabras, la actora, pese a que tenía, ab initio, la intención de atender las labores a ella asignadas, por su crisis emocional, no podía ni debía estar en esas actividades de alto riesgo. (...) En este asunto ocurrió que ante el estado mental alterado de la actora, se le hizo un llamado de atención a gritos frente al escarnio de

los alumnos y, posteriormente, se prosiguió con investigaciones penales y disciplinarias, eso sí, dejó de lado la opinión de la psicóloga, con el argumento deleznable de que su perturbación psíquica solo se valoró después de que debió cumplir el horario; se insiste, si carecía del control de sus emociones, no se le podía exigir el cumplimiento de horarios ni mucho menos de obligaciones de alto riesgo, como el manejo del armamento en un polígono. Como se lee, la sanción impuesta fue producto de la exégesis, por lo que resulta injusta, desproporcionada y arbitraria, pues no tuvo en cuenta la situación psicológica de la demandante al estar sometida a una «crisis emocional» [...].”

Problema jurídico 2: ¿Desde la perspectiva de género, carece de fundamento la sanción disciplinaria de suspensión del cargo de la capitana de la Policía Nacional en atención a su estado mental?

Tesis 2: “[...] Carece de fundamento la sanción impuesta a la demandante pues simplemente no se le puede endilgar el incumplimiento de una orden a quien no está en capacidad de cumplirla. En otras palabras, la actora, pese a que tenía, ab initio, la intención de atender las labores a ella asignadas, por su crisis emocional, no podía ni debía estar en esas actividades de alto riesgo. El anterior aserto cobra mayor valor, si se revisa desde la perspectiva de género, como lo ha precisado esta Sala que debe hacerse, puesto que no resulta razonable que a una mujer con «crisis emocional», se le llame la atención delante de los alumnos, se autorice su retiro porque no estaba en condiciones de prestar el servicio, esta situación sea valorada por el profesional en psicología, quien dictamina su existencia, y, luego, con base en estos mismos hechos se proceda a imponer una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por doce (12) meses. Lo que sí evidencia la subsección es que la demandada, en una escuela de formación de policiales, en lugar de promover y proteger

los derechos de la mujer, le llame la atención en público y en voz alta, no hubiese tenido en cuenta su situación psicológica, sino que, además, solicite un procedimiento disciplinario por la misma situación fáctica respecto de la que ya fue sancionada, porque, a no dudarlo, un llamado de atención frente a los alumnos es una sanción. Para la Sala en asuntos como este resulta indispensable juzgar con «perspectiva de género», con el fin de que se haga una discriminación positiva en relación con las mujeres, como la víctima aquí relacionada, quien, amén de ser mujer, tenía su afectación psicológica que le impedía ejercer su función el 5 de febrero de 2014; empero, la institución policial hizo oídos sordos de esa situación, lo que implica un desconocimiento de su condición de debilidad manifiesta y soslayó la valoración integral que debió realizar del acervo probatorio y, por ende,

la sancionó con 12 meses de suspensión e inhabilidad delante de una ausencia que estaba más que justificada por su estado de salud. La Sala no puede dejar pasar por alto el manejo realizado por sus oficinas disciplinarias, en las que con una exégesis sanciona a mujeres con afectaciones psicológicas, sin tener en cuenta sus condiciones personales; en estos casos sus oficiales tienen el deber de introducir ese enfoque diferencial para evitar situaciones arbitrarias y carentes de fundamento a los grupos desprotegidos y débiles, máxime cuando su accionar se hizo ante los alumnos de las escuelas de formación policial. Para la subsección, la situación ameritaba un tratamiento diferente, porque estábamos ante una mujer que aquejaba una afectación psicológica probada, aparentemente ocasionada por haber denunciado situaciones irregulares en contra de sus superiores [...]”.

No en todos los eventos en los que se recauden medios probatorios sin la presencia del investigado surge la necesidad de excluirlos como fuente de conocimiento de los hechos para la autoridad disciplinaria. Solo las irregularidades que afecten realmente los derechos de defensa y contradicción del investigado tienen la vocación de llevar a la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados.

RADICADO: 15001-23-33-000-2015-00310-01[1663-2019]

FECHA: 06/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Bernarda del Tránsito Bustamante Huertas

DEMANDADO: Municipio de Tunja (Boyacá)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso al no comunicar a la actora la práctica de pruebas testimoniales, privándola así de la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción?

Tesis 1: “[...] la indagación preliminar tiene por objeto establecer la procedencia de la investigación disciplinaria, verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria, o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, siendo el objetivo principal de dicha etapa, establecer la identidad de quién o quiénes pueden estar involucrados en hechos irregulares. [...] en atención a que para ese momento la Secretaría de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Mayor de Tunja no tenía certeza de los funcionarios que podrían estar implicados en dichas anomalías, consideró, en aras de preservar el principio de presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, abrir la indagación preliminar frente a

personal por establecer, y continuar con la investigación pertinente para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedieron los hechos y la responsabilidad que le podía ser endilgada a los miembros de la Institución Educativa. [...] dicha etapa del procedimiento disciplinario no se inició en contra de la señora (...) en su condición de pagadora del INEM «Carlos Arturo Torres» de Tunja, sino, se insiste, en averiguación de responsables, la dependencia disciplinaria antes mencionada no tenía obligación alguna de vincular a dicha actuación a la ahora demandante. Ahora bien, debe resaltarse que una vez se practicaron las pruebas decretadas en el Auto de apertura de indagación preliminar y se tuvo conocimiento de los presuntos responsables de las conductas investigadas, mediante Auto N.º 230 de 14 de mayo de 2012, la dependencia mencionada dio apertura de investigación disciplinaria en contra de la señora (...) haciéndole saber que les asistían los derechos consagrados en el artículo 92 del Código Único Disciplinario, que prevé «Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos: 1. Acceder a la

investigación; 2. Designar defensor; 3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia; 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica; 5. Rendir descargos; 6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello; 7. Obtener copias de la actuación; y 8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia». Al respecto, la Sala ha sostenido que «de una interpretación sistemática de las disposiciones de los artículos 90, 91 y 92 de la Ley 734 de 2002, que se refieren al derecho de contradecir las pruebas, y particularmente a intervenir en su práctica, puede determinarse que no en todos los eventos en los que se recauden medios probatorios sin la presencia del investigado surge la necesidad de excluirlos como fuente de conocimiento de los hechos para la autoridad disciplinaria. Esto, por cuanto lo sustancial en estas situaciones, es que el disciplinado haya tenido la posibilidad de pedir que fueran ampliados o reiterados, en los puntos que estimara necesario». [...] para verificar la transgresión del derecho al debido proceso en estos asuntos, resulta necesario revisar si al investigado y a su apoderado se les dio la oportunidad de revisar el expediente para conocer las pruebas, presentar versión libre y descargos, solicitar la práctica de pruebas e interponer recursos y nulidades, para concluir que si en efecto ello sucedió «no se puede sacrificar el principio que exige a las autoridades disciplinarias buscar la verdad y hacer justicia. Esto es así, en la medida en que solo las irregularidades que afecten realmente los derechos de defensa y contradicción del investigado, y que además hayan sido puestas de presente por él o su defensor en el trámite sancionatorio, a través de los medios de defensa otorgados por el ordenamiento jurídico, tienen la vocación de llevar a la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados» [...] no le asiste razón a la demandante, como quiera que las pruebas que fueron decretadas y practicadas con anterioridad a su vinculación a la investigación fueron aque-

llas que resultaban necesarias para individualizar a los sujetos disciplinables, pues de otra manera el juzgador no podía llegar a determinar con certeza cuáles eran los momentos que se encontraban comprometidos con los hechos irregulares, aunado al hecho de que éstas, como se mencionó, le fueron dadas a conocer a la disciplinada para que ejerciera su derecho de contradicción [...]».

Problema jurídico 2: ¿La entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, dado que le fueron negadas a la actora las pruebas solicitadas, a pesar de que estas eran determinantes para demostrar la ausencia de responsabilidad disciplinaria?

Tesis 2: “El artículo 128 del Código Único Disciplinario, prevé que toda decisión que se emita dentro de la investigación disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso, por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa; y que la carga de la prueba le corresponde al Estado. En cuanto a las pruebas y su práctica, el Código Disciplinario Único dispone en los artículos 132, petición y rechazo de pruebas; 133, práctica de pruebas por comisionado; 138, oportunidad para controvertir la prueba; y 144, apreciación integral de las pruebas [...] De dichas disposiciones se concluye que: 1) el sujeto procesal investigado tiene el derecho a solicitar la práctica de pruebas, el cual está supeditado al escrutinio que la autoridad disciplinaria realice sobre la conducencia, oportunidad y pertinencia; 2) para la práctica de las pruebas el funcionario investigador puede comisionar a funcionarios de la misma entidad o de las personerías distritales o municipales bajo la condición de que esos sean de igual o inferior categoría; 3) las pruebas practicadas pueden ser controvertidas por el disciplinado en cualquier momento de la actuación disciplinaria; y 4) las pruebas deben apreciarse en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. [...] en el proceso disciplinario opera la libertad probatoria, y la valoración dentro de la sana crítica de los elemen-

tos que se aporten con miras a la determinación final, lo que implica que los sujetos procesales tienen la posibilidad de presentar disensos contra el acervo completo, pero que igualmente al operador disciplinario le corresponde la evaluación dentro de su margen de discrecionalidad para valorar la prueba en sí misma y la crítica a ella, razón por la cual el cargo referido en la demanda no debe prosperar, dado que los operadores disciplinarios en el asunto sometido a consideración tuvieron en cuenta todo el material probatorio obrante y llegaron a la conclusión de que era dable proferir una sanción disciplinaria, sin que se observe una duda al respecto o una vulneración del derecho al debido proceso. [...] se observa que el operador disciplinario no vulneró el derecho al debido proceso de la disciplinada, por cuanto: (...) pese a que, como se mencionó en el acápite anterior, se le dio la oportunidad de controvertir las pruebas documentales y testimoniales, entre ellas, las declaraciones de los proveedores tantas veces mencionados, las cuales se practicaron durante la etapa de la indagación preliminar e investigación disciplinaria, la disciplinada guardó silencio y no hizo uso de su derecho de contradicción y defensa frente a aquellas; (...) si bien ésta solicitó la ampliación de dichas declaraciones hasta después de que se le formulara pliego de cargos, en tal petición no desarrolló el objeto que con ella perseguía, siendo este uno de los requisitos previstos por la normativa procesal, motivo por el cual el operador disciplinario decidió negar su práctica; (...) a pesar de que no se le concedió la ampliación de las declaraciones, la disciplinada no controvertió dentro del proceso disciplinario ni en esta instancia judicial, la importancia de dichas declaraciones y tampoco desvirtuó lo que ellos en un primer momento manifestaron, esto es, que solamente firmaron uno de los cheques y que recibieron un solo pago por sus servicios y no dos, como aparecía en los documentos y que, además, nunca autorizaron a la señora Bustamante Huertas a cobrar los cheques mencionados; (...) pese a que la prueba

grafológica podría haber determinado si la actora firmó o no los cheques y ésta no fue decretada, al observar el hallazgo fiscal realizado por parte de la Contraloría Municipal de Tunja, se encontró que sí se realizó dicha prueba y que no fue determinante para establecer si la señora (...) había sido quien había puesto su rúbrica; no obstante, como lo señaló el tribunal de primera instancia, ello no desvirtúa la responsabilidad disciplinaria endilgada, en la medida en que de acuerdo con las demás pruebas documentales y testimoniales, se encontró plenamente demostrado que la disciplinada, en su condición de pagadora, emitió seis pagos dobles, elaborando 12 cheques y doble documentación para su pago; y, (...) como se refirió, en derecho disciplinario existe libertad probatoria, razón por la cual tanto la Secretaría de Control Interno Disciplinario y la Alcaldía Mayor de Tunja tenían plena discrecionalidad para valorar las pruebas que considerara pertinentes para acreditar la falta endilgada; (...) es de resaltar que la señora (...) en la instancia judicial además de señalar la vulneración del derecho al debido proceso dentro de la investigación disciplinaria por circunstancias relacionadas con la omisión para controvertir testimonios o haber decretado las pruebas antes mencionadas, en momento alguno refiere que no cometió la conducta, siendo esta la razón para no ahondar en la falta endilgada, teniendo en cuenta, además, que las pruebas son contundentes en demostrar la responsabilidad disciplinaria [...].

Problema jurídico 3: ¿La entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, por cuanto se le endilgó el delito de peculado por apropiación, pese a que esto es propio del derecho penal y no de una investigación disciplinaria?

Tesis 3: “Al momento de la formulación del cargo a la señora (...) la Secretaría de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Mayor de Tunja, consideró que de los hechos acaecidos y del material probatorio obrante dentro del expediente,

era dable imputarle la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 1.º de la Ley 734 de 2002, que prevé: 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley cómo delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado en cuanto a la diferenciación del derecho penal con el disciplinario, lo siguiente: La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron. Así las cosas, el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, «porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con

un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos». Es de resaltar que tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado ha establecido que si bien los diferentes regímenes punitivos (penal, contravenciones, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política) comparten elementos comunes, cada uno de ellos tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio non bis in idem. Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia de 26 de septiembre de 2012, expediente No. 0977-10, magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo respecto a la autonomía del régimen disciplinario, que: La conclusión no puede ser otra diferente a la independencia del proceso disciplinario del penal, eso sí con la advertencia que comparten entre otros aspectos, los principios rectores de tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso, dado que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado. (...)” En ese orden de ideas, no le asiste razón a la demandante, toda vez que la falta endilgada está dispuesta en el Código Único Disciplinario y fue analizada teniendo en cuenta su conducta, bajo una descripción típica consagrada en la Ley como delito”.

Atipicidad de la conducta reprochada de abandono injustificado del cargo, función o servicio. Violación al debido proceso disciplinario por ausencia de prueba de la conducta reprochada.

RADICADO: 27001-23-33-000-2016-00025-01[1131-2019]

FECHA: 02/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Dolores Rentería Córdoba

DEMANDADO: Administración Temporal de la Educación del Departamento del Chocó y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico: ¿El operador disciplinario incurrió en falsa motivación al momento de proferir los fallos sancionatorios, comoquiera que no tuvo en cuenta que el acto administrativo de traslado no había cobrado firmeza y, por lo tanto, el disciplinado no incurrió en la falta gravísima que le fue endilgada por abandono injustificado del cargo?

Tesis: “[...] la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación, dejó sentado que el control de legalidad de actos de carácter sancionatorio como los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria, conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. [...] Uno de los elementos que determina la existencia y validez del acto administrativo, es el causal, el cual está constituido por los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a declarar la voluntad de la administración. Se refiere, entonces, a las causas, motivos o circunstancias y antecedentes que determinan la decisión de aquélla. [...] cuando los

antecedentes fácticos y legales que expone la administración al momento de dictar su decisión son contrarios a la realidad, se genera una afectación del elemento causal del acto administrativo y se incurre, entonces, en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, denominada falsa motivación, que se configura cuando «el funcionario ha expedido el acto inspirado en motivos diferentes a los previstos legalmente». [...] a quien alega la existencia de esta causal de nulidad, le corresponde demostrarla, en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, de conformidad con las nítidas voces del artículo 88 del CPACA. [...] la demandante sostiene que se incurrió en atipicidad de la conducta toda vez que el abandono injustificado del cargo no se configuró, porque el periodo de tiempo que se tuvo en cuenta para justificar dicha inasistencia, obedeció a que el acto administrativo de traslado no había quedado en firme, en tanto que contra éste interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto al momento de darse apertura a la investigación disciplinaria en su contra. [...] El artículo 4 de la Ley 734 de 2002, dispone que «el servidor público y el particular en los casos previstos en este código

solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización», siendo esta la consagración legal que impone la realización de un proceso de subsunción típica en cada proceso disciplinario, que implica que el operador determine expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, según como haya sido demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica establecida en la ley que se va a aplicar. [...] En el sub examine al momento de la formulación de los cargos a la señora (...) en su condición de docente, el Grupo de Trabajo de la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó – Administración Temporal consideró que, del material probatorio obrante dentro del expediente, era dable imputarle la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 55 de la Ley 734 de 2002, que prevé «el abandono injustificado del cargo, función o servicio». Al respecto, se sostuvo que la investigada no se presentó a laborar a la Institución Educativa Agrícola Julio Mejía Vélez Municipio de Alto Baudó Pie de Pato, desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 19 de abril del mismo año, fecha en que fue reportada por el rector de dicha institución. [...] Al observar la Resolución N.º 1788 de 13 de marzo de 2012, a través de la cual el administrador temporal para el Sector Educativo del Departamento del Chocó ordenó trasladar, por necesidad del servicio, a la docente (...) encuentra la Sala que, en dicho acto, además, se señaló que «contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno». Al respecto, si bien las autoridades administrativas actúan bajo un margen de discrecionalidad para emitir sus decisiones, considera la Sala que resulta violatorio del derecho fundamental al debido proceso negarle la posibilidad a la interesada de expresar las razones por las cuales no está de acuerdo con dicha orden, pues, como se

mencionó, el traslado debe observar razones no solo objetivas, como las condiciones del cargo, grado salarial, nivel jerárquico, entre otras, sino también de carácter subjetivo, como son los aspectos de índole personal y familiar del trabajador, lo anterior, en atención a que la facultad legal de la cual dispone la administración para efectuar el traslado de un funcionario no es absoluta, por cuanto debe respetar derechos fundamentales. [...] Cabe resaltar que la entidad demandada en momento alguno le rechazó dicho recurso, sino al contrario, se lo resolvió a través de la Resolución N.º 2451 de 3 de mayo de 2012, bajo el encabezado de «resuelve solicitud de revocatoria directa», confirmando las razones expuestas en el acto que ordenó el traslado. Es decir, la administración al dar respuesta al recurso interpuesto, convalidó la actuación de la parte actora, por lo que fue a partir de la notificación de dicho acto administrativo, esto es, el 7 de mayo de 2012, que la decisión de traslado quedó en firme. Esto, teniendo en cuenta que el artículo 62 del CCA, prevé, en cuanto a la firmeza de los actos administrativos, lo siguiente: ARTÍCULO 62. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos. 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Así las cosas, una vez en firme el acto administrativo de traslado, es decir, adquirida la fuerza ejecutoria, éste comenzó a producir efectos jurídicos y se convirtió en obligatorio para la administrada, a partir del 7 de mayo de 2012. [...] el argumento expuesto en el pliego de cargos por parte de la entidad demandada, relacionado con un abandono injustificado del cargo desde el 29 de marzo al 19 de abril de 2012, no tiene vocación de prosperidad, por cuanto para dicho momento la conducta no se había configurado, pues, fue

desde el 7 de mayo de ese año, que la Administración Temporal debía analizar si la señora (...) había incurrido en la falta gravísima referida, ya que fue a partir de esta fecha, se reitera, que el acto administrativo de traslado quedó en firme. En ese orden de ideas, considera la Sala que la entidad demandada incurrió en falsa motivación y vulneró el derecho al debido proceso de la parte actora por atipicidad de la falta, en atención a que la conducta realizada por la señora (...) no se enmarca de manera alguna dentro de los supuestos típicos de la falta disciplinaria que le fue endilgada, toda vez que no se acreditó el abandono injustificado del cargo durante el lapso establecido por el operador disciplinario. Aunado a ello, la Administración Temporal de la Educación del Departamento del Chocó vulneró el principio de presunción de inocencia, el cual además de estar regulado en el Código Único Disciplinario, encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. «En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el debido proceso también se predica de las actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo consagró en el artículo 9 del CDU, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o cul-

pa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142 del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» Lo anterior, en tanto que para sancionar a una persona en materia disciplinaria no debe existir duda alguna, sino la certeza en su comisión, y la contundencia de la prueba que se pretende hacer valer en la configuración de los elementos típicos constitutivos de la falta, dadas las consecuencias que se desprenden de la imputación de esta norma y lo que implica en la vida laboral de un servidor. [...] este principio, tanto constitucional como legal, se desconoce cuándo se impone una sanción y: i) la conducta no es considerada en la Ley como una falta disciplinaria; ii) no se encuentra acreditada probatoriamente; o iii) no fue cometida por el investigado. [...] En el asunto sometido a consideración, como se mencionó, no se acreditó por el juzgador disciplinario, siendo esta su obligación en consideración a lo consagrado en el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, que la señora (...) hubiera incurrido en la falta gravísima imputada, circunstancia que hace que se haya incurrido en atipicidad de la conducta vulnerando con ello el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia. Finalmente, pese a que es dable confirmar la sentencia de primera instancia, se hará por las razones expuestas, esto es, por la configuración de la atipicidad de la conducta endilgada [...]».

No procede la declaración por abandono del cargo cuando existe una comisión de servicios vigente, aunque el servidor se encuentre desempeñando sin autorización de la entidad empleadora un cargo de libre nombramiento y remoción diferente a aquel en el cual se concedió. Pérdida de los derechos de carrera del cargo que se desempeña en propiedad.

RADICADO: 25000-23-42-000-2019-00378-01 [3019-2021]

FECHA: 02/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: César Augusto Rincón Vicentes

DEMANDADO: Nación - Fiscalía General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Procede la declaración de la vacancia por abandono del cargo del servidor público que desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción diferente a aquel que se le concedió por la administración comisión de servicios?

Tesis 1: “[...] el trámite que adelante el nominador para determinar si hay lugar a declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo de un servidor que dejó de asistir a su lugar de trabajo por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 107 del Decreto ley 20 de 2014, exige que se le garanticen a este las prerrogativas inherentes al derecho constitucional fundamental al debido proceso (conocer del asunto, adosar pruebas, presentar descargos e interponer los recursos a que haya lugar, entre otros), y se decida conforme a lo demostrado, sin perjuicio del deber indelegable de aquel de justificar las razones por las que dejó de asumir sus obligaciones laborales de manera real y oportuna (...) De las pruebas relacionadas se infiere que (i) el demandante es titular del cargo de fiscal delegado ante los jueces penales muni-

cipales y promiscuos, en carrera; (ii) en ejercicio de dicho empleo solicitó una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad del Estado (jefe de la oficina jurídica del Centro Nacional de Memoria Histórica), que le fue otorgada hasta el 2 de julio de 2018, inclusive; (iii) mientras laboraba en el cargo de jefe de la oficina jurídica le fue ofrecido el puesto de director administrativo y financiero del Centro Nacional de Memoria Histórica, por lo que pidió de la Fiscalía General de la Nación que modificara esa situación administrativa con este nuevo cargo, pero la demandada se lo denegó; y (iv) pese a la negativa de modificación de la comisión de servicios, en lo que se refiere al empleo, el actor se posesionó el 5 de diciembre de 2017, como director administrativo y financiero.(...) De acuerdo con el marco jurídico de este fallo, para que se configure la causal de abandono del cargo debe existir una ausencia del trabajo sin justificación válida, de manera que la decisión de la Administración sea producto del cotejo del hecho de la separación y los descargos del empleado; sin embargo, en el presente asunto, en

el momento en que se declaró (abril de 2018) no se había consolidado tal dejación del servicio; por el contrario, el actor continuó al servicio del estado, bajo la situación administrativa de comisión, en la entidad, en un cargo de libre nombramiento y remoción y en el tiempo que ya se le había autorizado.(...) el empleo respecto del cual se le otorgó la comisión y su prórroga en la Fiscalía General de la Nación (hasta el 2 de julio de 2018) para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción en otro ente estatal se encontraba en «vacancia temporal» (artículo 34, numeral 1, del Decreto ley 21 de 2014, antes transcrito), por tanto, no era procedente, a través de las resoluciones acusadas, «DECLARAR LA VACANCIA DEL EMPLEO POR ABANDONO DEL CARGO» de fiscal delegado ante jueces municipales y promiscuos de la dirección seccional de Bogotá a partir del 5 de diciembre de 2017 (f. 79), pues, nótese, se declaró antes de que el plazo de la comisión venciera, es decir, cuando aún estaba en vacancia temporal. Ahora bien, el hecho de que al demandante se le hubiese denegado la solicitud de modificación del cargo de jefe de la oficina jurídica al de director administrativo y financiero dentro de la misma entidad (como a manera de ascenso), no implica que desaparezca la realidad de que continuó en ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción con ocasión de la comisión prorrogada hasta el 2 de julio de 2018. Por otro lado, como se precisó arriba, la vacancia conlleva la mera constatación de la ausencia o renuencia del empleado a presentarse a trabajar; y esta situación no se evidencia en el presente caso, toda vez que el demandante continuó sin solución de continuidad al servicio del Estado en el plazo vigente de la comisión otorgada. (...) En conclusión, los actos administrativos censurados deben desaparecer del mundo jurídico al estar incursos en falsa motivación, porque (i) no se puede declarar la vacancia por abandono, respecto de un cargo que está en

«vacancia temporal», por comisión para ejercer empleo de libre nombramiento y remoción, cuyo plazo no fue revocado, máxime cuando el acto que la concedió no fue anulado ni suspendido por esta jurisdicción y goza de presunción de legalidad; (ii) el demandante continuó en el servicio oficial, sin solución de continuidad, en un cargo de igual naturaleza para el que le fue conferida la comisión (de libre nombramiento y remoción y en la misma entidad); y (iii) una vez otorgada la comisión, su plazo debía ser revocado por razones del servicio debidamente motivadas y esto no ocurrió, por el contrario, el término se mantuvo [...]».

Problema jurídico 2: ¿El asumir un cargo de libre nombramiento y remoción sin mediar autorización del nominador implica la pérdida de los derechos de carrera y, en consecuencia, la imposibilidad de reintegro al servicio frente a la declaración de nulidad del acto de declaración de vacancia del cargo por abandono?

Tesis 2: “[...] El demandante contaba con autorización expresa para asumir el cargo de jefe de la oficina jurídica, pero no para tomar posesión en el empleo de director administrativo y financiero del Centro Nacional de Memoria Histórica, lo que implica su voluntad de asumir el puesto de libre nombramiento y remoción con desprecio del cargo de carrera que ocupaba, por ello asumió las funciones del último, independientemente de si la Fiscalía se lo autorizaba o no. Prueba de lo anterior es que en dos ocasiones, el 25 de enero y 5 de febrero de 2018, presentó dimisión al empleo de carrera del que era titular, pero no le fue aceptada, por no cumplir las formalidades propias de una renuncia. Así las cosas, el demandante perdió los derechos de carrera en razón a que asumió el empleo de libre nombramiento y remoción, sin que mediara la autorización del nominador; por consiguiente, no es procedente ordenar su reintegro pues la

anulación de las resoluciones que declararon la vacancia del cargo lo conllevaría a partir del 3 de julio de 2018, día siguiente al vencimiento de la comisión, pero esta prerrogativa es propia de los empleados de carrera, a la que ya no pertenecía desde el 5 de diciembre de 2017, cuando asumió irregularmente el otro cargo de libre nombramiento y remoción. En

síntesis, mientras se disfruta del beneficio de la comisión de servicios para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción no es correcto aceptar otro empleo de la misma categoría, sin que medie autorización del nominador, pues ello implica la pérdida de los derechos de carrera [...]”.

La asignación de funciones específicas de conductor a un patrullero de la Policía Nacional no despoja al servidor armado de su condición de policial, de la que se derive responsabilidad disciplinaria por omisión del deber funcional que ocasione la fuga de un detenido.

RADICADO: 17001-23-33-000-2015-00209-01 (2323-2021)

FECHA: 13/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Alexander Benjamín Chiquillo Rodríguez

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del patrullero de la Policía Nacional por no valorar de manera integral el acervo probatorio al encontrarlo disciplinariamente responsable por la fuga de un detenido, cuando la función específica asignada era la de conductor y no la vigilancia, aprehensión y custodia de delincuentes y sindicados?

Tesis: “[...] el actor alega que las autoridades disciplinarias no actuaron con imparcialidad en las diligencias que se adelantaron en su contra, dado que no valoraron adecuadamente las pruebas recaudadas, porque no se tuvo en cuenta que el demandante no era responsable de la custodia del detenido que se dio a la fuga, pues él solo debía conducir el vehículo «panel» que lo trasladó al lugar transitorio de detención, además de que tampoco fue culpable por su evasión porque quien debía estar pendiente de recibir al retenido era el policial encargado del manejo del lugar de reclusión, por ende, no pueden tener la capacidad de llevar al convencimiento de su responsabilidad (...) Para la subsección la indebida o falta de apreciación integral de las pruebas no ocurrió. Re-

visado el expediente administrativo, se observa que la accionada efectuó en las decisiones un amplio análisis y examen integral de las evidencias probatorias; en ese contexto, explicó y justificó con suficiencia por qué dio credibilidad a unas pruebas y se apartó de otras, y el hecho de que el accionante esté en desacuerdo con tal razonamiento, no implica que haya incurrido en violación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso o que no existieran razones suficientes para sancionar. En criterio de la Sala, la Administración articuló la apreciación de las pruebas frente a todos los hechos y circunstancias que rodearon los acontecimientos investigados contra el demandante, no solo con los testimonios recibidos, sino con todas las pruebas recabadas de las que se constató que fue responsable por omisión de la fuga del detenido que estaba bajo su custodia. Sea lo primero precisar que el demandante laboraba como patrullero, es decir, pertenece al nivel ejecutivo dentro del escalafón policial y entre las funciones asignadas se le entregó la de ser conductor, y para esta labor debió acreditar, además de la licencia de tránsito, el respectivo «certificado de idoneidad» para conducir los vehículos a cargo

de la Policía Nacional, conforme al manual logístico de ese ente, como ya lo ha precisado esta subsección, esto es, que el manejo de automotores dentro de esa institución comporta una actividad más que se suma a la condición de policial. Bajo la anterior premisa, se advierte que el demandante no solo era un simple conductor de «la panel», sino que también tenía la condición de integrante del nivel ejecutivo, es decir, que estaba capacitado y era idóneo para asumir funciones propias de las diferentes dependencias de la institución policial, como son las de vigilancia, aprehensión y custodia de delincuentes y sindicados, apoyar a la policía judicial, entre otras. En otros términos, la asignación de funciones específicas no despoja al servidor armado de su condición de policial. Destaca la Sala que los integrantes de la fuerza pública tienen el deber de observar mayor disciplina en el cumplimiento de sus deberes, dada la responsabilidad constitucional a cargo de la Policía Nacional, del «mantenimiento las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas» (artículo 218 superior), esta responsabilidad va dirigida de manera general y abstracta a todos sus integrantes, de manera que no hay segregación de funciones pues el fin destacado no lo permite. Bajo la óptica antes esbozada no resulta razonable la posición de la parte demandante y del Tribunal, al aducir que por el hecho de que no se tenga asignada, expresamente, la función de custodio de un detenido, sino la de conductor, no debía responder por la omisión que dio lugar a su fuga. (...) En suma, el demandante sí tenía el deber de cumplir la misión de entrega del retenido, porque él asumió en forma voluntaria esa carga; bien pudo abstenerse de transportarlo hasta cuando el policial que tenía asignada la función tramitara

los documentos y lo acompañara en «la panel», entre otras acciones que no comprometieran su responsabilidad. No es aceptable que se asuma una función de manera irresponsable, pues es de la naturaleza de todo servidor y con mayor razón de la fuerza pública, que las misiones se deben realizar con total empeño; no existe la actividad funcional de un empleado oficial sin compromiso. En efecto, la persona con orden de detención y que el actor se comprometió a transportar y entregar en la estación de policía de Manizales, siempre debió estar sometida, bien sea esposada o dentro de un calabozo, pues el hecho de que él, de manera torpe se agachara a desanudarle los cordones al reo (que estaba sin esposas y en un patio abierto), le dio la oportunidad para que, previo puntapié, se diera a la fuga. La anterior conducta, sin hesitación, dio lugar a que se le imputara y sancionara, por el tipo disciplinario culposo del artículo 34 (numeral 2) de la Ley 1015 de 2006, esto es, «[...] Permitir o dar lugar a la fuga de persona capturada, retenida, detenida o condenada, de cuya vigilancia o custodia haya sido encargado [...]», al margen de que el retenido debía estar en un centro de reclusión y carcelario; o que dentro de la estación de policía las puertas estuviesen sin seguridad; o que, aparentemente, el fugado estuviera incapacitado por haberle sido atendido de una lesión por arma de fuego, entre otras circunstancias o hipótesis externas y ajenas a su omisión que no le exoneran de responder disciplinariamente. En este orden de ideas, establecido de que el accionante era responsable de la custodia del recluso fugado, en el trámite disciplinario y ante esta jurisdicción existe suficiente acervo probatorio que da validez y sirve como sustento de las decisiones sancionatorias [...]».

Aplicación del bloque de constitucionalidad por el juez administrativo en el proceso disciplinario por violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario por muerte de miembro de grupo al margen de la ley en falso enfrentamiento. Juez de convencionalidad. Vulneración del debido proceso. Vulneración de las normas en que debía fundarse.

RADICADO: 15001-23-33-000-2015-00336-01 (1286-2021)

FECHA: 13/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Manuel Guillermo Torres Ramírez y otros

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico: ¿La autoridad disciplinante vulneró el debido proceso, expidió los actos administrativos con falsa motivación, hizo una interpretación errónea de las normas en que debieron fundarse, hubo una indebida valoración probatoria y con desconocimiento de los argumentos expuestos por los implicados en el proceso disciplinario?

Tesis: “[...] El debido proceso es una garantía constitucional fundamental que tiene por objeto que las actuaciones administrativas y judiciales estén ajustadas a las normas propias de cada proceso -artículo 29 de la Constitución Política-, prerrogativa aplicable al derecho disciplinario en general, como lo señala el artículo 6 de la Ley 734 de 2002, así mismo, aplica en los regímenes disciplinarios especiales, como el de las Fuerzas Militares -artículo 4 de la Ley 836 de 2003-. El artículo 217 de la Constitución dispone que las Fuerzas Militares tendrán un régimen especial disciplinario, sin embargo, ello no excluye la aplicación simultánea del régimen disciplinario general aplicable a todos los servidores públicos, es por ello que para el caso de los

miembros de la Fuerza Pública los regímenes disciplinarios especial y general coexisten, es decir, se encuentran sujetos simultáneamente a los dos estatutos disciplinarios. (...)Tratándose de situaciones en las que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil inmersa en el conflicto armado, por violación de los derechos de los combatientes, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad-situación social, la aplicación de las reglas normativas procesales -hoy Código General del Proceso- «debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección» de los mencionados ámbitos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional, para lo que el juez contencioso-administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, seña-

lan que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se emplee como principio básico la llamada prueba racional o de la sana crítica, encontrándose obligado el tribunal a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria. Aunado a lo anterior, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y desplegar un papel activo. Tratándose de situaciones en las que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil inmersa en el conflicto armado, por violación de los derechos de los combatientes, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad-situación social, la aplicación de las reglas normativas procesales -hoy Código General del Proceso- «debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección» de los mencionados ámbitos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional, para lo que el juez contencioso-administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalan que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos hu-

manos y del derecho internacional humanitario se emplee como principio básico la llamada prueba racional o de la sana crítica, encontrándose obligado el tribunal a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria. Aunado a lo anterior, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y desplegar un papel activo.(...) Con base en los anteriores criterios, la Sala dará valor a los medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció (...), ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario que se reprochó, con prevalencia de lo sustancial sobre el excesivo rigorismo procesal. De otra parte, las versiones libres e indagatorias rendidas trasladadas inicialmente al presente proceso, la Sala de Subsección, como juez de convencionalidad y sustentado en los artículos 1.1, 2, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 29 y 229 de la Carta Política, las contrastará con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan.(...) Frente a este punto, la Sala observa que el bloque de constitucionalidad hace parte del sistema normativo nacional e incide en el derecho disciplinario en virtud del artículo 21 de la Ley 734 de 2002, en ese sentido, es completamente válido adecuar las faltas disciplinarias que cometan los servidores públicos con las normas que integran el DIH. Aunado a lo anterior, no solo ante la presencia de un vacío jurídico se debe acudir a las normas de derecho internacional, sino que es obligatorio su observancia

puesto que se asume su prevalencia y primacía incluso frente a las normas internas -sentencia C-067 de 2003-. En el caso bajo examen, la falta disciplinaria endilgada a los investigados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consiste en «Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario», disposición normativa concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, las cuales constituyen una falta de tipo en blanco que para ser comprendidas y complementadas en su sentido se debe remitir a las normas del DIH, tal y como lo hiciera el operador durante el trámite administrativo, al remitirse al artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949.(....) En consideración a la situación fáctica presentada, en el auto de cargos del 13 de agosto de 2009 se organizó la falta disciplinaria de tipo en blanco con las normas del DIH referidas. (...) En cuanto a la legítima defensa, se tiene que esta figura se traduce en «el ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídicamente atacado injustamente», figura esta que debe cumplir determinados requisitos para que se constituya como eximente de responsabilidad penal o disciplinaria. En primer término debe existir una agresión, entendida como el acto de acometerla en alguien para causarle un daño sin justificación, en su vida e integridad, la cual debe ser actual o inminente, entendida como actual, cuando ya ha comenzado y no ha concluido aún; e inminente en la que aún no ha comenzado pero se infiere que se puede generar un daño inmediato para la persona; otra exigencia es que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno, que se encuentra en grave daño ante el riesgo que se padece por estar en condiciones de inferioridad; en tercer lugar, es indispensable que exista la necesidad de la defensa por parte del agredido, es la necesidad de defensa por parte del agredido, es la necesidad e imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, es la

inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro o a la amenaza; La cuarta exigencia es que exista ánimo de defensa, esto es la intención de quien se defiende, de repeler legítimamente el ataque y no de utilizar una determinada circunstancia para ejecutar propósitos criminales.,(...) El empleo de fuerza letal en ciertas circunstancias por parte de las Fuerzas Militares como lo indica la providencia referida [Rad. 050012331000200405258 01 (45030).] no puede ser automática, sino que debe responder a principios de necesidad y proporcionalidad, y debe procurarse evitar su utilización si se puede maniobrar sin que combatientes al margen de la ley sufran lesiones o hasta la muerte misma, es decir, que se trata del último recurso al que deben recurrir como garantes de los derechos fundamentales y del DIH. Aunado a lo anterior, se hace necesario hacer mención al principio de distinción que ha desarrollado el DIH como fundamental, y que tiene por objeto según la Corte Internacional de Justicia «la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares». No obstante, la protección fijada por el principio de distinción también se predica de la categoría de «no combatientes» que son personas que, habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera del combate por diversas situaciones -sentencia C-291 de 2007- 41 .(...) De conformidad con lo anterior, si bien el DIH se aplica a situaciones de conflicto armado, y el DIDH se aplica para proteger a toda persona en época de guerra o paz, la finalidad de ambos instrumentos supranacionales radica en proteger a las personas, y no se excluyen entre sí -aplicable al derecho disciplinario en virtud del artículo 21 del CDU,

como se dijo anteriormente-. En consecuencia, el DIH y el DIDH actúan de manera mancomunada, pues al primero le compete establecer el trato adecuado que deben brindar las instituciones del Estado, como los grupos insurgentes al margen de la ley, a las personas que no hacen parte del conflicto armado, o que no participan de las hostilidades, y al segundo le incumbe impedir la arbitrariedad limitando el dominio del Estado sobre los demás individuos.(...) En razón de lo anterior, se aplicó el DIH en el presente caso, ya que, es notorio el conflicto armado interno que padece Colombia durante largos años, de grupos insurgentes como el ELN o las FARC, entre otros, que han sido actores del conflicto armado.(...) Para la Sala, el argumento referido a que el occiso perteneciera al grupo armado insurgente -ELN- no tiene discusión, y ello no era determinante para que este fuera catalogado como una persona protegida bajo el amparo del DIH, pues de lo que se trata de establecer es si (...) participó en las hostilidades propias del combate cuando se presentaron los hechos.(...) De conformidad con lo anterior, la Sala observa que con el material probatorio obrante en el plenario se logró establecer que el 25 de mayo de 2006, -fecha en que se presentaron los hechos- (...) ostentaba la calidad de persona protegida por el DIH, toda vez que no se encontraba participando ni desarrollando hostilidades propias del combate, tal y como se desprende de las declaraciones de (...) -madre del occiso-, (...) -compañera sentimental del fallecido- y (...) -vecino del fallecido-, quienes coincidieron en señalar que los ex militares demandantes lo abordaron a la entrada de la finca «El Espejo», de propiedad de (...) -padre del fallecido-, vereda Chaguaza, jurisdicción de Labranzagrande, Boyacá; en ese sentido, afirmaron que dicha mañana (...) llegó en una yegua hasta dicha finca en compañía de (...), siendo abordado por los uniformados, quienes lo retuvieron y ordenaron al segundo que se devolviera por

donde venía, trayecto durante el cual se encontró con (...) -compañera sentimental del occiso-. (...) fue llevado por los militares a un sitio no muy distante de la casa de sus padres, y luego escucharon varios disparos, acto seguido los militares impidieron el paso de los familiares, situación que se extendió hasta las 2:30 de la tarde cuando llegó un helicóptero a recoger el cadáver para llevarlo hasta la Brigada en Yopal, Casanare. Es importante resaltar que la prueba testimonial de los familiares, por el simple hecho de tener un vínculo filial, no puede dejarse de valorar, bien podría apreciarse esta de manera integral con las demás que fueron allegadas al plenario (como las declaraciones de los familiares del occiso ante la Personería del municipio de Labranzagrande) y que resultan concordantes y coherentes al señalarse la forma en que fue retenido (...) y que dan cuenta que minutos después se escucharon unos disparos con los que le cegaron la vida, más no como producto de un combate, como fue presentado e informado por los miembros del Ejército Nacional encartados, con lo que se evidenció que se trató de un «falso enfrentamiento» que pretendieron alegar, con el fin de justificar su irregular actuación. En ese sentido, se pudo determinar sin lugar a dudas, que los inculpadados incurrieron en la falta disciplinaria del numeral 7 artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que resulta aplicable por remisión expresa del artículo 58 numeral 34 de la Ley 836 de 2003 -norma especial (...). Así mismo, se les cuestionó que según la necropsia que se le practicó al fallecido se reportó «heridas en los miembros inferiores causadas por artefacto explosivo», aspecto que no fue mencionado por los sancionados en su declaración, pues es ilógico que si el artefacto pertenecía al occiso este lo activara, o si fue lanzado por la tropa militar se produjera un uso desmedido de las armas o en últimas tanto el arma de fuego encontrada como los explosivos fueran implantados en la escena para recrear un ataque. En

este punto, la Sala resalta que la parte demandante no logró desvirtuar lo evidenciado por la Procuraduría General de la Nación en el sentido que los disciplinados no avisaron a las autoridades judiciales del municipio de Labranza grande, para efectos del levantamiento del cadáver, así como tampoco lo embalaron, ni lo transportaron, junto con las demás evidencias que se pudieran recaudar, en las condiciones apropiadas para garantizar un resultado fiable, pues, ellos mismos manipularon el cuerpo sin realizar registro fotográfica de la escena. También merece relievase, como lo hizo la Procuraduría General de la Nación, que en lo que tiene que ver con la supuesta pistola Smith & Wesson, que según los informes rendidos por los disciplinados fue encontrada junto al cadáver, dicha arma no fue embalada adecuadamente, sino fue manipulada por los disciplinados antes de ser entregada a los experticios forenses. Corolario de lo anterior, la Sala observa que la interpretación normativa que llevó a cabo el operador disciplinario se acompasa con las normas del ordenamiento interno y con las normas previstas en el DIH, en razón a que, dada la gravedad de la falta cometida por los ex militares, merecía ser estudiada a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, al tratarse de la vulneración de derechos humanos protegidos de una persona que no se hallaba en

combate (...) la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demandada, y por ende, conservó la presunción de legalidad de los actos administrativos sancionatorios, porque (i) la falta disciplinaria endilgada a los disciplinados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en «incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario», lo cual es concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 -tipos en blanco-, los cuales para ser comprendidos y complementados en su sentido debe recurrirse a las normas del DIH, razón por la cual el disciplinante enmarcó la conducta desplegada en el artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, así mismo, se relacionó el artículo 4 numeral 2 literal a) del Protocolo II de 1977, que adicionó al Convenio de Ginebra; (ii) porque la autoridad disciplinaria negó las pruebas solicitadas en el proceso disciplinarios debido a que no eran pertinentes, conducentes ni útiles; (iii) porque no era una obligación para la autoridad disciplinaria decretar todas las pruebas que se le solicitaran, y no por ello se vulnera el debido proceso, ni el derecho de defensa, y (iv) las pruebas enunciadas no tenían la potencialidad de cambiar el sentido de la decisión impugnada [...]”.

El derecho de no incriminación en el derecho disciplinario no se vulnera por no dejar constancia escrita de su renuncia o por conminar al testigo a decir la verdad. Testimonio contra compañero permanente. Traslado de pruebas no controvertidas del proceso penal al proceso disciplinario.

RADICADO: 05001-23-33-000-2016-02320-01 [3358-2022]

FECHA: 11/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Carlos Eduardo Arara Calle

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La autoridad disciplinaria vulneró el debido proceso al no tener en cuenta la garantía prevista en el artículo 267 del CPP, relativa a que «nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente», al advertirle a la declarante sobre las consecuencias del falso testimonio, señaladas en el artículo 442 del Código Penal, conminándola a que rindiera una declaración en contra de su pareja y por tanto es una prueba que no ha debido tenerse en cuenta al tomar la decisión?

Tesis 1: “[...] Considera la Sala que, como se trata de un régimen sancionatorio disciplinario, deben observarse, entre otros postulados, como el del debido proceso, dentro del cual se encuentra el principio de la no auto incriminación, previsto como derecho fundamental en el artículo 33 de la CP. y desarrollado en los artículos 266 y 267 de la Ley 600 de 2000. La parte demandante considera que la declaración de (...) contiene visos de ilegalidad y por tanto debe ser excluida como prueba, afirmación esta que resulta contraria a la realidad fáctica, pues,

tal y como se observa en el acta de declaración que rindió, no se vulneró derecho fundamental alguno, por lo que resultó ser una prueba completamente válida. En efecto, en el documento se puede leer lo siguiente: «en tal virtud se le dio a conocer el contenido de los artículos de la ley 600 de 2000, 266 que trata del deber de rendir testimonios, 267 que trata de las excepciones al deber de testimoniar... [por lo que] nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil». De acuerdo con lo anterior, se tiene que no se configuró violación de los derechos de quien acudió a declarar en calidad de compañera permanente y mucho menos se avizora una actitud de ser aterrorizada, puesto que el hecho de haberse conminado para que dijera la verdad sobre los hechos objeto de investigación, se le pusiera de presente el deber de rendir testimonio, así como de las consecuencias penales del falso testimonio, no implican un desconocimiento del principio de no incriminación, sino que corresponden al cumplimen-

to del deber de informar a quien decide rendir un testimonio. Ahora, en cuanto a la exigencia de una constancia escrita de la renuncia a declarar contra su compañero permanente que exige el demandante, corresponde a un requisito no previsto en la norma, teniendo en cuenta que el artículo 267 de la Ley 600 de 2000, sobre la excepción al deber de declarar indica que «el servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio», por lo que es posible que el declarante guarde silencio sin consecuencia adversa. En conclusión, la Sala considera que el testimonio de (...) fue decretado, practicado, incorporado al proceso y valorado adecuadamente por la autoridad disciplinaria, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar [...]».

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos impugnados fueron expedidos con falsa motivación, por cuanto, la decisión sancionatoria tuvo como base las evidencias físicas militantes en el proceso penal 052346100960201400082, las cuales fueron trasladadas e incorporadas al trámite sancionador de manera supuestamente irregular, puesto que la Fiscalía como ente acusador todavía no había descubierto estos medios de prueba con la presentación del escrito de acusación en la actuación penal, con lo que el instructor disciplinario desconoció la regla contenida en el artículo 135 del CDU?

Tesis 2: “[...] En el proceso disciplinario que se estudia, el operador disciplinario ordenó trasladar al asunto las copias autenticadas de las actuaciones adelantadas en el proceso penal 052346100960201400082. Así, de acuerdo con la normativa aplicable, los documentos trasladados corresponden a elementos materiales probatorios puesto que no habían sido controvertidos en la audiencia de juicio oral, de ahí que se exigiera para poder trasladarse a la actuación disciplinaria que la Fiscalía Gene-

ral de la Nación los hubiera descubierto con la presentación del escrito de acusación en el proceso penal, lo que no había ocurrido en el presente caso, incumplándose las formalidades exigidas en el artículo 135 de Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 51 de la Ley 1474 de 2011. Pero, no obstante que no se debieron valorarse los documentos, trasladados de forma irregular, esto por sí solo no tiene la entidad suficiente para cambiar el sentido de la decisión disciplinaria, debido a que el operador disciplinario con el decreto de la prueba tenía como finalidad verificar si el investigado había adelantado actividades de policía judicial en el curso de la actuación penal adelantada por el delito de hurto calificado de ganado de la el cual estuvo involucrado el vehículo de propiedad de Adán Henao, en tanto, de la valoración de las declaraciones, las dadas recibidas tenían como fin agilizar el proceso de entrega del vehículo inmovilizado. En este punto es importante anotar, que la falta del artículo 34.4 de la Ley 1015 de 2006 correspondiente a «solicitar o recibir directa o indirectamente dádivas o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, con el fin de ejecutar, omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones», constituye una falta de conducta y no de resultado, por lo que corroborar la actuación del disciplinado en la investigación penal no es requisito para determinar la comisión de la falta, sino el desconocimiento del deber que atenta contra el correcto funcionamiento del Estado, lo que se presenta al recibir dádivas para ejercer las funciones y deberes asignadas en cumplimiento de la función pública y que desconoce los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad en que se funda. En suma, con el traslado de los elementos materiales probatorias se pretendía verificar la actuación del investigado en el proceso penal, no obstante, para la configuración de la falta no se requiere que el fin de ejecutar, omitir o

extralimitarse en el ejercicio de las funciones se debiera cumplir, en tanto, la disposición no condiciona la configuración de la falta al cumplimiento del fin, basta con que se presente la conducta que se reprocha, que en el presente caso se circunscribe al verbo rector de recibir la dádiva, lo cual, quedó probado en la actuación disciplinaria de las declaraciones y las facturas del giro realizado a la compañera permanente del investigado. Así mismo, está acreditado que el patrullero disciplinado ejercía el cargo de investigador criminal adscrito a la unidad básica de investigación criminal de Dabeiba, organismo al cual la Fiscalía a cargo de la investigación penal impartió la ejecución de órdenes de policía judicial en el proceso penal antes mencionado, lo que indica la relación entre la entrega de dinero para agilizar los trámites de

policía judicial en cumplimiento de funciones propias al cargo ejercido por el investigado. Por lo tanto, aun con exclusión de la prueba trasladada del proceso penal cuestionada, insistentemente por el demandante como medio de prueba carente de todo valor, debe tenerse en cuenta que obran en el proceso otras evidencias que demuestran con suficiencia la responsabilidad del actor en la conducta atribuida y por tanto para imposición de la sanción (...) En tal sentido no se encuentra acreditada la causal de nulidad por falsa motivación, puesto que los motivos consignados en el acto administrativo no son contrarios a la realidad fáctica y probatoria demostrada en la actuación administrativa y la apreciación integral de las restantes pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso disciplinario [...]”.

Régimen disciplinario de las universidades en desarrollo del principio de la autonomía universitaria. Garantías constitucionales y principio de legalidad de las faltas y en la imposición de sanciones. Escuela Militar de Cadetes «General José María Córdova».

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-05345-01 [2850-2021]

FECHA: 22/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Rafael Ricardo Domínguez Ledesma

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en (I) vulneración del derecho al debido proceso, por cuanto se configuró una falta de competencia, no se surtió la etapa de indagación preliminar, no se decretaron las pruebas pertinentes, no se le dio la oportunidad de rendir versión libre, no se individualizó al sujeto disciplinable y las pruebas obrantes dentro de la investigación no demostraron, con certeza, su responsabilidad; y, (II) vulneración del derecho al trabajo?

Tesis: “[...] [S]i bien las Universidades tienen la facultad de establecer normas sustantivas y procedimentales de naturaleza disciplinaria, en ejercicio de la autonomía universitaria, estas tampoco pueden desconocer las garantías constitucionales ni el principio de legalidad tanto de las faltas como de las sanciones. De acuerdo al asunto sometido a consideración, el artículo 137 de la Ley 30 de 1992, reconoce a las Escuelas de Formación de las Fuerzas Militares como instituciones de Educación Superior que continúan adscritas a las entidades respectivas y que funcionan de acuerdo con su naturaleza jurídica y su régimen académico, marco bajo el cual la

Escuela Militar de Cadetes «General José María Córdova» y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículo 29 y 109 ibidem expidió el Acuerdo 066 de 1992, Reglamento Estudiantil de Pregrado para sus estudiantes, siendo la norma aplicable en este asunto para el momento de la ocurrencia de los hechos. (...) El 20 de mayo de 2014, el subdirector de la Escuela Militar de Cadetes «General José María Córdova», en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente al señor (...), en su condición de alférez, por haber incurrido en la falta gravísima dispuesta en el artículo 102 numeral 2.º del Reglamento Estudiantil de Cadetes «José María Córdova», Acuerdo N°066 de 2012, en las tres primeras conductas endilgadas en el pliego de cargos, a título de dolo; sancionándolo con la pérdida de cupo y la cancelación de la matrícula. (...) La autoridad competente para llevar a cabo la investigación disciplinaria en su contra, era el superior del investigado que tuviera atribuciones disciplinarias, esto es, director, subdirector, los comandantes de Batallón, comandantes de Compañía y comandantes de Pelotón de la Escuela Militar de Cadetes, como en efecto se hizo, en tanto se observa que todos los funcionarios que emitieron las decisiones

antes mencionadas eran superiores jerárquicos del actor, quien fue investigado en su condición de alférez y tenían la designación del cargo que la normativa aplicable prevé para que se tenga atribución disciplinaria. Aunado a lo anterior, encuentra la Sala que dicho procedimiento estuvo amparado bajo el marco de legalidad, en la medida en que, conforme al principio de la doble instancia, el subdirector de la Escuela Militar de Cadetes «General José María Córdova» emitió la decisión disciplinaria de primera instancia y el director, en segunda instancia, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión inicial, atendiendo además a lo dispuesto en el artículo 107 del Acuerdo 066 de 1992. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se configuró una falta de competencia en la promulgación de los actos administrativos acusados, pues, de conformidad con las normas aplicables, los funcionarios mencionados tenían la competencia para adelantar la investigación disciplinaria en contra del señor (...), en su condición de alférez. (...) Considera la Sala que no se vulneró el derecho al debido proceso al no surtir en este asunto la indagación preliminar, en tanto que el operador disciplinario, con las pruebas obrantes dentro del expediente, no tenía duda de quienes podrían estar involucrados en los hechos denunciados y por ello decidió omitir dicha etapa y dar apertura a la investigación disciplinaria. (...) Con las pruebas obrantes dentro del expediente era dable establecer la ocurrencia de la conducta investigada, pues, como se mencionó, quedó claro, con las declaraciones de los cadetes y los informes por ellos presentados, que los alféreces, entre ellos, el señor (...), ejecutaron actos de violencia contra ellos, sus subalternos. Como se refirió, en derecho disciplinario existe libertad probato-

ria, razón por la cual tanto la Escuela Militar de Cadetes «General José María Córdova» tenía plena discrecionalidad para valorar las pruebas que considerara pertinentes para acreditar la falta endilgada.(...) En el asunto sometido a consideración, contrario a lo señalado por el demandante, antes de que se emitiera la decisión disciplinaria de primera instancia, el señor (...), en su condición de alférez, rindió su versión libre, ejerciendo así su derecho como investigado, siendo esta la razón para considerar que este cargo no está llamado a prosperar. (...) Es importante advertir que al revisar la actuación disciplinaria no se vislumbra sesgo en el decreto y práctica de las pruebas; por el contrario, se hizo evidente que el único objetivo del investigador disciplinario consistía en encontrar la verdad real de los hechos y para ello hizo uso de todos los medios que estimó pertinentes y conducentes para su esclarecimiento. Ahora bien, una vez realizó la valoración integral de las pruebas, concluyó que el demandante no logró desvirtuar los cargos que le fueron endilgados. Así, bajo tales circunstancias, no se demuestra que los actos acusados hayan carecido de pruebas suficientes, sino, por el contrario, las recaudadas fueron valoradas dentro del marco de autonomía y sana crítica del operador disciplinario, y demostraron cada uno de los elementos de la falta por las que fue, finalmente, sancionado el actor. (...) La imposición de sanciones disciplinarias no están presididas de la vulneración del derecho al trabajo, ni impiden de manera arbitraria este derecho, máxime cuando en este caso no se le impuso una sanción de destitución e inhabilidad general, sino una de las dispuestas en la normativa aplicable, esto es, la cancelación de la matrícula y pérdida de cupo, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar”.

Derecho al debido proceso disciplinario. Violación al debido proceso por no brindarle al demandante la posibilidad de rendir versión libre ni presentar descargos hasta tanto el disciplinado contara con un abogado.

RADICADO: 19001-23-33-000-2017-00004-01 [2163-2019]

FECHA: 01/07/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Albeiro Correa Cortes

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido proceso, en la medida en que los operadores disciplinarios no le brindaron al demandante la posibilidad de rendir versión libre ni presentar descargos, ya que, pese a que el actor manifestó que ejercería su defensa hasta que contara con un abogado, se pretermitió dicha etapa?

Tesis: “[...] El Código Único Disciplinario dispone que podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, entre otros. Como derechos del investigado, el artículo 92 ibidem, prevé los siguientes: «1. Acceder a la investigación; 2. Designar defensor; 3. Ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia; 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica; 5. Rendir descargos; 6. Impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello; 7. Obtener copias de la actuación; y 8. Presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia». A su vez, el artículo 93 ibidem establece que

como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado y que cuando existan criterios contradictorios entre estos, prevalecerá el del primero. [...] Ahora bien, respecto al derecho de defensa en materia disciplinaria, el artículo 17 de la Ley 734 de 2002, consagra que «durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciera se designará un defensor de oficio, que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente». [...] En consideración a lo anterior, encuentra la Sala que la Policía Nacional no incurrió en transgresión alguna, en tanto que le hizo saber al actor desde el inicio de la investigación disciplinaria y en reiteradas oportunidades, los derechos con los que contaba como disciplinado, previstos en el artículo 92 de la Ley 734 de 2002, entre ellos, el de designar un defensor de confianza y aun así, este decidió guardar silencio, tanto es así que en la audiencia pública para rendir descargos señaló no exponer sus

argumentos con la excusa de no contar con un abogado. Al respecto, debe resaltarse que ante tal manifestación el operador disciplinario le puso de presente al disciplinado que en derecho disciplinario no era obligatorio la presencia de un abogado de confianza y que, además, este había contado con varias oportunidades para nombrar su defensor, no siendo el momento, al llevarse a cabo la diligencia, decidir guardar silencio y no presentar descargos ni rendir versión libre, cuando este es un derecho con el que cuenta el investigado desde que es vinculado a una investigación disciplinaria, razón por la cual se considera que no se vulnera el derecho al debido proceso, por cuanto, como se mencionó, dentro de la investigación disciplinaria no es imperativa la defensa técnica. Aunado a lo anterior, cabe resaltar que el juzgador disciplinario notificó en debida forma cada una de las actuaciones que se surtieron dentro de la investigación disciplinaria, permitiéndole al actor ejercer su derecho de defensa y contradicción. Cabe añadir que para verificar la transgresión del derecho al debido proceso en estos asuntos, resulta necesario revisar si al investigado y a su apoderado se les dio la oportunidad de revisar el expediente para conocer las pruebas, presentar versión libre y descargos, solicitar la práctica de pruebas e interponer recursos y nulidades, para concluir que si en efecto ello sucedió «no se puede sacrificar el principio que exige a las autoridades disciplinarias buscar la verdad y hacer justicia. [...] Esto es así, en la medida en que solo las irregularidades que afecten realmente los derechos de defensa y contradicción del investigado, y que además hayan sido puestas de presente por él o su defensor en el trámite sancionatorio, a través de los medios de defensa otorgados por el ordenamiento jurídico, tienen la vocación de llevar a la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados». En consideración a lo anterior, contra-

rio a lo sostenido por el actor y el tribunal de primera instancia, encuentra la Sala que la entidad demandada no vulneró el derecho al debido proceso, en la medida en que luego de que el señor (...) fue vinculado a la investigación disciplinaria, este tuvo acceso al expediente disciplinario por ser el investigado y siempre se le puso de presente que podía optar por la designación de un abogado de confianza y, sin embargo, este decidió guardar silencio, no solicitar que se llevara a cabo una audiencia para ser oído en versión libre, tanto él como su apoderado nunca presentaron los descargos ni alegatos de conclusión, pese a que se les brindó la oportunidad para el efecto y, finalmente, su abogado decidió presentar una solicitud de nulidad, cuando ya la oportunidad legal para el efecto había fenecido. [...] Sistema probatorio en el régimen disciplinario de la Policía Nacional. [...] en materia disciplinaria el régimen probatorio de la policía nacional se rige por lo dispuesto en el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002. En cuanto a las pruebas y su práctica, el Código Disciplinario Único dispone en los artículos 132, petición y rechazo de pruebas; 133, práctica de pruebas por comisionado; 138, oportunidad para controvertir la prueba; y 144, apreciación integral de las pruebas [...] De dichas disposiciones se concluye que: 1) el sujeto procesal investigado tiene el derecho a solicitar la práctica de pruebas, el cual está supeditado al escrutinio que la autoridad disciplinaria realice sobre la conducencia, oportunidad y pertinencia; 2) para la práctica de las pruebas el funcionario investigador puede comisionar a funcionarios de la misma entidad o de las personerías distritales o municipales bajo la condición de que esos sean de igual o inferior categoría; 3) las pruebas practicadas pueden ser controvertidas por el disciplinado en cualquier momento de la actuación disciplinaria; y 4) las pruebas deben apreciarse en conjunto conforme a las reglas de la sana

critica. De la determinación del estado de embriaguez. La Ley 938 de 2004, en su artículo 36 numeral 5° señaló que corresponde al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, definir los reglamentos técnicos que deben cumplir los distintos organismos y personas que realicen funciones periciales asociadas con medicina legal, ciencias forenses y ejercer control sobre su desarrollo y cumplimiento. En atención a lo anterior, el Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses expidió la Resolución N° 414 de 2002 -aclarada mediante Resolución N° 453 de 2002, por medio de la cual se fijan los parámetros científicos y técnicos relacionados con los exámenes de embriaguez y de alcoholemia. [...] para determinar el estándar forense señalado en la norma antes transcrita, el Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Ciencias Forenses, expidió la Resolución N° 1183 de 2005, por medio de la cual adoptó el Reglamento Técnico Forense para la Determinación Clínica del Estado de Embriaguez Aguda [...] Así las cosas, la determinación del estado de embriaguez de una persona puede realizarse a través de la medición del alcohol en la sangre o mediante un examen clínico-físico, el cual revisa aspectos físicos, sociológicos y sensoriales del paciente para llegar válidamente a concluir el grado de embriaguez, resultado que puede ser usado en asuntos penales, contravencionales y disciplinarios. Aunado a lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación, se ha admitido otros medios de prueba, además de los antes mencionados para la determinación del estado de embriaguez, los cuales son: la Historia clínica; la prueba médica de embriaguez; el examen clínico; y los testimonios de terceros. [...] teniendo en cuenta, como se señaló, que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha admitido que

los testimonios de terceros son un medio de prueba para determinar el estado de embriaguez, considera la Sala que en este asunto, las declaraciones rendidas dentro de la investigación disciplinaria y las pruebas documentales, fueron suficientes para concluir que el señor (...) en su condición de patrullero de la Policía Nacional, en servicio activo, efectivamente, estaba bajo el efecto de bebidas embriagantes. [...] Es de resaltar, además, que los miembros de la institución policial realizaron un esfuerzo por practicarle la prueba de beodez al disciplinado, pero este se negó rotundamente, pese a que dicha prueba fue ordenada por el comandante de la Estación de Policía, esto es, por el superior jerárquico del actor y aún así se negó, por lo que ante su negativa, las versiones de los testimonios eran la única fuente para determinar que el actor estaba bajo el efecto de bebidas embriagantes. Así las cosas, en el asunto sometido a consideración, las pruebas obrantes dentro del expediente disciplinario fueron suficientes para determinar la responsabilidad del actor, en la medida en que con ellas se acreditó que el señor [...] en su condición de patrullero, durante el servicio, estaba bajo el efecto de bebidas embriagantes. Ahora bien, en cuanto al procedimiento realizado por el juzgador disciplinario frente al material probatorio, debe resaltarse que se tuvieron en cuenta los medios probatorios establecidos en las Leyes 734 de 2002 y 1015 de 2006, y su valoración se realizó de manera integral y bajo el principio de la sana crítica, sin que la Sala encuentre una omisión o indebida valoración probatoria como quiere hacer ver el demandante, aunado al hecho que, como antes se mencionó, se encontraron acreditados los presupuestos típicos de la falta gravísima que le fue endilgada. Del desconocimiento del derecho al trabajo como consecuencia de la sanción disciplinaria impuesta. [...] Esta Corporación ha sostenido que «si bien es cierto la

sanción impide el acceso a cargos públicos, también lo es que no vulnera el derecho al trabajo, como quiera que dicha inhabilidad es el resultado de una limitación establecida por la Ley con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el empleado público, mas no por arbitrariedad del Estado de prohibirle el derecho al trabajo». [...] En atención a lo anterior, estas disposiciones llevan a concluir que la imposición de sanciones disciplinarias no está precedida de la vulneración del derecho al trabajo, ni impiden de manera arbitraria este derecho, razón por la cual este cargo no tiene vocación de prosperidad. [...] De la desviación de poder [...] la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encon-

trarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión». [...] quien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales. Frente a este cargo, reitera, el demandante que la investigación disciplinaria se llevó a cabo sin una causa legal, y sin un procedimiento adecuado para la valoración de las pruebas obrantes dentro del expediente. [...] si bien el apoderado de la parte actora sostiene que la Policía Nacional no realizó un estudio de la totalidad de las pruebas, tampoco señala cuáles fueron las que dejaron de valorarse, cuáles desvirtuaban la acreditación de la falta disciplinaria, o cuáles se estudiaron erróneamente, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar”.

De la revocatoria de un contrato estatal por inconsistencia con la información contenida en la propuesta que le dio origen no se deriva una conducta tipificada como falta disciplinaria.

RADICADO: 05001-23-33-000-2015-01199-01[3892-2022]

FECHA: 06/07/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Óscar Orlando España Pulido

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La sentencia omitió realizar una adecuación típica de la conducta del disciplinado que ocasionó que lo sancionaran disciplinariamente por revocar un contrato estatal en razón de encontrar inconsistencias en la información contenida en la propuesta que le dio origen?

Tesis: “[...] En los fundamentos jurídicos núms. 3.17 a 3.19 se explicó que la autoridad disciplinaria sancionó al demandante por haber cometido a título de culpa gravísima, la falta grave señalada en los artículos 50 y 34.1 de la Ley 734 de 2002, consistente en la inobservancia del deber de cumplir las leyes, porque al revocar el acto de adjudicación no aplicó adecuadamente, sino de manera forzada, el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, ya que a juicio de la PGN, los errores en que incurrió el consorcio ganador no constituyen un medio ilícito de aquellos que conllevan a la revocatoria. . La Sala considera sobre el particular, que el juicio de adecuación típica que la Procuraduría realizó respecto de la conducta del demandante es equivocado, ya que la conducta por la cual fue sancionado el demandante es atípica (...) En el caso en estudio, el pliego fue claro en señalar que de evidenciarse contradicciones en el

formulario núm. 1 se rechazaría la propuesta, porque con esa información era que se iba a calcular la capacidad residual del proponente. Al respecto es importante resaltar, que la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente -en su rol de ente rector para desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado, según el Decreto Ley 4170 de 2011-, en concepto C-147 del 12 de abril de 2021, que se transcribe in extenso por su importancia para resolver el sub judice, avaló el hecho de que en los pliegos tipo, documentos base, o documentos tipo, se incluyan causales de rechazo de la propuesta en el evento en «que el proponente aporte información inexacta»,. En la licitación pública LIC-20-21-2012, teniendo en cuenta que el oferente a quien le adjudicaron el contrato había presentado una oferta con información que no se correspondía con la realidad, es claro que se desconoció uno de los principios de la contratación pública que es el de la buena fe. En ese sentido, dado que el oferente consignó una inconsistencia en su propuesta, incurrió en causal de rechazo a la

luz de los postulados señalados en el pliego de condiciones. Además, teniendo en cuenta que el consorcio adjudicatario estaba en la misma situación de la de otros proponentes a quienes se les rechazaron sus propuestas por reportar información diferente de la real, la administración, en virtud del principio de igualdad, debía aplicar la consecuencia prevista en el pliego de condiciones que era la del rechazo. La Sala es consiente que en esta oportunidad lo que se estudia es la legalidad de la sanción disciplinaria y no la legalidad del acto de revocatoria de adjudicación, por lo tanto, es claro que este proceso no es el escenario apropiado para establecer o definir el alcance del «medio ilegal» como causal de revocatoria del acto adjudicatario. Pero ello no puede hacer que se pierda de vista que la situación de rechazo en la que se encontraba el consorcio ganador solo fue evidenciada con posterioridad a la adjudicación del contrato, y en consecuencia, es claro que la voluntad expre-

sada en el acto administrativo de adjudicación se encontraba viciada, porque de haber sido conocida la circunstancia en que se encontraba el oferente, su propuesta hubiera sido rechazada y no se habría considerado por la administración para adjudicarle el contrato, lo cual encaja razonablemente dentro de las hipótesis que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido como medio ilegal cuando interpretó el artículo 73 del CCA.. De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que la conducta por la cual fue sancionado el demandante es atípica, por lo que, ante la ausencia del elemento principal de la sanción disciplinaria, hay lugar a decretar la nulidad total de los actos demandados, como consecuencia se sustrae de resolver los demás problemas jurídicos planteados y se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones, haciendo la salvedad de que en todo caso, no se acreditaron los daños morales y extraprocesales alegados”.

Presunta indebida valoración de los cargos imputados y violación del debido proceso. Práctica y valoración probatoria. Análisis sobre la culpabilidad de los disciplinados. Comisión de faltas disciplinarias relacionadas con la contratación estatal – Transmilenio Fase III.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00483-00 [1965-2012]

FECHA: 27/07/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aldemar Cortés Salinas, Carmen Elena Lopera Fiesco y Liliana Pardo Gaona

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios, incurrió en la violación de los derechos al debido proceso y a la defensa por la presunta indebida valoración de los cargos imputados?

Tesis 1: “[...] De manera reiterada, ha señalado esta Corporación²¹ que son elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, entre otros «(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus» [...] Frente a (...). En lo referente al primer cargo, en materia del anticipo. (...) en su condición de directora general del IDU, suscribió el contrato de obra pública núm. 137 de 2007 con la unión temporal TRANSVIAL cuyo objeto contractual fue «LA EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITÁN) AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO, EN EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE LA TRANSVERSAL 76 Y LA CARRERA 42B Y EN EL TRAMO 4, COMPRENDIDO ENTRE LA CARRERA 42B Y LA CARRERA 19, GRUPO 4 DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NÚMERO IDU-LP-DG-022-2007.» Según se lee en la cláusula 10.140 del contrato, el anticipo correspondía al 30% [...]. [E]n la decisión sancionatoria de 22 de junio de 2011, dictada por el procurador general de la Nación, se indicó que (...) al suscribir el Otrosí No. 2 de 16 de octubre de 2008 eliminó requisitos para el desembolso del anticipo, aunado a que suscribió directrices jurídicas establecidas en los memorandos DTL 6000-11094 de 12 de marzo de 2009 y SGJ-405-23181 de 9 de junio de 2009, que impactaron de forma negativa la vigilancia y control que se tenía sobre el anticipo en virtud del Manual de Interventoría del IDU. [...] [L]a decisión disciplinaria contó con un profundo y exhaustivo análisis probatorio de todos los antecedentes contractuales que

SARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITÁN) AL SISTEMA TRANSMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO, EN EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE LA TRANSVERSAL 76 Y LA CARRERA 42B Y EN EL TRAMO 4, COMPRENDIDO ENTRE LA CARRERA 42B Y LA CARRERA 19, GRUPO 4 DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NÚMERO IDU-LP-DG-022-2007.» Según se lee en la cláusula 10.140 del contrato, el anticipo correspondía al 30% [...]. [E]n la decisión sancionatoria de 22 de junio de 2011, dictada por el procurador general de la Nación, se indicó que (...) al suscribir el Otrosí No. 2 de 16 de octubre de 2008 eliminó requisitos para el desembolso del anticipo, aunado a que suscribió directrices jurídicas establecidas en los memorandos DTL 6000-11094 de 12 de marzo de 2009 y SGJ-405-23181 de 9 de junio de 2009, que impactaron de forma negativa la vigilancia y control que se tenía sobre el anticipo en virtud del Manual de Interventoría del IDU. [...] [L]a decisión disciplinaria contó con un profundo y exhaustivo análisis probatorio de todos los antecedentes contractuales que

fueron allegados al proceso disciplinario (...), el informe de interventoría sobre la inversión y buen manejo del anticipo del 25 de febrero de 2009, las comunicaciones de mayor relevancia suscritas con el consorcio INTERCOM, la unión temporal TRANSVIAL y el IDU relacionados con el tema de los anticipos (...); los informes presentados por el interventor en la etapa de construcción, las declaraciones de (...) representante de la aseguradora SEGUREX-PO (...) quien aseguró que una de las causas o circunstancias que evidenciaron para la no legalización del anticipo fue la no entrega oportuna de la documentación soporte del manejo por parte del afianzado TRANSVIAL a la interventoría (...), las declaraciones del señor (...) y la Resolución de declaratoria de siniestro del anticipo 889 del 26 de marzo de 2010. [...] [S] e le imputó un segundo cargo consistente en que como directora general del IDU suscribió los otrosí (...) dentro de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007 para la adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio (...) para adelantar los faltantes de diseños que no fueron entregados por los consultores de los contratos 129 y 133 de 2005 [...]. Explicó la PGN que dicha actividad no estaba considerada ni en el pliego de condiciones ni en el texto de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2008, por lo que no se trataba de una «actualización» sino de una actividad nueva, que involucraba altos costos adicionales [...] [E] l análisis probatorio de la PGN demostró que sí se produjo un detrimento patrimonial (...) lo que incidió a su vez en el retraso en la presentación de los programas de obra detallados y los cronogramas de metas físicas a ejecutar (...), que participó en la actividad contractual con violación del principio de transparencia y por ello, en la comisión de la falta disciplinaria establecida en el artículo 48, numeral 31, de la Ley 734 de 2002. [...] Frente a los cargos tercero y cuarto, en materia de celebración de contratos

adicionales para el desarrollo de las obras por concepto de valorización (...) participó en la actividad contractual con desconocimiento del principio de transparencia, teniendo en cuenta que «utilizó la figura del contrato adicional de una forma contraria a lo dispuesto en el manual de contratación del IDU, para omitir el proceso licitatorio y eludir la selección objetiva que debía efectuarse para escoger al contratista que ejecutaría los proyectos de valorización 123 y 124, agregando obras totalmente independientes, que no resultan necesarias para cumplir la finalidad que pretende satisfacer el contrato original (adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio), que debían haber sido licitadas e iniciada su construcción varios meses atrás, y que involucran un objeto distinto y más complejo, que el de los desvíos contemplados en el contrato 135 de 2007.» [...]

Frente a (...) como directora técnica de construcciones, código 009, grado 05, del IDU. [...] en lo que se refiere a la primera falta disciplinaria atribuida por la PGN (...) en materia de diseños se tiene que, una vez examinada la demanda, no se advierte algún reparo contra el mismo, por lo que la Sala no abordará su análisis [...] En cuanto a la segunda falta disciplinaria [...] tal como se aprecia del examen realizado por la PGN se advirtió que pese a que la directora de interventoría ratificó el incumplimiento del contratista a través de Oficio 174-1951 de 18 de noviembre del 2009, empero, la respuesta de la directora técnica de construcciones consistió en que cuatro meses después ofició al contratista indicándole que de aceptarse la cesión del contrato se sustituiría al sujeto destinatario de la multa y por eso sus obligaciones descritas como incumplidas perdían naturaleza conminatoria. [...] [S] e probó que, en su condición de directora técnica de construcciones, tenía el deber de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con los requerimientos del contrato, utilizan-

do para tal fin el procedimiento de imposición de multas, con el fin de conminar al contratista para lograr el acatamiento de sus obligaciones, pero al contrario, pese a la importancia y envergadura del proyecto, no adelantó en términos perentorios el procedimiento de imposición de multas, como evidencia la realidad probatoria. En lo que se refiere a la tercera falta disciplinaria atribuida (...) en relación con las obras por concepto de valorización incorporadas mediante contratos adicionales dentro de los contratos fase III de Transmilenio [...] dado que la parte actora no incluyó ningún razonamiento adicional, esta Sala nuevamente señala que el cargo formulado no goza de vocación de prosperidad porque el análisis del ente de control evidenció que los contratos estatales de obra 135, 136, 137 y 138 de 2007 y los proyectos de valorización 122, 123, 124, 112 y 154, eran asuntos independientes y los segundos no indispensables para adecuar la calle 26 y la carrera 10ª al sistema Transmilenio, por lo que al efectuarse la adición, se omitió del procedimiento público de selección por licitación consagrado en el artículo 2.º (numeral 1.º) de la Ley 1150 de 2007, no siendo suficiente para desvirtuar la legalidad de la decisión señalar que el ordenamiento jurídico permite realizar la adición del contrato. [...]

Frente al señor [...] se desempeñó en el IDU desde el 1.º de febrero de 2007, como subdirector técnico de ejecución de obras, código 068 grado 01 y desde 24 de abril de 2009 fue nombrado subdirector técnico grado 068 grado 01 en la Subdirección Técnica de Ejecución del Subsistema de Transporte. [...] En cuanto al primer cargo, en materia de diseños dentro de los contratos 134 a 138 de 2007, fase III de Transmilenio. [...] la PGN encontró demostrado que el demandante aprobó de manera expresa los denominados otrosí del 16 de octubre, 23, 26 y 29 de diciembre de 2008, dentro de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007 (...). [...] De acuerdo con el manual de funciones, el accio-

nante era el responsable de garantizar el control y seguimiento de la ejecución de las obras de los contratos, dando cumplimiento a lo establecido en los pliegos de condiciones o términos de referencia, así como garantizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero y legal del contrato de ejecución de obras e interventoría, asegurando la observancia de lo establecido en los pliegos de condiciones o términos de referencia y responder por el seguimiento y acatamiento de las metas físicas proyectadas durante la vigencia e informar oportunamente al director técnico de construcciones y a la dirección técnica de planeación. [...] tales funciones de control y seguimiento a la ejecución de las obras contratadas mediante los contratos 134 a 138 de 2007, permitían imputar el cargo al demandante (...) advirtiendo que las modificaciones introducidas a través de los otrosí aprobados por él, descuidaron la vigilancia de la correcta ejecución del objeto contractual y no procuraron los fines de la contratación estatal. [...] En cuanto al segundo cargo. En materia de contratos adicionales por los contratos de valorización. [...] Señaló la PGN que para la fecha de la celebración del contrato adicional núm. 1 del 29 de diciembre de 2008, por medio del cual se añadieron al contrato 135 de 2007 las obras correspondientes a los proyectos de valorización 123 y 124, el señor (...) se desempeñaba como subdirector técnico de ejecución de obras [...] Posteriormente, para la fecha de la celebración del contrato adicional núm. 1.º del 25 de junio de 2009, por medio del cual se añadieron al contrato 138 de 2007 las obras correspondientes al proyecto de valorización 112 y 154, el señor (...) se desempeñaba como subdirector técnico de ejecución del subsistema de transporte [...] A partir de esto consideró el ente de control que el señor (...) tanto en el cargo de subdirector técnico de ejecución de obras como en el cargo de subdirector técnico de ejecución del subsistema de transporte, era el responsable del segui-

to y control técnico, administrativo, financiero y legal de la ejecución de los contratos 135 y 138 y debía asegurar que se cumpliera con lo dispuesto en los pliegos de condiciones y demás normas obligatorias aplicables en la entidad (manuales de contratación e interventoría). [...] el apoderado del señor (...) formuló los mismos argumentos de disenso frente a esta falta, que fueron esgrimidos en el caso de la señora (...), es decir, que el estatuto de contratación permite la posibilidad de adicionar o reformar, de común acuerdo los contratos, en cuanto a trabajo, plazo y precio y que por ello se efectuaron las adiciones de los proyectos de valorización 123, 124, 111 y 154. [...] En cuanto al argumento referente a que en virtud de los contratos adicionales se evitó un colapso en materia de servicios públicos, debe resaltarse las conclusiones a las que arribó la PGN (...) donde se afirmó que los problemas de coordinación entre contratistas no puede alegarse como factor que justifique la omisión del proceso licitatorio y la adición de los proyectos de valorización a la fase III de Transmilenio. [...] [I]ndependientemente de si las obras de valorización fueron ejecutadas por los contratistas de la fase III o por los contratistas que debieron ser escogidos mediante un proceso de selección para la construcción de los proyectos de valorización, dichos componentes eran específicos para las obras de valorización y separados del proyecto de la fase III de Transmilenio y de cualquier obra que se estuviera adelantando. [...] De acuerdo con lo anterior para la Sala no resulta de ninguna manera suficiente señalar que el ordenamiento jurídico permita adicionar los contratos, cuando como se vio, la PGN realizó un profundo y extenso análisis frente a las funciones de cada uno de los implicados siendo uno de ellos el señor (...) y su implicación en la comisión de la falta relacionada con la celebración de las adiciones dentro de los contratos 135 y 138 2007, razón por la cual se negará este cargo [...].”

Problema jurídico 2: ¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios, incurrió en violación del derecho al debido proceso por la indebida valoración del informe rendido por los funcionarios de la Dirección de Investigaciones Especiales y de la PGN y por la omisión en el decreto del peritazgo solicitado por los disciplinados?

Tesis 2: “[...] sobre las pruebas y su valoración, la Sala recuerda que el artículo 128 de la Ley 734 de 2002 contempla que tanto el acto administrativo sancionatorio como toda decisión interlocutoria deben estar fundamentados en las pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. La citada norma consagra que la carga de la prueba, en estos procesos, le corresponde al Estado. Asimismo, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real de lo sucedido, por lo que es su obligación efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas durante el trámite administrativo. [...] En lo que concierne al análisis y valoración de las pruebas, la Ley 734 de 2002, en el artículo 141, señaló también que ésta debe hacerse según las reglas de la sana crítica, de manera conjunta y explicando en la respectiva decisión el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta. [...] Esta Corporación ha precisado que el derecho disciplinario, por contar con una dogmática propia, se ha consolidado para diferenciarlo en varios aspectos del derecho penal, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que protege son también diferentes, como lo son el buen funcionamiento de la administración pública con el fin de salvaguardar la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de los empleos públicos, por lo que se ha venido estableciendo un margen de apreciación y de valoración probatoria más

amplio y flexible que el de otras ramas del derecho sancionatorio. [...] Sobre este aspecto, la parte actora consideró que el informe técnico rendido por los funcionarios designados de la PGN en el que se fundamentó la decisión sancionatoria, incurrió en una violación del debido proceso por cuanto contiene respuestas y conclusiones infundadas, sin ningún sustento, con ausencia de motivación, apreciaciones subjetivas, infracción al principio de imparcialidad y ausencia de conocimiento del plan de manejo de tráfico. La Sala de Subsección evidencia que en la decisión disciplinaria quedó claro que el citado informe técnico realizado el 28 de febrero de 2011, no fue el fundamento de la sanción impuesta porque la PGN encontró que en éste no se advirtió nada distinto a (i) lo observado en las visitas técnicas practicadas por la entidad a cada una de las obras en las que fueron invitados todos los sujetos procesales, (ii) los soportes documentales que sirvieron de fundamento para la celebración de los contratos (iii) y los informes de interventoría y actas de obra. [...] Como se colige, los argumentos del demandante dirigidos a desvirtuar el informe técnico para demostrar la violación al debido proceso resultan inocuos, toda vez que el mismo fue descartado por la Procuraduría General de la Nación al momento de proferir la decisión disciplinaria por cuanto no demostraba nada diferente a las pruebas que ya habían sido recaudadas en el trámite disciplinario. Ahora bien, varios de los disciplinados solicitaron la realización de un experticio técnico a una asociación de ingenieros de una universidad reconocida y con experiencia en el manejo de obras públicas, para que pronunciaran sobre las condiciones técnicas y operativas acerca de cómo se deben suministrar los bienes y servicios en las grandes mega obras. [...] mediante auto del 16 de diciembre de 2010, la PGN negó algunas de las pruebas solicitadas en los descargos pero decretó el informe técnico a realizar por parte de funcionarios de la Direc-

ción de Investigaciones Especiales y contra dicha decisión los apoderados de los disciplinados interpusieron recurso de reposición. A través de providencia del 1.º de febrero de 2011 el despacho del procurador general de la Nación repuso el auto anterior, frente a algunas de las pruebas solicitadas, pero mantuvo su decisión de no acceder al experticio técnico solicitado, al estimar que no se requería evaluar la conducta del interventor sino de los disciplinados, además no se necesitaba evaluar el elemento conveniencia frente a la justificación o no de los contratos adicionales por las obras de valorización. Esto, porque «el elemento conveniencia» no es un aspecto a considerar para la celebración de contratos adicionales del IDU, numeral 6.1., vigente para la fecha de la celebración de los contratos adicionales (Adoptado como norma obligatoria de la entidad mediante Resolución 7553 de 2006). Explicó que en virtud de lo expuesto no era objetivamente pertinente ni conducente, el dictamen pericial solicitado pues estaba dirigido a mostrar de manera posteriori aspectos que debieron ser objeto de análisis de manera previa a la celebración de los contratos estatales. [...] se aprecia que la negativa del decreto del experticio no es una decisión que desconozca el debido proceso, sino que, obedeció a una justificación que fue puesta en conocimiento de las partes y que fue objeto de recurso de reposición; además, se encuentra acorde con el amplio margen probatorio otorgado a la entidad para determinar sobre la conducencia o pertenencia de la misma y así mismo, para establecer cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos [...]”.

Problema jurídico 3: ¿En este caso la PGN realizó el análisis sobre la culpabilidad de los disciplinados?

Tesis 3: “[...] en cuanto a la señora (...) en materia del manejo del anticipo el ente de control

hizo referencia a sus calidades como directora general del IDU, profesional del más alto nivel, su jerarquía dentro de la entidad y la experiencia que tenía en la materia, sin embargo, le reprochó que no hizo uso de tales calidades para evaluar y determinar las consecuencias que sus decisiones podían traer frente al contrato, optando con conocimiento del hecho, por facilitar el acceso al anticipo y eliminando los controles necesarios para efectos de que el mismo no se viera menoscabado. Por tanto, dado su conocimiento de las reglamentaciones existentes, optó por interpretar las reglas del manual de interventoría que modificaron la manera en que el interventor debía ejercer control de los soportes de inversión. Así mismo precisó la entidad que la sustentación que realizó en el otrosí No. 2. del 16 de octubre de 2008, es una muestra clara de que sí tuvo conocimiento y voluntad para disminuir los requisitos para el desembolso del anticipo y que posteriormente, al suscribir el memorando SGJ 405-23181 del 9 de junio de 2009 hizo uso de su cargo para modificar la manera como reglamentariamente se llevaba a cabo la vigilancia y control de la interventoría. En cuanto a la celebración de los otrosí del 16 de octubre, 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 a los contratos de obra 134 a 138 de 2007, explicó que la disciplinada era plenamente consciente de que, permitir a los constructores completar los posibles faltantes de diseño dentro de la fase III de Transmilenio, constituía una doble contratación toda vez que, la elaboración de diseños ya había sido contratada previamente por el IDU a través de las consultorías 129 y 133 de 2005; por esto, deberían ser tales consultores los que respondieran y entregaran los productos faltantes para los cuales había sido contratados. Además, no podía autorizar a los constructores de la fase III para elaborar los posibles faltantes de diseño con la expedición de los citados otrosí sino liquidando previa-

mente a los contratos de consultoría, tal como lo exige el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1152 de 2007 y por ende, la demandante como directora de la entidad y abogada, era conocedora de los alcances y límites de la figura del otrosí para introducir modificaciones a los contratos. [...] En cuanto a la primera falta atribuida a la señora (...) se aprecia el análisis de culpabilidad donde se señaló que, en su calidad de directora técnica de construcciones y como servidora pública responsable de la ejecución de los contratos de obra 134 a 138 de 2007, comprendía las consecuencias que producirían los otrosí de 16 de octubre y 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 en los programas de entrega de las obras y en el costo de construcción de los proyectos contratados y, a pesar de ello, aprobó las mencionadas modificaciones. [...] En materia de multas (...) no observó el cuidado para adelantar los procedimientos de imposición de multas, en términos perentorios, una vez fue advertida por el interventor del contrato 137 de 2007, es decir, acerca del incumplimiento de las metas físicas y cronogramas de entrega de obras, conducta reprochable teniendo en cuenta su amplia experiencia como ingeniería civil, por lo que podía prever las consecuencias que tendría en la ejecución de las obras el hecho de no requerir oportunamente al contratista mediante el procedimiento de multa para que cumpliera sus obligaciones. [...] En cuanto al cargo imputado al señor (...) referente a la aprobación para la celebración de los otrosí del 16 de octubre, 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 dentro de los contratos 134 de 138 de 2007, precisó que en su calidad de director técnico de ejecución de obras era el responsable de efectuar el seguimiento técnico, administrativo, financiero y legal para la ejecución de los contratos y comprendía las consecuencias que producirían los otrosí en los cronogramas de obra y en la construcción de los proyectos

contratados, pero, a pesar de ello, aprobó las mencionadas modificaciones contractuales; además en su condición de ingeniero civil y ejerciendo como subdirector técnico de ejecución de obras aprobó la celebración de tales otrosí conociendo las dilaciones y retrasos en la ejecución de las obras que dichos actos representaban. [...] se estimó que en su condición de ingeniero civil, dada su gran experiencia y trayectoria en la ejecución de obras contratadas por la entidad (...) era plenamente consciente de la realidad descrita y aprobó la celebración de los contratos adicionales, con argumentos supuestamente técnicos para justificar la adición de las obras y los proyectos de valorización, con base en una presunta conexidad, pese a lo cual sabía que ello no era cierto teniendo en cuenta su conocimiento, experiencia y participación directa en el control de la ejecución de las obras y no obstante

las aprobó como si lo fueran. [...] el ente de control sí realizó una análisis del elemento culpabilidad para cada una de las faltas cometidas por los disciplinados siendo un elemento preponderante la profesión, la experiencia y las funciones de los cargos desempeñados por los demandantes; tales aspectos le permitieron a la PGN advertir que tenían pleno conocimiento de las decisiones que estaban adoptando y de las consecuencias que podrían traer para el desarrollo de la fase III de Transmilenio, y que les llevó a la comisión de las faltas disciplinarias descritas, según el artículo 48, numeral 31 de la Ley 734 de 2002, por cada una de las actuaciones ya señaladas. En efecto es precisamente ese amplio conocimiento que tenían sobre sus funciones, así como sobre la actividad contractual lo que permite entender que actuaron con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actuaciones [...].”

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONES SOCIALES

Indexación de sumas de dinero en vía gubernativa. Mora en el pago de salarios y prestaciones sociales. Liquidación y pago de intereses moratorios.

RADICADO: 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-2013)

FECHA: 23/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Alberto Arturo Villarreal Salazar y otro

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social – Gobernación de Cundinamarca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los demandantes tienen derecho a la indexación de la condena ordenada por el a quo, que incluyó el reconocimiento y pago de intereses moratorios, excluidos de la masa liquidatoria por la resolución acusada?

Tesis: “Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma conco-

mitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin». [...] Lo anterior quiere decir que la Constitución Política consagra el principio de la equidad como criterio auxiliar en la actividad judicial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el ordenamiento jurídico, disposiciones de orden legal que autorizan la indexación o revalorización de las condenas impuestas por esta jurisdicción. Por lo tanto, el reajuste que implique la indexación no hace la deuda más onerosa, ya que solo mantiene su valor económico real frente a la progresiva devaluación de la moneda; es decir, la obligación no se modifica, sino que se establece el quantum en cantidad equivalente al momento del reconocimiento efectivo del derecho que se traduce en el valor real de la moneda para la época; lo antes dicho porque no es justo que el trabajador reciba un valor devaluado con respecto a lo que tenía el derecho a percibir, pues ello traslada el riesgo de la depreciación al trabajador [...]”.

Reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales por el periodo durante el cual se adelanta el trámite para la declaración de la calidad de docente amenazado.

955

RADICADO: 66001-23-33-000-2013-00415-01(3052-2015)

FECHA: 27/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Carlos David Burgos González

DEMANDADO: Municipio de Pereira

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Resulta viable reconocer al demandante los salarios y prestaciones dejados de cancelar en su calidad de docente durante el periodo en que se adelantaron las actuaciones tendientes a determinar su condición de amenazado?

Tesis: “[...] para la Sala no resulta de recibo lo considerado por el a quo en el sentido de que

la condición de docente amenazado no genera efectos retroactivos, y que solamente a partir de que ésta es reconocida se torna procedente el pago de los salarios respectivos, toda vez que la normatividad aplicable a la situación analizada no establece esta circunstancia como causal de descuento o de no pago de la remuneración mensual del educador a quien la haya sido reconocida la condición señalada”.

La sustitución patronal no constituye una nueva relación laboral que dé lugar al reconocimiento y pago de cesantías definitivas.

RADICADO: 27001-23-33-000-2013-00015-01(4687-2014)

FECHA: 09/11/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: María Amelis Rentería Machado

DEMANDADO: Departamento del Chocó y el Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con ocasión de la sustitución patronal se configuró la terminación de la relación laboral y, en tal virtud, se hizo exigible el reconocimiento y pago de cesantías definitivas?

Tesis: “Para que se perfeccione la figura jurídica de la sustitución de empleadores, no pueden ser expedidos actos de nombramiento para que el empleado sea transferido de la entidad sus-

tituida a la sustituta. En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditado de la valoración probatoria que, en el caso concreto, se configuró una sustitución patronal y no el nacimiento de relaciones laborales diferentes, en tanto no se expidieron nuevos actos de nombramiento, así como las respectivas actas de posesión (...) Sin que ello implique la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas [...]”.

La sustitución patronal no origina la ruptura de la relación laboral de la que se derive el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y la sanción moratoria.

957

RADICADO: 27001-23-33-000-2013-00171-01[3750-2014]

FECHA: 26/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Rosa Amelia Manga Porras

DEMANDADO: Departamento del Chocó – Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó [Dasalud]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con ocasión de la sustitución patronal se configuró la terminación de la relación laboral y, en tal virtud, se hace exigible el reconocimiento y pago de cesantías definitivas y la sanción moratoria?

Tesis: “[...] Recuérdese que la sustitución patronal o de empleador, según los artículos 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), consiste en « [...] todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios», la cual, por sí sola, « [...] no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes». En ese orden de ideas, dicha sustitución se configura siempre y cuando se colmen tres presupuestos: (i) cambio de un patrono por otro; (ii) continuidad del establecimiento o empresa; y (iii) prolongación de los servicios

del empleado o trabajador a través del mismo contrato de trabajo. Al haber sido trasferida la accionante a la ESE Salud Chocó, a partir del 15 de enero de 2008, conforme a la cláusula primera del acta de sustitución patronal, no se configuró una ruptura del vínculo laboral, máxime cuando no hubo solución de continuidad, ya que no trascurrieron más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio. De tal manera que al reclamar la actora la sanción moratoria de las cesantías definitivas de los años 2006 y 2007, con fundamento en la Ley 244 de 1995, se advierte que tal disposición no es aplicable a su situación, en razón a que, (...) , el vínculo laboral de aquella continuó vigente, en atención a la aludida sustitución patronal, y en ese sentido, no colmó el presupuesto de retiro del servicio, requisito sine qua non para reclamar las cesantías definitivas que deprecia, por lo que, como lo concluyó el a quo, tal pretensión no tiene prosperidad [...]”.

El salario de los diputados no se puede afectar por el descenso de categoría del departamento en el transcurso del periodo constitucional.

RADICADO: 41001-23-31-000-2015-00033-01(5077-2016)

FECHA: 18/05/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Aurelio Navarro Cuéllar

DEMANDADO: Departamento del Huila

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“[E]s dable reconocer a un diputado reelegido para un segundo periodo constitucional, la remuneración devengada en la corporación administrativa departamental para un anterior periodo, en el cual, el ente territorial se encontraba mejor categorizado y por ende, la fijación salarial conforme a la Ley 617 de 2000 era superior a la que percibió por el lapso que regentó como servidor de la Duma departamental”?

Tesis: “Al iniciar un periodo constitucional y posesionado el diputado para dicho periodo, encontrándose el departamento clasificado en una determinada categoría, la remuneración que percibirá será la correspondiente a la fijada en la tabla contenida en el artículo 28 de la Ley 617 de 2000. Sin embargo, si el departamento desciende de categoría en dicho periodo constitucional, los salarios de los diputados para ese mismo lapso no podrán ser desmejorados o

reducidos para adecuarlos a la nueva categoría del ente territorial. (...). Así las cosas y teniendo claro que durante todo el periodo en el cual el accionante laboró como diputado por el departamento del Huila, siendo parte de la tercera categoría, por consiguiente, su remuneración debía ser fijada en un equivalente a 18 SMMLV y no a 25 SMMLV, de conformidad con lo estatuido en el artículo 28 de la Ley 617 de 2000, pues el periodo constitucional correspondiente a 2008-2011 es diferente al anterior. (...). Aunado a lo anterior, para el caso del demandante, su condición salarial estuvo determinada por la categorización del departamento que desde el inicio de su periodo hasta la finalización del mismo, el ente territorial perduró en la tercera categoría, de tal suerte que, al no presentarse ascensos o descenso en la categoría, la condición salarial no sufrió afectación alguna, ya que recibió la remuneración conforme los designios del artículo 28 de la Ley 617 de 2000”.

Régimen salarial del personal civil vinculado al sistema de salud del Ministerio de Defensa. Empleada pública de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional. Reconocimiento de la prima de actividad y subsidio familiar.

959

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-00667-01(4861-2015)

FECHA: 21/06/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Gloria Cecilia Gutiérrez Muñoz

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar con base en el Decreto 1214 de 1990, en calidad de empleada pública de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional, al haber ingresado a la entidad en el año 1990?

Tesis: “[...] a través de la Ley 352 de 1997 «Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional» ordenó la creación de la Dirección General de Sanidad Militar con el objeto de administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopten el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares. Como consecuencia de lo anterior, el legislador ordenó la supresión y liquidación del establecimiento público denominado Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, al tiempo que dispuso la incorporación de su personal a la planta del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía

Nacional, según fuera el caso, conforme con la reglamentación que para tal efecto el Gobierno Nacional debía expedir con el respeto de los derechos adquiridos y sin la exigencia de requisitos adicionales. En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 la citada ley señaló que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 se les continuaría aplicando en su integridad el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen. Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo indicado en la Ley 100 de 1993 y en lo no contemplado en ella, se les aplicaría lo señalado en el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen. A su turno, en materia salarial el artículo 56 de la Ley 352 de 1997 indicó que los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaran a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional en virtud de lo señalado en esa ley, continuarían sometidos al mismo régimen que se aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según el caso. La

prima de actividad y el subsidio familiar se encuentran consagrados en los artículos 38 y 49 del título III del citado Decreto 1214 de 1990, referente a «DE LAS ASIGNACIONES PRIMAS Y SUBSIDIOS» [...] Sin embargo, el título VI, aplicable expresamente a quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, contiene disposiciones referentes a seguridad y bienestar del personal, y en él se alude a la prima de actividad y al subsidio familiar para su inclusión en la liquidación de las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez, cesantías y demás prestaciones sociales. [...] se tiene que si bien el citado artículo 55 de la citada Ley 352 de 1997 mantiene una transición normativa para quienes se vincularon al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, deben entenderse dos situaciones: La primera de ellas es que cuando la norma (art. 56) se refiere a quienes se hubieren vinculado al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, debe entenderse al personal civil vinculado al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994. Esto es así pues solo través del Decreto

1301 de 1994 se creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares. [...] La segunda situación se refiere a que, cuando el artículo 55 de la Ley 352 de 1997 dispone que al personal señalado en precedencia (vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994) se les aplica el VI del Decreto Ley 1214 de 1990, la misma norma indica que este título debe aplicarse en su integridad, por lo que no pueden excluirse la prima de actividad y el subsidio familiar, solo por el hecho de encontrarse definidos en el título III del Decreto 1214 de 1990, pues el título VI dispone perentoriamente en sus artículos 96 y 102, literales d) y e) las partidas computables para la liquidación de las prestaciones, entre ellas la referida prima y el subsidio, por lo que no puede válidamente excluirse de su disfrute para esa clase de servidores. [...] es procedente el reconocimiento de la prima de actividad y el subsidio familiar deprecados, toda vez que la incorporación de la accionante en la planta de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional ocurrió desde el año 1990, por lo que el proceso que experimentó por su incorporación al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en el año 1996 y a la Dirección General de Sanidad Militar en el año 2009, condujo a que se le aplique la transición normativa contemplada en el artículo 55 de la Ley 352 de 1997”.

Reconocimiento de nivelación salarial y funciones del cargo. Requisitos para el desempeño del cargo y principio de trabajo igual - salario igual. Cambio de funciones por recomendación médica. Derecho a la igualdad en las relaciones laborales.

961

RADICADO: 05001-23-33-000-2014-00351-01(4327-16)

FECHA: 20/09/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Luz Marisol Muñetón Yepes

DEMANDADO: Municipio de Bello (Antioquia)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demandante tiene derecho, en calidad de auxiliar de servicios generales, código 470, grado 01, a ser nivelada salarial y prestacionalmente frente al cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 03, en virtud del derecho a la igualdad y al principio general del derecho laboral «a trabajo igual salario igual»?

Tesis: “[...] El empleado público que pretenda el reconocimiento de la nivelación salarial, debe acreditar que cumplió las mismas funciones asignadas al cargo del cual reclama el salario, que tiene idénticas responsabilidades y categoría del empleo y además, que reúne los requisitos que se exigen para ocuparlo. Cumplidos estos presupuestos, es posible aplicar el principio denominado «a trabajo igual, salario igual» previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991. [...] la demandante acreditó cumplir con el nivel académico exigido para desempeñar el cargo de auxiliar administrativo, pues se probó que es «técnico secretariado bilingüe sistematizado», además de llevar a cabo cursos de informática básica, administración de documentos, informática avanzada y diplomado en actualización y perfeccionamiento profesional, para la época en la que solicita la nivelación (...) [pero] no acreditó que ejercía las mismas funciones del cargo auxiliar administrativo 407-03. Se-

gún se determinó en el comparativo que se realizó anteriormente, el cargo de auxiliar de servicios generales desempeña funciones distintas a las señaladas para el empleo del cual pretende obtener la nivelación salarial la demandante. [...] no se puede afirmar de manera categórica que se haya brindado un trato discriminatorio en materia salarial a la demandante, puesto que la diferencia en las asignaciones en los empleados estudiados obedece a unas circunstancias objetivas, dadas por la diferencia en los requisitos que se prevén para cada uno de los grados y en las funciones de cada uno de los cargos, las cuales como se dijo, no se probaron en el presente asunto. Aunado a lo anterior, es claro que la parte demandada cambió ciertas funciones de la demandante -lo cual fue solicitado por la señora (...) en obediencia a las recomendaciones efectuadas por el médico de salud ocupacional, como de hecho la misma entidad se lo explica para negar la nivelación. Ello demuestra que contrario a vulnerar o transgredir los derechos laborales de la señora (...) lo que hizo su empleador respecto de sus funciones fue precisamente ampararlos y evitar una mayor afectación a sus condiciones de salud. Luego, mal podría entenderse que ello genera un trato desigual como lo pretende hacer ver la demandante, que conlleve el pago de salarios del otro cargo [...]”.

Reconocimiento del tiempo de servicios laborado con empresa de servicios temporales en una entidad pública. Prueba para el pago del trabajo suplementario y las diferencias salariales. Prescripción de los derechos laborales.

RADICADO: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14)

FECHA: 07/11/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Osmar de Jesús Gañán Suárez

DEMANDADO: Municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿“[A] demandante le asiste derecho a que se le reconozcan (i) Los conceptos y valores sobre prestaciones sociales a partir del 29 de febrero del año 2004 y (ii) Las denominadas “diferencias salariales” por la labor cumplida frente a los valores reconocidos al personal de planta que realiza iguales o similares funciones; y si proceden los pronunciamientos solicitados sobre: (iii) El trabajo suplementario, y (iv) Los derechos que puedan corresponder por el tiempo que laboró en la empresa de servicios temporales SERVITEMPORALES S.A.”?

Tesis: “[...] La sentencia apelada reconoció el derecho al pago de prestaciones sociales al actor a partir del 1º de marzo de 2005, para la Sala en forma inexplicable, dado que en su parte considerativa sostuvo que estimaba procedente su reconocimiento a partir del año 2004, como se aprecia en el siguiente texto, tomado de la ratio decidendi respectiva: «De acuerdo con lo anterior, se encuentra debidamente probado que el señor (...) prestó sus servicios al municipio de Pereira –Secretaría de Educación, como celador en el Establecimiento Educativo Compartir Las Brisas, cumpliendo con las labores

de vigilancia desde el 29 de febrero de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2009, y del 1º de julio de 2011 hasta el 29 de febrero de 2012...». En consecuencia, se estima que en este aspecto le asiste razón al recurrente, motivo por el cual se modificará la sentencia en cuanto al tiempo total de servicios prestados por el demandante. [...] La pretensión procura el reconocimiento de una especie de equivalencia entre la asignación mensual establecida en la nómina de la entidad pública para los cargos de planta, y la que fue contratada y pagada al demandante con fundamento en las vinculaciones de prestación de servicios, lo que resulta improcedente por las razones expuestas de tiempo atrás por esta Corporación, de acuerdo con las cuales dicha equivalencia o equiparación se descarta. “(...) Debe decirse que no es posible ordenar el reconocimiento de las diferencias salariales entre lo que se canceló a la demandante en virtud de los contratos y el salario devengado por los servidores públicos docentes departamentales y nacionales porque las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos, y porque aceptada la existencia

del contrato realidad, debe también aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración, por ello no se ordenará el pago de diferencia salarial alguna. Será entonces el valor pactado en el contrato el que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales (...)” [...] El Decreto 1042 de 1978 determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial [...] Posteriormente, la Ley 85 de 1986 [...] De acuerdo con la norma: (i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal. Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público. Cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición. Tomando en cuenta lo precedentemente expuesto, la Sala considera probado que el demandante sí prestó sus servicios para la demandada en la modalidad de trabajo suplementario, respecto del cual la sentencia apelada guardó silencio pese a que se solicitó con la de-

manda, siendo este aspecto uno de los reprochados por el apelante con su recurso. Comoquiera que la declaración de la relación laboral ha sido reconocida por el a quo en forma continua e ininterrumpida desde su comienzo, es decir, desde el 29 de febrero de 2004 al 29 de febrero de 2012, lo que no puede ser desconocido en esta instancia por no constituir objeto de la alzada, la ejecución del trabajo suplementario por los periodos comprendidos entre i) el 1 de marzo de 2005 y el 30 de diciembre de 2009 y ii) el 1 de julio de 2001 al 29 de febrero de 2012, reclamada por el demandante, sería susceptible de ser reconocida, pero en el expediente no hay prueba alguna de su real y efectiva prestación. Si bien de las declaraciones de los testigos se infiere que la hubo, por turnos de 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, con labores en domingos y festivos, no puede por ese solo hecho la Sala concluir que dicha prestación se cumplió todas las semanas en dicho periodo. Mal podría suponer que efectivamente se asignaron los turnos y que hubo prestación del servicio en dominicales y festivos si el demandante, teniendo la carga de su prueba, no aportó ninguna en tal sentido, limitándose a presentar la reclamación, al contrario de lo que ocurrió con el periodo anterior, cuya prueba está en el expediente con los comprobantes de pago de nómina, como ya se dijo. Por tanto, si bien el tiempo de servicio se computará para los efectos prestacionales a que haya lugar, no se realizará el reconocimiento del valor del trabajo suplementario por no estar probado en el expediente. [...] Se afirmó en la demanda que (...) fue vinculado como trabajador en misión, a través de la Empresa de Servicios Temporales SERVITEMPORALES S.A., para la que laboró desde el 1º de enero de 2010 al 11 de diciembre de 2010 y desde el 1º de enero de 2011 al 30 de junio de 2011, que le pagaba por sus servicios el salario mínimo y la prestaciones sociales de ley, así como el tiempo suplementario labo-

rado, razón por la cual solo reclama el reconocimiento de dicho tiempo como servido para efectos pensionales no siendo tales aspectos objeto de la apelación. En esta instancia y de conformidad con los motivos de la apelación, corresponde establecer si el demandante mantuvo con el municipio de Pereira la relación laboral entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011, cuando fue enviado en misión a la empresa SERVITEMPORALES S.A., respecto de la cual, pese a ser solicitada en la demanda, no se pronunció la sentencia apelada. Para dilucidar si hay lugar al reconocimiento de dicho tiempo como servido laboralmente para el Municipio de Pereira, se observa que en el expediente obra copia del contrato de prestación de servicios suscrito el 29 de diciembre de 2009 entre dicho municipio y la empresa SERVITEMPORALES S.A., para la «PRESTACIÓN DE SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN [sic] Y SUMINISTRO DE PERSONAL TEMPORAL DE APOYO TÉCNICO, ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO EN LOS PLANTELES EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA PARA LA VIGENCIA 2010». En él se incluyen 95 plazas de conserjes nocturnos y 191 diurnos, con la respectiva relación de derechos y obligaciones para las partes. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, existe responsabilidad solidaria entre el dueño de la labor y el contratista que suministra los trabaja-

dores para desarrollar su objeto [...] En el presente caso se configuró dicha solidaridad, dado que las actividades desplegadas por los vigilantes y/o conserjes no son extrañas a la labor requerida por la Alcaldía de Pereira para sus instituciones educativas, en tanto que son indispensables para la seguridad personal de los estamentos educativos, las instalaciones y los equipos y elementos propios de las distintas actividades académicas y administrativas de los centros educativos municipales. [...] Como se desprende de lo previsto por el numeral 6 del artículo 180 y el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, la excepción de prescripción extintiva de los derechos demandados se puede resolver de oficio por el juez, haya sido o no alegada, si la encuentra probada. En el presente caso se observa que la relación laboral entre las partes concluyó el 29 de febrero de 2012; y que la petición formulada por el demandante al municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, se formuló el 23 de agosto de 2012, por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012. Lo anterior quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 23 de agosto de 2009 se encuentran prescritos, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales, por lo que se declarará la prescripción extintiva de los mismos”.

Requisitos de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada. Beneficiario de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

965

RADICADO: 25000-23-25-000-2010-00531-01(2711-13)

FECHA: 14/02/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Flor Mariela Torres Murillo

DEMANDADO: Superintendencia de Industria y Comercio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demandante es beneficiaria del reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en los términos consagrados en los decretos 1661 de 1991, 2164 de 1991, 1724 de 1997 y 1336 de 2003?

Tesis: “El artículo 3.º del Decreto 2164 de 1991 que reglamentó parcialmente el Decreto ley 1661 de ese año, estableció que para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada, se requiere título de tal clase y experiencia altamente calificada durante un término no menor de tres años ó terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo. Por lo tanto, tales exigencias según precisa el citado precepto deben exceder de los requisitos mínimos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado; es decir, que un sólo

título de formación avanzada sirve para acceder al empleo de jefe de oficina, pero no puede, a su vez, utilizarse como requerimiento adicional para la obtención de la prima técnica por formación avanzada. Es por ello, que cuando la actora tomó posesión del empleo contaba con un título de formación universitaria y una especialización, la cual no le sirve para adquirir su reconocimiento, pues como ya se vió, debía exceder los requisitos establecidos para el cargo que venía desempeñando acreditando un título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada ó terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada. Por consiguiente, se puede concluir, una vez que se ha examinado detalladamente el material probatorio que obra dentro del expediente, que la actora no acreditó los requisitos exigidos por la ley y en esas condiciones no se le puede otorgar la prima reclamada conforme al ordenamiento jurídico aplicable”.

El desempeño de funciones de dos cargos en forma simultánea otorga el derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial y demás emolumentos, sin que de ello se derive el pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías definitivas.

RADICADO: 18001-23-33-000-2013-00072-01[3373-2015]

FECHA: 07/03/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Luz Dary Henao Acosta

DEMANDADO: Municipio de Cartagena del Chairá [Caquetá]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Pese a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, un servidor público tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de percibir con ocasión al tiempo que se desempeñó de manera simultánea como bibliotecario municipal de Cartagena del Chairá y administrador de la Galería Municipal?

Tesis: “El demandante se desempeñó por disposición del Alcalde de Cartagena del Chairá, como Administrador de la Galería Municipal y Bibliotecario de manera simultánea, motivo por el que sería procedente el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, por haberse desempeñado en el último de los mencionados, máxime cuando entre éstos no existen funciones complementarias o afines, de hecho, se encuentran adscritos, respectivamente, a la Secretaría de Gobierno y al Instituto Departamental de Bibliotecas Públicas del Caquetá. Sin embargo, la Constitución Política en su artículo 128 estipuló “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de insti-

tuciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado (...)”, a menos que se encuentren dentro de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, pero la situación del [demandante] no es el caso, motivo por el que es imposible ordenar el pago de los emolumentos solicitados para los cargos de Administrador de la Galería y Bibliotecario Municipal, pero a cambio encuentra la Sala viable el reconocimiento y pago de la diferencia salarial existente entre éstos, tal y como lo ordenó el a quo. (...) Afirma el demandante que, si bien la Administración de Cartagena del Chairá realizó el pago de los aportes a cesantías una vez finalizada su relación laboral, éste no fue completo, toda vez que se realizó sin tener en cuenta el reconocimiento de las sumas de dinero correspondientes a los emolumentos derivados de su trabajo en los cargos de Administrador de la Galería, Bibliotecario y Vigilante, los cuales hubiesen aumentado la cifra a pagar por concepto de cesantías, por lo que, en sus sentir, el hecho de no haber pagado la suma completa, es equiparable a no haber pagado a tiempo. (...). Si bien se ha dejado clara la posición del Consejo de Estado en relación al tema sub examine, aclara la Sala,

que en este caso no se hace evidente la mala fe de la Administración, porque precisamente, al reconocer y pagar las cesantías en los términos correspondientes se evidencia su apego a la norma y el hecho de que el resultado no correspondiera a las expectativas del demandante no es motivo suficiente para afirmar que hubo mala fe en su actuar, máxime si se ha determinado a lo largo del presente análisis

que la Administración actuó de manera ajustada a la normatividad pertinente. En tal sentido, se considera que no es posible ordenar a la Alcaldía del Municipio de Cartagena del Chairá el pago de una indemnización moratoria cuando todos los pagos fueron realizados a tiempo, ajustados a la ley y sin observarse mala fe en su actuar”.

El reconocimiento del pago de salarios y prestaciones sociales como consecuencia de fallo de tutela que ordena el reintegro al servicio requiere la orden expresa del juez.

RADICADO: 68001-23-33-000-2015- 01293-01[4174-2017]

FECHA: 30/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Óscar Ferney González Martínez

DEMANDADO: Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Tiene derecho el servidor público que es reintegrado al servicio como consecuencia de orden judicial del juez de tutela al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales cuando la decisión no lo consagra expresamente?

Tesis: “Si bien es cierto el restablecimiento del derecho derivado del reintegro ordenado debe implicar el reconocimiento y pago de los derechos salariales y prestacionales reclamados por el demandante, por ser ello la consecuencia legal, lógica y natural que emana de tal ordenación, también lo es que, tal efecto es propio en el escenario del proceso ordinario contencioso laboral en el cual, se declara primeramente la nulidad del acto administrativo y como consecuencia de la prosperidad de la pretensión declarativa, a título de restablecimiento del derecho, se ordena el reintegro de la parte demandante, precisándose la manera como debe producirse el mismo, de tal suerte que, en dicho proceso no solo se define lo atinente a la legalidad de la decisión cuestionada sino que también, se precisa el restablecimiento del derecho no siendo ello lo ocurrido en el presente asunto, en la medi-

da que lo sucedido fue sencillamente la protección de los derechos fundamentales alegados por el accionante en el cual, se dispuso solo su reintegro. (...). En ese orden de ideas, el argumento expuesto por el recurrente no es válido para el caso en concreto, por cuanto olvidó que en ningún momento se ha debatido la legalidad el acto administrativo que culminó con su retiro; en efecto, no obra prueba alguna que demuestre que el demandante hubiese acudido ante la jurisdicción contenciosa, pues lo que hizo fue que con ocasión de la sentencia de tutela que ordenó su reintegro, generar de la administración un nuevo pronunciamiento, pretendiendo el pago de los salarios y prestaciones sociales por el tiempo en que estuvo retirado del servicio. Como puede apreciarse, el actor no puede ahora pretender un reconocimiento económico cuando el mismo no tiene origen ni en la sentencia de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, ni en algún proceso ante la jurisdicción contenciosa en el que se hubiera debatido la legalidad del acto de retiro, pues, se insiste, a través de fallo de tutela se le protegieron los derechos fundamentales a la vida, el debido proceso y

al mínimo vital, pero sin que tal amparo haya ordenado el pago de salarios y prestaciones, toda vez que, lo que genera o produce que las cosas vuelvan a su estado anterior, es la declaratoria de nulidad del acto administrativo por haberse configurado una de las causales que afecta la validez del acto administrativo

acusado o, en su defecto, cuando el juez de tutela se abroga la competencia del juez administrativo y por vía de una sentencia substitutiva o de reemplazo y bajo la cuerda procesal del mecanismo constitucional de tutela, declara dicha nulidad [...]”.

La prima especial de servicios de los jueces, magistrados y cargos equivalentes, consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, se debe reconocer y pagar como una adición del 30 % de la asignación básica y, en consecuencia, se deriva el derecho de la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de lo que constituye dicha asignación.

RADICADO: 41001-23-33-000- 2016-00041-02 (2204-2018)

FECHA: 19/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: Carmen Anaya de Castellanos

DEMANDANTE: Joaquín Vega Pérez

DEMANDADO: Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La prima especial de servicios de los jueces, magistrados y cargos equivalentes, consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, se debe reconocer y pagar como una adición del 30 % de la asignación básica y, en consecuencia, se deriva el derecho de la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de lo que constituye dicha asignación?

Tesis: “[...] 1-La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación básica de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. La prima especial sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación. 2-Todos los beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 como funcionarios de la Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría entre otros tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del

salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente. 3-Los funcionarios beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 (de la Rama Judicial o de la Fiscalía General de la Nación) tienen derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30 % que había sido excluido a título de prima especial. 4-Los demás beneficiarios de la prima especial de servicios que no estén sometidos a límite del 80%, en ningún caso su remuneración podrá superar el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional. 5- Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.6-La bonificación

por compensación para magistrados y cargos equivalentes no podrá superar en ningún caso el 80% de lo que por todo concepto devenguen anualmente los Magistrados de Alta Corte, que es igual a lo que por todo concepto reciben los congresistas, incluido el auxilio de cesantías. Este 80% es un piso y un techo. La reliquidación de la bonificación por compensación procede respecto a los magistrados de tribunal y cargos equivalentes, siempre que, en la respectiva anualidad, sus Ingresos anuales efectivamente percibidos NO hayan alcanzado el tope del ochenta por ciento (80%) de lo que por todo concepto devenga un magistrado de alta corte, incluido en ello las cesantías de los congresistas. Sin embargo, en ese caso, la reliquidación debe efectuarse únicamente hasta que se alcance el tope del 80% señalado.7-Procede la prescripción de la bonificación por compensación entre el 5 de septiembre de 2001 y el 2 de diciembre de 2004.

Lo anterior es la regla general. Esa regla tiene una excepción, que consiste en qué si la persona logra demostrar en el expediente, con pruebas documental, que antes del 3 de diciembre de 2004 había interrumpido la prescripción conforme a la ley. En ese caso la prescripción va más allá del 4 de diciembre de 2004 y se retrotraería hasta la fecha de presentación de esa interrupción, fecha entonces que debe ser posterior al 25 de septiembre de 2001 y anterior al 3 de diciembre de 2004. Esta excepción, como toda excepción, es de aplicación restrictiva. 8- La sentencia de unificación que hoy se adopta no implica que se está variando o modificando el régimen salarial y prestacional de los servidores beneficiarios de la prima especial de servicios del artículo 14 de la Ley 4 de 1992- jueces, magistrados y otros funcionarios-, en la medida en que en ningún caso se superar los porcentajes máximos o topes fijados por el Gobierno Nacional [...]”.

Presupuestos para que se configure el funcionario de hecho. Reconocimiento de salarios y prestaciones sociales. Improcedencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

RADICADO: 470001-23-33-000-2014-00248-01(0296-2017)

FECHA: 12/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Bertha Marina Redondo Russo

DEMANDADO: Departamento del Magdalena

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se acreditan los elementos para que se configure el funcionario de hecho y, consecuentemente, se derive el derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales?

Tesis: “[...] sobre el “funcionario de hecho” corresponde a un tipo de vinculación inusual y anormal, que se configura cuando (i) existe un cargo público; (ii) se ejercen las funciones de manera irregular (sin nombramiento o elección, según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes), y (iii) que se desempeñen las labores en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Igualmente, cuando estas se desplieguen con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.(...)De las pruebas relacionadas, sumado a los testimonios transcritos incontrovertible resulta que la accionante laboró de manera irregular, con la anuencia de las autoridades, quienes solicitaron sus servicios para la Institución educativa hasta el momento en que se constata fue proveído el cargo de acuerdo a la constancias precitadas, esto es al 4 de septiembre de 2014, y según la Resolución No. 691 de esa fecha. (...). Los presupuestos esen-

ciales para que se configure el funcionario de hecho, fueron acreditados debidamente por la demandante, en consideración debe reconocérsele el derecho a devengar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones causadas durante ese tiempo, pues quien asume, a cualquier título, la función pública, tiene derecho a recibir la remuneración correspondiente al empleo desempeñado. (...). Debe aclararse que en cuanto a los aportes a pensión lo procedente en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. De otra parte, se despacharán negativamente, las pretensiones del accionante en cuanto a que

esta es una sentencia constitutiva de derechos, siendo a partir de la misma que se derivan los mismos, no siendo del caso la sanción moratoria deprecada. Al respecto de los salarios adicionales alegados no se accederá al reconoci-

miento de los mismos pues no está probada su ocurrencia dentro del proceso y en cuanto a la condena en costas se mantendrá la decisión de instancia pues obedece a los lineamientos fijados por la Subsección [...]”.

Reconocimiento de remuneración a conjuez del Consejo Nacional Electoral como funcionario de hecho por haberse desempeñado como magistrado de dicha entidad de manera consecutiva por más de cinco meses por impedimento del titular.

RADICADO: 25000-23-25-000-2003-04443-01(2149-2007)

FECHA: 12/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Jaime Angulo Bossa

DEMANDADO: Registraduría Nacional del Estado Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Tiene derecho al reconocimiento de remuneración el conjuez del Consejo Nacional Electoral por ejercer funciones por más de 5 meses consecutivos, por impedimento aceptado del titular?

Tesis: “Observa la Sala que únicamente el Decreto 2266 de 31 de diciembre de 1969, se ocupó de la forma de liquidar los honorarios de los conjuces, pues en lo sucesivo, esto es, de ahí en adelante, el Gobierno ha hecho caso omiso al mandato del artículo 23 del Decreto ley 2204 de 22 de diciembre de 1969, que le atribuyó la responsabilidad, cada dos años, de regular «lo relativo a arancel y a remuneración» de los conjuces. De igual forma, tampoco se ha regulado lo atinente a la remuneración de los conjuces del Consejo Nacional Electoral, pues para la época de los hechos cobra vigencia el artículo 3° del Decreto 2450 de 4 de octubre de 1980, que los equiparó, en cuanto a deberes y responsabilidades, a los magistrados de esa Corporación y estableció en el Gobierno nacional la obligación de fijar la tarifa de la remuneración que la Registraduría Nacional del Estado Civil debía pagarles por los servicios prestados. (...) Encuentra la Sala que el accio-

nante, en su condición de conjuez del Consejo Nacional Electoral, asumió las funciones que le correspondían al titular del despacho de esa Corporación, a cargo del magistrado (...), a quien le fue aceptado impedimento, las cuales ejerció de manera continua e ininterrumpida durante 5 meses y 15 días, con la anuencia de la accionada, «sin que mediaran para el efecto los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propios de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión como Magistrado, y la retribución que debía recibir por sus servicios», circunstancias que «lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público» (...) se tiene que el demandante, conjuntamente con la designación de conjuez del CNE, fue investido de manera irregular de funciones y responsabilidades propias de las de un magistrado titular a quien se le separó del conocimiento de las mismas por impedimento; irregularidades que, conforme a los citados apartes jurisprudenciales, contrarían postulados laborales constitucionales relativos, en especial, a la remunera-

ción proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y primacía de la realidad sobre las formalidades. Por tal motivo, para la Sala los actos administrativos censurados resultan desproporcionados en la medida en que la Administración se encuentra obligada a pagar al actor la remuneración causada por esa irregular vinculación, por el lapso que sirvió en condición funcionario de hecho, sin perder de vista, ade-

más, el principio constitucional de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que en casos como el del epígrafe deben observar los jueces en sus providencias (artículo 230 de la Constitución Política). Con base en los razonamientos que se dejan consignados, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia recurrida, que accedió a las súplicas de la demanda [...]”.

Improcedencia de la nivelación salarial de técnico del área de salud de la E.S.E Hospital Simón Bolívar por inexistencia en la planta de personal del cargo de profesional universitario frente al cual se invocó la aplicación del derecho a la igualdad.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-01320-01[4988-2015]

FECHA: 17/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Gloria Amparo Bedoya Caicedo

DEMANDADO: Distrito Capital – Secretaría de Salud – Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE – Unidad de Servicios de Salud Simón Bolívar

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es posible aplicar el principio de igualdad en materia de nivelación laboral de un técnico del área de salud, código 323, grado 06, del Hospital Simón Bolívar, con el cargo de Profesional Universitario Área de Salud 237, que no existe en la Planta de Personal de la entidad, pero que han sido creados en otros hospitales del país en cumplimiento de Ley 784 de 2002?

Tesis: “El principio constitucional a la igualdad en materia de nivelación salarial, se predica desde la perspectiva de criterios objetivos que cobran distancia de los meramente formales, pues de la abstracción generalizada frente a un cargo que pertenece a otro nivel, cuya descripción se echa de menos en la respectiva planta de personal, no resulta predicable la homogeneidad entre iguales, puesto que ello conduce más bien a una diferenciación entre situaciones desiguales. (...) comoquiera que en la planta de personal de la ESE Hospital Simón Bolívar no existe el cargo de «Profesional Universitario Área Salud 237», con énfasis en instrumentación quirúrgica, tanto las súplicas de la de-

manda como los motivos de inconformidad de la alzada apuntan hacia una homologación y nivelación salarial por falta de implementación de la Ley 784 de 2002, que obliga a las entidades hospitalarias a emplear profesionales en instrumentación quirúrgica en un plazo máximo de tres (3) años a su promulgación; así lo pretende, en atención a que «el Hospital el Tunal, el Hospital Militar Central y el Hospital San Vicente de Arauca» sí dieron cumplimiento al mandato legal allí establecido, y la empresa social del Estado para la que labora «explora sus conocimientos adquiridos, que fueron obtenidos por el tiempo y el estudio que realiz[ó]». Para la Sala, esa inconformidad así establecida no tiene vocación de prosperidad, porque impide hacer una equiparación entre iguales conforme al artículo 13 de la Carta, y las situaciones fácticas y jurídicas objeto de consideración, adaptadas a las circunstancias específicas de la demandante, no alcanzan a enervar los postulados de la igualdad ni los mandatos constitucionales de la remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo (artículo 53 ib). En efecto, no es factible reali-

zar una distinción o equiparación entre los servidores del «Hospital el Tunal, [...] Hospital Militar Central y [...] Hospital San Vicente de Arauca» que ocupan cargos profesionales en instrumentación quirúrgica, con la actora que ejerce el empleo de «Técnico Área Salud», código 323, grado 06, con énfasis en dicha área, para que sea homologada y nivelada salarialmente por la omisión de la ESE Hospital Simón Bolívar en la implementación de la Ley 784 de 2002, tal como lo sugiere en la demanda y alzada. En primer lugar, porque la vinculación de aquellos servidores obedeció a unos pasos legales y reglamentarios que no puede

obviar la ESE accionada ni muchos menos esta judicatura, como son la creación del cargo y su naturaleza, ajuste de la planta de personal y del manual específico de funciones y requisitos para su ejercicio, y el ingreso a esos empleos a través del mérito o en provisionalidad mientras se surte el respectivo concurso, entre otros, de acuerdo con las directrices fijadas por el ordenamiento jurídico en la materia. En segundo, con el fin de conjurar la mencionada omisión, en criterio de la Sala, los interesados debieron acudir a otros mecanismos jurídicos para obligar a las entidades concernidas al cumplimiento de la Ley 784 de 2002 ”.

No procede el reconocimiento de prima de actividad, prima de alimentación, subsidio familiar y dotación a servidora pública incorporada a la planta del personal no uniformado de la Policía Nacional por supresión del DAS.

RADICADO: 76001-23-33-000-2015-01266-01[5991-2018]

FECHA: 28/01/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Sandra Azucena Ducuara Carvajal

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: “¿Es posible el reconocimiento y pago de la prima de actividad, prima de alimentación, subsidio familiar y dotación establecidos en el Decreto 1214 de 1990 con la consecuente reliquidación de los factores salariales y prestacionales a una servidora pública, que fue incorporada en la Policía Nacional por la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, pese a que desarrolla las mismas funciones de aquellos que se encuentran en el mismo cargo?”.

Tesis: “El personal que venía de prestar sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- serían incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban anteriormente y, en materia de administración de personal y carrera, se les aplicaría el que rigiera en la entidad receptora, a excepción del personal que se incorporará a la Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República. (...) quien pretenda la nivelación salarial por considerar que la función que desempeña resulta equiparable a la de otro funcionario que se remunera con mayor salario en la misma entidad, debe acre-

ditar el cumplimiento de las mismas funciones que aquél, que cuenta con la misma preparación y que cumple los requisitos que exige el empleo respecto del cual reclama la equivalencia (...) Con fundamento en las pruebas que obran en el expediente es dable concluir que la [demandante] prestó sus servicios como Detective 208 – 06 en la planta global del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, posteriormente, fue incorporada en la planta del personal no uniformado del Ministerio de Defensa – Policía Nacional como consecuencia del proceso de incorporación que se surtió una vez fue suprimido el citado departamento administrativo; y, una vez que se encuentra prestando sus servicios, consideró que existe una diferencia salarial respecto de aquellos que no hacían parte de la incorporación y que desarrollan las mismas funciones. También es evidente, de acuerdo con las certificaciones salariales de la [demandante], que dentro de los emolumentos que le son reconocidos no se encuentran la prima de actividad, prima de alimentación y el subsidio familiar de que tratan los artículos 38, 39 y 49 del Decreto 1214 de 1990 propios del personal no uniformado del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional,

sin embargo, ello obedece a que con la incorporación que se surtió luego de la supresión del Departamento Nacional de Seguridad -DAS- le fue reconocida unas prebendas que no tienen aquellos, como lo es, que todos los factores salariales y prestacionales que percibía anteriormente fueron incluidos a la asignación básica.(...),en virtud del principio de favorabilidad y sin desconocer el de inescindibilidad, sería dable reconocer todos aquellos emolumentos que percibe el personal no uniformado que presta sus servicios en la Policía Nacional, entre ellos la prima de actividad, prima de alimentación y el subsidio familiar de que tratan los artículos 38, 39 y 49 del Decreto 1214 de 1990, siempre y cuando la demandante acredite que la sumatoria de estos emolumentos resultan ser superiores a la serie de beneficios que

le fueron reconocidos en virtud del Decreto 236 de 2012, pues se debe probar que con esta normativa que fueron desmejoradas sus condiciones laborales.(...) es evidente que la Constitución Política protege el derecho de los trabajadores a recibir una remuneración acorde con las funciones que realiza, pues ello deviene de la aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; sin embargo, la [demandante] no demostró que haya efectuado las mismas funciones de una persona que devenga una retribución mayor, lo cual le permitía reclamar válidamente las diferencias salariales y prestacionales”.

Prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada. Prima técnica por evaluación de desempeño. Prima técnica automática. Improcedencia de la prima técnica empleo en provisionalidad y derecho a la igualdad.

RADICADO: 25000-23-42-000-2014-01251-02[4267-2019]

FECHA: 13/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Congreso de la República – Senado de la República

DEMANDADO: Gustavo Alfredo Forero Riveros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandado consolidó eficazmente el derecho al pago de la prima técnica prevista en los decretos 1661 y 2164 de 1991 para empleados públicos por ocupar el cargo de jefe de la sección de pagaduría, grado 09, del Senado de la República, bajo el entendido de que, si bien su nombramiento ha sido en provisionalidad, cumple con las funciones y responsabilidades de dicha plaza como si lo fuera en propiedad?

Tesis 1: “[...] De acuerdo con la norma en cita, el derecho a la prima técnica se puede consolidar de dos formas: i) la primera con la acreditación de título de estudios de formación avanzada más experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional (o en la investigación técnica o científica) en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo por un término no menor de 3 años, y que según el primer inciso del artículo, excedan los requisitos mínimos fijados para el cargo desempeñado; ii) y la segunda, por medio de una evaluación de desempeño. A diferencia de estos dos supuestos, es preciso indicar que en el año de 1991 se había contemplado la creación de una prima técnica automática regulada por los Decretos

1016 y 1624 del mismo año. [...] No obstante (...) con la expedición de la Ley 4.ª de 1992, específicamente en su artículo 15, se creó una prima especial de servicios para el mismo listado de funcionarios (...) razón por la cual se derogó tácitamente la mentada prima técnica automática, que en todo caso, no se observa que hubiese estado prevista para funcionarios en cargos como el que ostentó el demandante. [...] Ahora bien, bajo el entendido de que solo resulta válida la prima técnica de que trata el Decreto 1661 de 1991, debe resaltarse que el artículo 3.º de la norma ejusdem, previó que para ser beneficiario de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, regulada en el literal a) del artículo 2.º, debía desempeñarse en un cargo de nivel profesional, ejecutivo, asesor o directivo, mientras que la prima técnica por evaluación de desempeño podía asignarse en todos los niveles. Posteriormente, el artículo 3.º del Decreto 2164 de 1991, por el cual se reglamentó parcialmente la normativa en cita, hizo precisiones importantes en torno a la reglamentación de la prima técnica, en el sentido de fijar los criterios para la asignación de la prestación aludida [...] De igual forma, el artículo 4.º del decreto regla-

mentario en mención, previó que para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada se requería que el empleado desempeñara cargos en propiedad de cualquiera de los niveles susceptibles para su asignación. [...] para el caso de los empleados del Congreso de la República vinculados para la época de los hechos de la demanda (2012 a 2014), el Decreto 0854 del 25 de abril de 2012, en su artículo 6.º previó que, en efecto los jefes de sección podrían acceder al reconocimiento y pago de la prima técnica de que tratan los Decretos 1661 y 2164 de 1991. [...] al analizar la situación concreta del demandado en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos contemplados en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, o a la de evaluación del desempeño, a fin de verificar si de alguna manera este había adquirido aquel derecho prestacional, se encuentra que aquel definitivamente no satisfizo las exigencias para lo propio, por lo que tampoco habría sido posible convalidar la prerrogativa creada con el acto administrativo cuestionado. Sobre el particular se resalta que, puntualmente el requisito señalado en el artículo 4.º del Decreto 2164 de 1991, relativo a la acreditación de un nombramiento en propiedad para obtener el reconocimiento y pago del emolumento mencionado, ha sido y actualmente es una exigencia sine que non para configurar ese derecho. Se precisa que la naturaleza jurídica de la prima técnica obedece a la necesidad de mantener o retener en la planta interna de una institución al personal altamente calificado, lo cual dependerá precisamente de la voluntad del trabajador para continuar o no al servicio del Estado. Dicha situación no podría predicarse de un empleado nombrado en provisionalidad, cuya relación legal y reglamentaria es o debe ser transitoria así se prorrogue o se extienda en el tiempo, más aún cuando

ese vínculo no será permanente si se tiene en cuenta que en algún momento el titular de dicha plaza será nombrado en propiedad al haber sido elegido como resultado de un concurso público de méritos. Por ello, el funcionario provisional no podrá someter la duración de su nombramiento a la percepción del referido incentivo económico, debido a que no se cumpliría el fin de la aludida prima que es conservar al trabajador. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿No reconocer al demandado el derecho al pago de la prima técnica en discusión, bajo el entendido de que, si bien su nombramiento ha sido en provisionalidad, cumple con las funciones y responsabilidades de dicha plaza como si lo fuera en propiedad, vulnera su derecho fundamental a la igualdad y al principio superior de prevalencia de la realidad sobre las formas?

Tesis 2: “[...] el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, no se encuentra vulnerado en el sub lite con base en la aseveración del demandado relativa a que no le fue dado un criterio de parangón al tiempo transcurrido con el nombramiento en provisionalidad y el que este habría consolidado en caso de haber sido vinculado en propiedad, puesto que al margen de que aquel ejecute las mismas labores con idéntico nivel de responsabilidad como las tendría un empleado titular del cargo, esa circunstancia carece de la entidad suficiente para enervar la razón jurídica que el legislador previó en orden de diferenciar los tipos de relación laboral reglamentaria. Lo anterior quiere decir que la existencia de una naturaleza disímil entre los nombramientos en propiedad y en provisionalidad dentro del marco de la función pública, obedece a una justificación de origen legal e incluso constitucional, basada en que la segunda modalidad de vinculación se creó solo con el fin temporal y finito de que no permaneciera vacante una plaza pendiente de ser suplida de manera definitiva

por una persona que supere satisfactoriamente todas las etapas de un concurso público de méritos, y que en razón de este se vuelva titular de sendos derechos de carrera con vocación de permanencia y ascenso en una misma entidad pública, aspectos que caracterizan y diferencian precisamente el primer tipo de vinculación al que formal y realmente detenta el demandado. Con fundamento en esta formulación argumentativa, se observa que la esencia jurídica y teleológica de un nombramiento en propiedad, de ninguna manera podría asimilarse o conmutarse en igual medida para el caso de un empleado en provisionalidad que invoque la aplicación del principio contenido en el artículo 53 constitucional, toda vez que la formalidad en cuanto a la clase de relación reglamentaria, no busca ocultar o hacer nugatoria la realidad laboral de quien ocupa un cargo de manera temporal, sino por el contrario, garantizar el principio superior del mérito como forma preferente de acceso a los empleos públicos de carrera administrativa previsto en el canon 125 *ibídem*. De conformidad con este contexto, resulta coherente precisar que el solo paso del tiempo en una vacante desempeñada como funcionario provisional, a pesar de ser una realidad factual que no debería ocurrir, tampoco implica una transgresión al derecho sustancial del trabajador en comento, sino una forma de protección del modelo estructural de la función pública diseñado por la propia Constitución Política. En la medida en que se pretende evitar que quien no ha concursado y ganado la titularidad del cargo a través de un proceso reglado y basado en el mérito, adquiera todos los derechos que obtendría la persona que sí satisfaga ese requisito general y material, más aún cuando asumir lo contrario se traduciría en la transgresión de un principio que soporta el engranaje funcional del Estado y que debe prevalecer sobre una situación particular como la del apelante,

debido a que en clave de ponderación, el primer postulado corresponde un interés general preferente. Por otro lado y bajo el entendido de que la vinculación del señor Forero Riveros no puede ser asimilada a la de un empleado en propiedad, se estima que la supuesta vulneración de su derecho a la igualdad tampoco se configura en el sub iudice, en atención a que sería improcedente la realización del test respectivo desarrollado por la Corte Constitucional para verificar dicha vulneración, porque que no se cumple el primer supuesto de procedibilidad correspondiente a que las situaciones a comparar tengan condiciones y características similares o equiparables con fines de evidenciar un tratamiento desigual injustificado para alguno de los casos. Ello por cuanto como se reseñó anteriormente, el nombramiento en propiedad dista con respaldo legal y constitucional del nombramiento en provisionalidad, de suerte que pretender hallar una discriminación cuando no se predica igualdad entre iguales resulta inocua en esta oportunidad. A esta afirmación se arriba adicionalmente si se tiene en cuenta que como fue esbozado con antelación, el quid del asunto relacionado con la imposibilidad de que un empleado en provisionalidad como el demandado pueda percibir la prima técnica, tiene sustento en que el fin de aquella prestación que busca la retención del personal en propiedad con conocimientos técnicos importantes para la entidad, solo es predicable para los funcionarios vinculados en razón de una elección derivada del resultado de un concurso público de méritos, con base en el cual estos hayan consolidado una vocación de permanencia y derechos de carrera, y no para quienes ocupan el cargo de manera temporal hasta que acontezca ese hecho, situación que refuerza la diferencia entre ambos casos y la improcedencia de considerar una presunta vulneración del principio de igualdad como lo aseguraba el apelante”.

Multiafiliación o múltiple vinculación en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP). Características de selección de régimen de pensiones y condiciones para el traslado de régimen de pensiones. Deberes del juez frente a los escenarios de múltiple vinculación. Reconocimiento de pensión de jubilación, traslado de régimen pensional y pérdida de régimen de transición.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-01071-01(2630-2017)

FECHA: 20/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Ana Mercedes García Reyes

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿En este caso ocurrió el traslado de la demandante, de forma voluntaria, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual? En caso de presentarse «multiafiliación», ¿intervino la voluntad de la demandante?

Tesis 1: “[...] Con la expedición de la Carta Política de 1991, que implicó un cambio de modelo en la estructura del Estado, tuvo lugar el surgimiento de un nuevo esquema de seguridad social que dio paso a la expedición de la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral en el que se determinaron dos regímenes distintos, a saber: a) El de prima media con prestación definida y; b) El de ahorro individual con solidaridad; entre los cuales el afiliado podía elegir libremente. Además, en ambos regímenes se contempló la posibilidad de contabilizar, indistintamente, el tiempo laborado o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público y se fijaron las nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición pensional según el cual, quienes contaran con 15 años de servicios o 40 años de edad en caso de los hombres, y 35 años, en el caso de las mujeres, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía del régimen anterior que les fuera aplicable. No obstante, los incisos 4.º y 5.º del mismo artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecieron: «Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida». [...] la Corte decidió de-

clarar exequibles los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, «siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993 [...] Asimismo, declaró exequible el citado inciso 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, «en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media». En este orden de ideas, se tiene que, de acuerdo con los incisos cuarto y quinto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, las personas que habiendo estado afiliadas al régimen de prima media con prestación definida, se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y posteriormente decidan regresar a aquel, tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición, siempre y cuando tuviesen más de 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1994 para empleados del orden nacional. Posteriormente, se expidió el Decreto 3800 de 2003 [...] Las expresiones tachadas de la norma antes citada fueron declaradas nulas por el Consejo de Es-

tado a través de sentencias proferidas el 6 de abril de 2011 y el 23 de octubre de 2014, dentro de los procesos con radicación interna 1095-2077 y 2654-2008, respectivamente. [...] actualmente, los únicos requisitos para la aplicación del régimen de transición a favor de quienes decidan trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media, son los señalados en el inciso primero y el literal a) del artículo 3.º del Decreto 3800 de 2003 en concordancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, es decir, que al 1.º de abril de 1994 el afiliado tuviera 15 años de cotizaciones y que se traslade a la administradora del régimen de prima media el saldo del afiliado en la cuenta de ahorro individual del RAIS. Adicionalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia SU - 130 de 2013, tuvo oportunidad de analizar nuevamente y reiterar su postura frente a los eventos en los que se conserva o se pierde el beneficio de la transición por el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. [...] De acuerdo con lo anterior, es evidente que quienes se trasladen al RAIS y no hayan cumplido 15 años de servicios cotizados para el 1.º de abril de 1994, pierden la posibilidad de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición, tal como lo reafirmó esta Sala en providencia de 11 de agosto de 2016, con ponencia de quien también actúa como ponente en esta oportunidad [...] La multifiliación o múltiple vinculación en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP). Sobre este tema debe señalarse que los dos regímenes de pensiones establecidos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP) analizados en el capítulo precedente son excluyentes entre sí, de manera que un afiliado no puede realizar cotizaciones simultáneas a los dos, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 100 de 1993. [...] En igual sentido, en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 se con-

templó la prohibición de vinculaciones múltiples. [...] Asimismo, el Decreto 3800 de 2003 reiteró la prohibición de que los afiliados realicen múltiple vinculación entre los regímenes. [...] Finalmente, ha de precisarse que el Decreto 3995 de 2008 prevé unos criterios de solución a la problemática en caso de múltiple afiliación. No obstante (...) establece unas excepciones para la aplicación de las disposiciones contenidas en esa norma. [...] Sobre el particular, ha de precisarse que la necesidad de tener claridad respecto a la vinculación del afiliado a uno de los regímenes que establece el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP), esto es, al de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, permite tener certeza de la entidad a cargo de asumir el pago de la prestación económica causada. [...] es necesario referirse a la manifestación de voluntad del afiliado, para lo cual debe recordarse que el traslado de régimen constituye un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cumplimiento de las formas solemnes que se requieran. En efecto, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que «La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley». Así mismo, el citado artículo 271 dispone, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá rea-

lizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Acorde con lo anterior, el inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, estableció como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones. [...] En este punto del debate es primordial referirnos a los deberes del juez frente a los escenarios de múltiple vinculación, señalados por la Corte Constitucional en sentencia T- 191 de 2020, refiriéndose a la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, frente a los cuales precisó: 1. El estudio de traslados de regímenes pensionales debe revisarse siempre desde el derecho que tiene toda persona a elegir libremente, así como el deber que tiene el empleador y las administradoras de fondo de pensiones en brindar una asesoría adecuada. 2. El primer elemento que debe revisarse es la existencia de información por parte del empleador –de la necesidad de afiliarse– y de asesoría brindada por parte de la administradora de fondo de pensiones. 3. Deberá verificarse que la persona haya manifestado su voluntad de afiliarse en un régimen, así como de trasladarse de uno a otros. 4. El juez se encuentra en el deber de verificar la validez del traslado o de la afiliación. Esto significa, que no basta con verificar los tiempos de cotización, sino que la vinculación se haga en los términos que establece la ley. En consecuencia, el juez deberá identificar cuál es el régimen aplicable y constatar que los requisitos allí fijados se cumplan a cabalidad. Si la afiliación o el traslado no cumplen con dichos requisitos, se debe entender, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que será válida la vinculación anterior –

siempre y cuando haya cumplido también con los requisitos legales—. 5. Cuando se presenta una múltiple afiliación, luego de establecida la validez de la última efectuada en los términos legales, procede verificar la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte [...] En este caso debe recordarse que la Tesis de la demandante consiste en que, sin mediar autorización voluntaria de su parte para trasladar sus aportes para pensión, fue afiliada a PORVENIR y tan sólo en el año 2010 cuando solicitó el reporte de semanas cotizadas al ISS se le informó que aparecía con la novedad de «multiafiliación» situación que desconocía hasta ese momento toda vez que el ISS la seguía reportando como afiliada activa desde el año 1990 a la fecha; que por ello elevó varias solicitudes a PORVENIR donde solicitó el traslado de sus aportes al ISS, lo cual sólo fue posible a través de una acción de tutela donde se ordenó mediante sentencia de 4 de mayo de 2012. [...] En este sentido es evidente que se trató de un fenómeno de múltiple afiliación o vinculación a ambos regímenes, sin que se hubiese efectuado el traslado de la demandante, que, según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) se hace de forma libre y voluntaria por parte del afiliado (no del empleador), quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Como ya se indicó, tanto la afiliación como el traslado constituyen un acto jurídico en donde se plasma la manifestación de la voluntad y en este caso, como se aprecia, la demandante no escogió trasladarse a PORVENIR S.A. ni mucho menos se plasmó esa decisión en el formato señalado los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que es evidente que nos encontramos ante la figura de la inexisten-

cia del citado acto jurídico que se produce «[...] en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato». En este sentido, al no haberse desvinculado la demandante de la entidad de previsión inicial como es el Instituto de Seguros Sociales, sino que se trató de un fenómeno de multiplicidad de aportes efectuados a dos entidades de previsión, de forma concomitante, sin que mediara la voluntad de la servidora, es evidente que nunca se desafiló del régimen de prima media con prestación definida [...]».

Problema jurídico 2: “¿La demandante tiene derecho al reconocimiento pensional de conformidad con el Decreto 546 de 1971, en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada percibida durante el último año de servicios, comprendido entre el 12 de marzo de 2011 al 12 de marzo de 2012?”

Tesis 2: “[...] la demandante cumplió con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual permite aplicar disposiciones sobre edad y tiempo de servicios vigentes con anterioridad a esta Ley como es el régimen especial de pensiones de los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público, consagrado en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 [...] para efectos de liquidar dicha pensión se debe atender a las reglas fijadas en la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJS2-021-20 de 11 de junio de 2020 [...] Así, en lo que tiene que ver con el monto o porcentaje de liquidación, se advierte que se debe aplicar el señalado en el Decreto 546

de 1971, es decir el 75%. En relación con el IBL de la pensión, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que la demandante adquirió el status pensional el 18 de enero de 2011, fecha en que cumplió los 20 años de servicios en el sector público, de los cuales más de 10 años fueron exclusivamente en la Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación, y contaba con 50 años de edad; es decir que, para el 1.º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban 16 años, 9 meses y 17 días para adquirir el derecho a la pensión. En

consecuencia, atendiendo a lo dispuesto en la citada sentencia de unificación del 11 de junio de 2020, la pensión se debe liquidar teniendo en cuenta «el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE». En este caso, dicho periodo son los últimos diez años laborados comprendidos entre el 12 de marzo de 2002 al 12 de marzo de 2012, que laboró en la Fiscalía General de la Nación, la Personería de Bogotá y la Rama Judicial [...]”.

La exclusión como beneficiarios de la prima técnica a los servidores públicos del nivel profesional de la Contraloría General de la República por el Gobierno Nacional se ajusta a derecho.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01792-00[4754-2013]

FECHA: 27/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Miguel Armando Adaime Vanegas y Víctor Hugo Pinzón Castellanos

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Administrativo de la Función Pública

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿EL Gobierno Nacional podía modificar o derogar el numeral 5 del artículo 113 de la Ley 1006 de 1993, mediante la expedición de los decretos reglamentarios 13336 de 2003 y 2177 de 2006, para excluir de la prima técnica al personal del nivel profesional de la Contraloría General de la República?

Tesis 1: “La Sala extrae las siguientes dos conclusiones para los efectos de esta providencia: (i) que la regulación legal de la prima técnica de manera general ha estado a cargo del Gobierno Nacional, en desarrollo de diferentes leyes marco; y (ii) que a partir del Decreto Reglamentario 1724 de 1997, el Gobierno Nacional excluyó al nivel profesional del disfrute de la mencionada prestación. (...). Para la Sala es claro, que los Decretos Reglamentarios 1336 de 2003 y 2177 de 2006 que se demandan, al desarrollar el artículo 1° de la Ley 4ª de 1992, ostentan una condición jurídica superior a la de los decretos reglamentarios comunes y, en consecuencia, tienen la capacidad de modificar, complementar y derogar normas preexistentes que tengan fuerza de ley que se refieran a materias objeto de la correspondiente ley marco, siempre que

no sean orgánicas o estatutarias. En consecuencia, los decretos demandados perfectamente podían modificar o derogar el numeral 5° del artículo 113 de la Ley 106 de 1993, -para entre otras, excluir al nivel profesional del disfrute de la prima técnica-, toda vez que se trata de una ley ordinaria que pertenece al régimen legal de que tratan los decretos reglamentarios censurados. Por consiguiente, el primer Problema jurídico se resuelve concluyendo que los decretos reglamentarios 1336 de 2003 y 2177 de 2006, no trasgreden el artículo 113, numeral 5, de la Ley 106 de 1993, porque el Gobierno Nacional reguló el régimen de Prima Técnica para la generalidad de los empleados públicos, mediante los referidos decretos atendiendo al marco normativo establecido en la Ley 4ª de 1992, y por lo tanto, a través de estos podía modificar o derogar el numeral 5° del artículo 113 de la Ley 106 de 1993. En consecuencia, el primer reparo de la parte demandante no prospera [...]”.

Problema jurídico 2: ¿EL Gobierno Nacional carecía de competencia para expedir los decretos reglamentarios 13336 de 2003 y 2177 de 2006, mediante los cuales excluyó de

la prima técnica al nivel profesional de la Contraloría General de la República?

Tesis 2: “Corresponde a la Sala determinar si los Decretos Reglamentarios 1336 de 2003 y 2177 de 2006, fueron expedidos sin competencia porque, según los actores, el Gobierno Nacional no está facultado para regular modificar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Contraloría General de la República, al excluir a los empleados públicos del nivel profesional de dicho órgano, del universo de beneficiarios de la prima técnica, contrariando lo establecido en el artículo 113, numeral 5, de la Ley 106 de 1993. Para resolver este cargo, reparo o censura, la Sala se remite a los argumentos anteriormente expuestos para resolver el primer Problema jurídico, reiterándose: (i) que los decretos reglamentarios demandados fueron expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución de 1991, que lo faculta para proferir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; (ii) que los decretos reglamentarios demandados fueron expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992, que establece que el Ejecutivo es el com-

petente para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre los que se incluye los pertenecientes a la Contraloría General de la República; (iii) que los Decretos Reglamentarios 1336 de 2003 y 2177 de 2006, son de carácter especial toda vez que complementan, y no simplemente ejecutan, el mandato de la Ley Marco 4ª de 1992, motivo por el cual ostentan una condición jurídica superior a la de los decretos reglamentarios comunes, y en consecuencia, pueden modificar, complementar y derogar el contenido de la Ley Ordinaria 106 de 1993, en el sentido de excluir de los beneficiarios de la «prima técnica» a los servidores de la Contraloría del nivel profesional. Por lo tanto, la Sala responde el segundo Problema jurídico señalando que el Gobierno Nacional sí tenía competencia para, a través de los Decretos Reglamentarios 1336 de 2003 y 2177 de 2006, regular y modificar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Contraloría General de la República, y por esta vía, excluir a los empleados públicos del nivel profesional de ese órgano de control, del universo de beneficiarios de la prima técnica, contrariando lo establecido en el artículo 113, numeral 5, de la Ley 106 de 1993. En consecuencia, tampoco prospera la segunda censura formulada por los demandantes”.

Reconocimiento y pago de las cesantías. Imprescriptibilidad del ahorro de cesantías. Prescripción de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

RADICADO: 52001-23-33-000-2013-00218-01(4327-2014)

FECHA: 24/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Aracely Elisabeth Vallejo Vallejo

DEMANDADO: Municipio de El Contadero (Nariño)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Procede el reconocimiento y pago de las cesantías y de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 reclamadas por la demandante por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1996 al 02 de noviembre de 2001?

Tesis 1: “[...] se considera que pese a que en el régimen anualizado de cesantías el empleador se encuentra obligado a consignar la suma respectiva por esta prestación social en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el trabajador, antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, no es posible tomar esta misma fecha a efectos de contabilizar el fenómeno jurídico de la prescripción, pues la finalidad de esta prestación es constituir un ahorro a favor del trabajador para cuando éste se encuentre cesante, y es a partir de este momento en que se hace uso del auxilio. El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término

extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo. Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene por qué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador. Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone. Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumpli-

miento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. [...] teniendo en cuenta que, dentro del material probatorio, no se observan las consignaciones del auxilio de cesantías al fondo escogido por la demandante (...) el ente territorial está en la obligación de efectuar dicho reconocimiento y hacer las consignaciones al fondo respectivo, por lo que en ese sentido le asiste razón al a quo, al acceder al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías del 23 de julio de 1996 al 2 de noviembre de 2001. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el Municipio de El Contadero sí incurrió en mora en la consignación de las cesantías generadas a favor de la demandante para los años 1996 a 2001, toda vez que, en aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se debieron consignar, a más tardar, el 14 de febrero del año siguiente a su causación”.

Problema jurídico 2: ¿Las cesantías y la sanción moratoria se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción?

Tesis 2: “[...] la sección segunda acogió la Tesis de la prescripción en asuntos relativos a sanción moratoria con fundamento en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. En ese orden, atendiendo las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación de 6 de agosto de 2020, la demandante disponía de 3 años para reclamarlas, y ésta presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 15 de agosto de 2012, de modo

que se configuró la prescripción extintiva de la aludida sanción. [...] Es preciso recordar que la regla fijada en la sentencia de unificación de 6 de agosto de 2020 establece que «(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva». En el presente caso se muestra evidente la configuración del medio exceptivo de prescripción, toda vez que la obligación se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio- y la señora (...) dejó transcurrir un lapso superior a tres años sin realizar la reclamación administrativa de la sanción moratoria. En consecuencia, se modificará la sentencia de 30 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en la medida que solo resulta procedente acceder a la pretensión de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1996 y el 02 de noviembre de 2001, y no a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, pues respecto de esta última se configuró el medio exceptivo de prescripción extintiva [...]”.

Nivelación salarial del funcionario de nivel técnico. Empleo del nivel profesional. Reubicación de servidores en la planta global de personal y cambio de empleo. Prueba del trato salarial discriminatorio y carga de la prueba.

RADICADO: 73001-23-33-000-2016-00616-01(0047-2018)

FECHA: 15/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Calixto Alfonso Naranjo Márquez

DEMANDADO: Departamento del Tolima

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente la nivelación salarial deprecada por quien ostenta el cargo de técnico operativo, código 314, grado 5, de la planta global de la administración central del ente territorial demandado con el fin de igualar su remuneración y prestaciones a las percibidas por quien ocupa el empleo de profesional universitario, código 219, grado 4, de dicha autoridad, bajo el entendido de que fue reubicado para desempeñar las mismas funciones que aquella ejercía?

Tesis : “Resulta necesario determinar el alcance del concepto de planta global al interior de las entidades públicas, para lo cual se debe tener en cuenta inicialmente el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 [...] Como se aprecia, el hecho de que una entidad tenga una planta global de personal, implica que dentro de su estructura interna funcional, existen diferentes empleos debidamente clasificados y con nomenclaturas específicas, pero sin adscripciones puntuales o determinadas a una dependencia del organismo en especial, sino concebidos de una forma genérica para desempeñarse en cualquiera de estas, en atención a las necesidades del servicio y a los requeri-

mientos que la propia autoridad defina en diferentes momentos, lo cual flexibiliza el traslado de cargos entre áreas a fin de garantizar los objetivos de la institución. [...] De otro lado, en lo que respecta a la reubicación como el mecanismo en virtud del cual el libelista alega que le fueron asignadas funciones inherentes a un profesional universitario y disímiles a las contempladas para el cargo de técnico operativo para el cual había sido nombrado, es necesario poner de presente el artículo 2.2.5.4.6 del Decreto 1083 de 2015 [...] Según este marco normativo, puede sostenerse que cuando las entidades han creado plantas globales de personal (...) se entiende que los empleos conforman una sola estructura funcional dependiente de la institución como tal, y por lo tanto, no están adscritos o determinados a un área u oficina específica, toda vez que la reubicación precisamente busca distribuir funcionarios con sus correspondientes plazas a la unidad del organismo que más los requiera en observancia de las necesidades del servicio. [...] en virtud de la reubicación de empleados, lo que se pretende es que exista una laxitud en la ubicación de aquellos para laborar en diferentes dependencias de la entidad, pero sin que se

presente una variación en la naturaleza, denominación ni clasificación del cargo ocupado por el servidor público, sino solo en la dependencia para la cual se ejercerán las funciones y labores propias de su posición, aunque con la posibilidad de que la tareas como tal puedan variar en cuanto a su objetivo ante la especialidad de cada área de servicio. [...] En síntesis, es evidente que la autoridad nominadora tiene la potestad para reubicar a un empleado de su planta global donde este sea requerido en virtud de su cargo y con base en los fines del área que lo necesite. No obstante, se debe precisar que dicha figura al no tratarse de un encargo, no puede conllevar la desnaturalización de la plaza en la que fue nombrado el servidor reubicado, pues si bien las funciones, actividades y responsabilidades que a aquel le corresponderán, son las de la dependencia en la que sea asignado conforme al objetivo y fines de esta, ello procederá siempre y cuando sean de la misma esencia del empleo, esto es, de igual nivel jerárquico, código y grado, de acuerdo con el manual específico de la entidad. [...] la aludida modificación de funciones entre áreas de un mismo organismo en virtud de la reubicación de un servidor (como sucedió en el caso del demandante), no representa una des-

naturalización del cargo per se, pues al analizar el empleo de técnico operativo al interior del Departamento del Tolima, se verifica una correlación entre dichas labores y la esencia del nivel jerárquico de la mentada plaza, al solo existir una divergencia en el enfoque de las actividades debido a la misión especial de cada dependencia, pero no en la forma de ejecutarlas al tener que «[...] apoyar técnicamente el desarrollo de procesos y procedimientos [...]», ello de manera general en cualquiera de las oficinas en las que llegue a ser designado. Por lo anterior, el hecho de que se haya materializado una reubicación del demandante en otra área de la entidad territorial, no implica por sí solo la evidencia de un tratamiento discriminatorio en materia salarial, pues no se configura un cambio en la asignación de funciones, requisitos y responsabilidades del empleo por las de otro de mayor jerarquía. Ahora, si lo que se pretende como lo alega la parte apelante es asegurar que la realidad superó la formalidad de dicha variación y que factualmente le fueron fijadas condiciones laborales propias de una plaza diferente, tal supuesto necesariamente debe demostrarlo de manera fehaciente a fin de poder realizar un análisis de confrontación de situaciones en clave de test de igualdad”.

Régimen prestacional de los diputados y empleados de las asambleas departamentales. Miembros de las corporaciones públicas, régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional. Régimen salarial y prestacional de los diputados beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Mesada pensional máxima y tope pensional, principio de favorabilidad laboral.

RADICADO: 20001-23-33-000-2013-00091-01[1245-2015]

FECHA: 07/10/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Departamento del Cesar

DEMANDADO: Darío Quintero Patiño

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandado es beneficiario del régimen especial de congresistas?

Tesis 1: “El Acto Legislativo 1 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, previó que los diputados tendrían derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y que estarían amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley, disposición que los vinculó al sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, por ser considerados miembros remunerados de corporaciones públicas. Por su parte, el artículo 29 de la Ley 617 de 2000 dispuso que «Los Diputados estarán amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias. En todo caso se les garantizará aseguramiento para salud y pensiones. [...] Ahora bien, los diputados sujetos a la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservaron el régimen pensional anterior consagrado en las Leyes 6 de 1945 y 48 de 1962, y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de

1986 [...] respecto a la posibilidad de extender todas las prestaciones sociales contenidas en el Decreto 1045 de 1978 a los diputados porque el Decreto 1919 de 2002 consagró que a los empleados de las asambleas departamentales se les aplicaría el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, debe tenerse en cuenta que estos no son ni funcionarios, ni empleados públicos, sino miembros de las Corporaciones Públicas. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-315 de 1995 sostuvo lo siguiente: “(...) Los diputados y los concejales, en los términos de los artículos 299 y 312 de la C.P., no son ni funcionarios ni empleados públicos. De otro lado, con arreglo a las limitaciones que establezca “la ley”, tienen derecho a “honorarios” por su asistencia a las sesiones correspondientes.

El fundamento constitucional de la ley analizada lo constituye la atribución que la Constitución asigna al Congreso en su artículo 150-19, literales e y f. La facultad del Legislador se redu-

ce a fijar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los “empleados públicos” y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los “trabajadores oficiales.” No puede, en consecuencia, hacerse uso de esta facultad en relación con los concejales y los diputados, que por definición no son empleados públicos. La inexistencia de una relación laboral o la propia que se predica de los funcionarios públicos sujetos a una situación legal y reglamentaria, impide someter a estos servidores públicos a un régimen salarial y prestacional. Ahora, la materia relativa a los “honorarios” de los concejales y diputados, es un asunto que concierne exclusivamente a la ley y, por ende, no puede ser objeto de la técnica peculiar propia de las leyes marco. (...)” [...] Se desprende de lo anterior que no es posible extender a los diputados el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional, pues tienen una característica diferente, respecto de la cual, en la Constitución Política, se estableció que tendrían un régimen salarial y prestacional concreto diferente de los demás servidores públicos. Es preciso poner de presente que los diputados cumplen funciones eminentemente políticas y excepcionalmente ejercen función administrativa, motivo por el cual se justifica que tengan un tratamiento diferente, tanto en lo relacionado con su régimen salarial y prestacional, y que se puede extender a otros ámbitos como el régimen disciplinario y fiscal. [...] esta Sección ha sostenido que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el régimen aplicable tanto para los diputados como para los congresistas cambió. [...] De lo anterior de colige, que actualmente los diputados no gozan del régimen especial previsto para los congresistas, sino que se sujetan a lo regulado en la Ley 100 de 1993, salvo quienes se encuentren en el régimen de transición, a quienes se les aplicarán las normas anteriores siempre y cuando no hubieran sido derogadas. [...]”

Problema jurídico 2: ¿Cuál es el régimen pensional aplicable al demandado en calidad de diputado beneficiario del régimen de transición?

Tesis 2: “[...] Si bien los diputados sujetos a la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservaron el régimen pensional anterior consagrado en las Leyes 6ª de 1945 y 48 de 1962, y los Decretos 1723 de 1964 y 1222 de 1986, después de la expedición de la Constitución de 1991 su régimen prestacional cambió y es totalmente disímil al de los congresistas. [...] teniendo en cuenta que el señor (...) fungió como diputado del departamento del Cesar hasta el 30 de diciembre de 1998 y es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es de concluir que su situación pensional se encuentra regida por el régimen pensional anterior, esto es, el consagrado en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicios y monto. [...] aunque la norma aplicable (...) para el reconocimiento pensional era la Ley 33 de 1985, esto es, la disposición anterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tal situación no significa que sea beneficiario del régimen especial de congresistas, ni que este le sea homologable, pues para la fecha en que se desempeñó como diputado de la Asamblea Departamental ya se encontraba vigente el Acto Legislativo 1 de 1996, que reformó el artículo 299 de la Constitución Política, en virtud del cual, los diputados tendrían derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y que estarían amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fije la ley, disposición que los vinculó al sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, por ser considerados miembros remunerados de corporaciones públicas. Es decir, acorde con lo probado en el proceso, su desempeño como diputado de la Asamblea Departamental del Cesar lo fue después de la entrada

en vigencia de la Constitución de 1991 cuando ya se había modificado el régimen prestacional entre dichos cargos. [...] Desde la Ley 4 de 1976, todas las pensiones de los funcionarios públicos han estado sujetas a límites en su cuantía, toda vez que dicha medida garantiza la distribución equitativa de los recursos limitados en seguridad social y materializa los principios de solidaridad, eficiencia, equidad, universalidad y sostenibilidad fiscal. [...] la Sala observa que, en principio, al señor (...) le sería aplicable el límite pensional previsto en la Ley 71 de 1988 para las pensiones reconocidas en virtud de las Ley 33 de 1985, toda vez que: (i) esta última normativa no se refirió al tope máximo del monto de

la pensión y; (ii) la misma solo definió los requisitos para acceder a la prestación social y su porcentaje. En efecto, ante la falta de regulación sobre dicho tema, es imperioso remitirse a las normas de carácter general que lo fijan, esto es, el artículo 2 de la Ley 71 de 1988. No obstante, en virtud del principio de favorabilidad se debe dar aplicación al límite máximo de 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes de que trata el Decreto 314 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 por ser más beneficioso que el monto señalado en la Ley 71 de 1988, además porque su prestación se reconoció a partir de 1999, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1993 que fijó el límite en 20 SMLMV”.

Los agentes escoltas de la unidad nacional de vigilancia incorporados del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) no tienen derecho al reconocimiento de horas extras.

997

RADICADO: 05001-23-33-000-2016-00565-01 [4233-2017]

FECHA: 07/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: José Álvaro Castellanos Jurado

DEMANDADO: Unidad Nacional de Protección

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿A un agente escolta de la Unidad Nacional de Protección, incorporado del DAS, le asiste derecho al reconocimiento de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas laboradas y recargos nocturnos, dominicales y festivos, así como al recargo por trabajo nocturno, generados en las comisiones de servicios y pago de viáticos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y prestaciones sociales incluidas las cesantías?

Tesis: “[...] Si Los recargos nocturnos, dominicales y festivos se reconocen a aquellos empleados que cumplen su jornada laboral total o parcialmente en horas nocturnas, es decir, que en algunos casos se presenta una jornada mixta, de manera que causan el derecho a que se les reconozca el 35% adicional sobre la asignación mensual. (...) Resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200%, si es diurno, y

235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. (...) De lo anterior se colige que la jornada laboral de los empleados del extinguido DAS era de 44 horas semanales, excepto para aquellos con funciones discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación o seguridad, quienes podían tener una jornada de 12 horas diarias y máximo 66 semanales, sin perjuicio de que, por situaciones especiales, el jefe de la entidad podía establecer una jornada de hasta 18 horas sin que excediera las 72 semanales. Además, debido a la naturaleza de las funciones que desempeñaban tales empleados, no era dable el reconocimiento como horas extras del pago de horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo, o en días dominicales o festivos y, en su lugar, se concedían compensatorios para descansar, adicionales a los establecidos por ley. (...) No es dable, como lo pretende el actor, desconocer las previsiones que regulan el régimen laboral especial de los empleados del otrora DAS que fueron incorporados al organismo accionado, en especial, las del Decreto 1932 de 1989 (artículos 12 y 13), en virtud de las cuales las horas extras no son reconocidas a los servidores que realizan fun-

ciones que implican el ejercicio de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, como es el caso de aquel (agente escolta), amén del carácter de organismo nacional de seguridad y la misión institucional de la entidad. En ese entendimiento, a pesar de que se encuentra acreditado en el proceso la realización de las comisiones de servicio y el pago de los viáticos, ello no implica, per se, el reconocimiento de horas extras y recargos (sin perjuicio de que

pudiese parecer que ellas vienen implícitas en esa situación administrativa), en la medida en que, por un lado, no se tiene certidumbre de que en la comisión se haya excedido la jornada laboral; y, por otro, la más relevante, existe una prohibición legal acerca de ese otorgamiento, pues, se insiste, el Decreto 4065 de 2011 remite es al 1932 de 1989 y no al 1042 de 1978, esto es, no se trata de un factor dentro del régimen especial que le resulta aplicable a los referidos servidores[...].”.

El pago incompleto de las cesantías no otorga el derecho a percibir el pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990.

999

RADICADO: 25000-23-42-000-2018-02833-001 [0612-2021]

FECHA: 10/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Diana Carolina Gutiérrez Castrillón

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial [DEAJ]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Un servidor de la Rama Judicial, por no recibir el pago completo de sus cesantías causadas durante el año 2016 antes del 15 de febrero de 2017, tiene derecho a que le sea reconocido el pago sancionatorio establecido en la Ley 50 de 1990?

Tesis: “[...] El legislador estableció una sanción económica para los eventos en que ocurra el pago tardío de las cesantías, que debe ser liquidada y reconocida mediante acto administrativo en firme, equivalente a un día de retardo por cada día de mora hasta que se haga efectivo su pago. [...] De la misma manera, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagra lo referente al pago de las cesantías y a su vez, la sanción moratoria por incumplir dicho pago dentro del término estipulado: (...) ARTÍCULO 99.- Reglamentado por el Decreto 1176 de 1991. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin Página 1 de 2 perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. 2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en

los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (...) [...] Si bien la entidad demandada incurrió en error al realizar el cálculo y liquidación de las cesantías de la demandante (...) porque no liquidó diez meses servidos que corresponden a los meses de enero a octubre del mismo año, no puede confundirse la situación fáctica que genera la sanción moratoria establecida por la ley, con el pago de reliquidación después de desatar la discusión sobre el monto consignado. La sanción moratoria es una penalidad para el Estado – empleador, por su incumplimiento en la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, en tiempo oportuno, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo; de manera que solo la ausencia en el pago de las cesantías es la castigada con la mora. Por consiguiente, no puede extenderse la sanción cuando se presenta una discusión sobre ese

monto que puede, a su turno, generar o no un reajuste. [...] Dilucidado lo anterior, la sanción moratoria no tiene el alcance que pretende endilgarle la actora para extenderla a los eventos en que hubo lugar a un reajuste de las cesantías por inconsistencia en el monto liquidado o discutido al tiempo de liquidación. De igual forma, el nuevo valor correspondiente a la reliquidación se genera con ocasión de la

controversia que la actora provocó al punto que le fue modificado por la administración el acto de reconocimiento aceptando sus argumentos, pero sin que ello encuadre en la descripción de la norma que regula la penalidad. [...] En ese orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia (...) que negó las pretensiones de la demanda, por los argumentos expuestos en precedencia [...]”.

Los jueces de control de garantías no son beneficiarios de horas extras, dominicales y festivos por no existir consagración en el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00740-01 [6476-2018]

FECHA: 17/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Hernando Londoño

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al juez penal municipal con función de control de garantías le asiste derecho al reconocimiento de horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y diurnos y nocturnos en días dominicales y festivos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y las prestaciones sociales?

Tesis: “[...] [L]os jueces y magistrados tienen la categoría de funcionarios de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Ley 270 de 1996, porque tienen funciones de dirección y por ello no pueden estar sometidos a la misma jornada de los demás empleados judiciales, entre otras razones, porque gozan de un salario más alto dentro de su escala competencial y, además, en su calidad de directores del despacho, pueden distribuir sus funciones y cargas laborales. En conclusión, se colige que (i) las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial no contemplan el derecho a las horas extras, dominicales y festivos, pero sí a descansos remunerados; (ii) la naturaleza del servicio de control de garantías es

permanente, por ello la Ley 906 de 2004 previó que todos los días y horas son hábiles, motivo por el cual no hay lugar a recargos, puesto que este es el horario habitual; (iii) el artículo 157 de la Ley 906 de 2004 consagra una norma especial que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, se aplica de preferencia a las disposiciones generales, por lo que no es dable extender el régimen previsto en el Decreto 1042 de 1978 a los miembros de la Rama Judicial de manera supletiva ni integradora; y (iv) el pago de horas extras y compensatorios no está previsto para remunerar a quienes tienen cargos de dirección (..) De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el demandante: (i) labora como juez segundo penal municipal con función de control de garantías de Manizales desde el 20 de marzo de 2012 hasta la fecha en que se presentó la demanda; y (ii) en tal calidad, no cumplía el horario normal de los demás servidores judiciales, sino que trabajaba por el sistema de turnos, en razón a que presta sus servicios en la jurisdicción penal, específicamente en el ejercicio de la función de control de garantías. Conforme a los planteamientos señalados y los argumentos que a continuación se pasan a exponer, se tiene que en el caso sub judice, el

accionante no tiene derecho al reconocimiento del trabajo suplementario que reclama. Dentro del régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Rama Judicial que rige la remuneración de estos servidores, no se prevé el derecho a las horas extras, dominicales y festivos, pero sí a descansos remunerados, como se reguló en los acuerdos citados en el acápite precedente, los cuales le fueron reconocidos al actor (lo que no se discute en el proceso). De igual forma, la función de control de garantías comporta naturaleza permanente, lo que hace que se privilegien

las necesidades del servicio y por ello todos los días y horas son hábiles para quienes la ejercen, motivo por el cual no hay lugar al pago de recargos, pues aquellos laboran en su horario habitual. Asimismo, al existir normas especiales que regulan el reconocimiento de compensatorios, se aplican de preferencia frente a las disposiciones generales, por lo que no es dable extender el régimen previsto en el Decreto 1042 de 1978 a servidores de la Rama Judicial de manera supletoria ni integradora, tal como lo ha precisado esta subsección [...].”

Pago de salarios y prestaciones de los servidores públicos víctimas de desaparición forzada a sus beneficiarios. Aplicación de las garantías de protección de la Ley 986 de 2005. Certificación expedida por la autoridad judicial competente sobre investigación o proceso judicial por el delito de desaparición forzada. Proceso de declaración de ausencia y nombramiento de un curador provisional o definitivo de los bienes de la víctima. Inscripción en el Registro Único de Beneficiarios del Sistema de Víctimas de Desaparición Forzada. Principio de solidaridad para con el desaparecido forzosamente. Reconocimiento de los aportes en salud y riesgos profesionales. Pago de los aportes Sistema General de Pensiones.

RADICADO: 18001-23-33-000-2017-00040-01(6605-2019)

FECHA: 04/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Fanny Mopán Tique

DEMANDADO: Departamento del Caquetá

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La demandante tiene o no derecho, al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales adeudados por el departamento del Caquetá al señor (...) por su desaparición ocurrida en el mes de octubre de 1990 y a quien, a través de sentencia de 11 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia, se le declaró ausente por desaparecimiento?

Tesis 1: “[...] Las pruebas recaudadas reseñadas de manera detallada en el acápite precedente no dejan duda a la Sala que en este caso se configuran los supuestos establecidos en la Ley 986 de 2005 para acceder a la aplicación de las herramientas de protección a las familias de las víctimas del delito de desaparición forzada, en particular la señalada en el artículo 15, referida al pago de salarios y

prestaciones sociales del desaparecido a cargo del Departamento del Caquetá [...] frente a la legitimación por pasiva del Departamento del Caquetá, debe decirse que se probó que el señor (...) se desempeñaba como secretario de la Inspección de Policía «El Recreo» dependiente del departamento del Caquetá desde el año de 1988 y qué ocurrió su desaparición en el mes de octubre de 1990 cuando aún se encontraba laborando para dicha entidad territorial. [...] la Ley 986 de 2005, en su artículo 27 estableció que los instrumentos de protección consagrados en ella serán aplicables a los secuestrados que al momento de su entrada en vigor se encuentren aún en cautiverio, así como a quienes sean secuestrados a partir de esa fecha. [...] pese a que la desaparición del señor (...) ocurrió en el mes de octubre de 1990, las previsiones normativas de la Ley 986

de 2005 son pasibles de ser aplicadas a su caso (...) previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma, ninguno de los cuales requiere que se haya declarado judicialmente la ocurrencia de la desaparición forzada como erróneamente lo señala el apoderado del ente territorial demandado [...] Para activar el sistema de instrumentos de protección de la Ley 986 de 2005 el interesado debe: Obtener una certificación expedida por la autoridad judicial competente que investiga o que tiene el conocimiento del caso, en la que conste que se encuentra en curso una investigación o un proceso judicial por el delito de desaparición forzada, la cual se expide a solicitud de cualquiera de los legitimados para adquirir la condición de curador provisional o definitivo de bienes. [...] el artículo 5.º la Ley 986 de 2005 dispone que, para acceder a los beneficios allí consagrados, la certificación judicial «tendrá una vigencia de tres (3) meses. El interesado deberá solicitar su renovación periódica a efectos de mantener el derecho a acceder a los instrumentos de protección previstos en la presente ley». Igualmente, en su artículo 4.º, la norma expresamente dispone que dicho certificado se presente ante el Juez de familia en el proceso de declaración de ausencia, (lo que sucedió en este caso), sin que se exija la presentación de una certificación vigente junto con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ni su renovación durante el trámite del proceso contencioso administrativo. [...] debe entenderse que la certificación judicial del artículo 5.º es exigible para activar el sistema de protección, como lo dispone el artículo 4º, y una vez obtenida esta certificación se deberá iniciar el proceso de declaración de ausencia ante el Juzgado de Familia competente, con el fin de obtener el nombramiento de un curador provisional o definitivo de los bienes del secuestrado y con ello, acceder a las herramientas de protección

establecidas en la Ley 986 de 2005 [...] En este caso, considera la Sala que se satisfizo el requisito en el entendido que fueron presentados en el proceso judicial de declaración de ausencia, y además, en virtud del auto de mejor proveer fue allegada al plenario una nueva certificación, sin que sea dable entender que en el transcurso en el proceso de nulidad y restablecimiento deba presentarse su renovación cada tres meses, toda vez que así no lo exige la norma; esto en aras de la prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia para las familias de las víctimas del delito de desaparición forzada. Debe adelantarse el proceso de declaración de ausencia, con el fin de obtener el nombramiento de un curador provisional o definitivo de los bienes de la víctima. El citado requisito también se encuentra acreditado toda vez que se allegaron los siguientes documentos que dan cuenta de que la demandante fue designada como curadora de los bienes del señor (...) por parte del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia y que se encuentra posesionada como tal [...] Adquirida la condición de curador provisional o definitivo de los bienes de la víctima de desaparición forzada, dicho curador solicitará a la Secretaría Técnica del Conase, o quien haga sus veces, su inscripción en el registro único de beneficiarios del sistema. [...] en este caso se acreditaron los requisitos de acceso a las herramientas de protección establecidas en la Ley 986 de 2005, como acertadamente lo determinó el A quo [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Cuál es el periodo por el cual debe ordenarse el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales adeudados?

Tesis 2: “[...] el artículo 15 de la Ley 986 de 2005 indicó que «el empleador deberá continuar pagando el salario y prestaciones sociales a que tenga derecho el secuestrado al momento de ocurrencia del secuestro, ajustados

de acuerdo con los aumentos legalmente exigibles», pago que se efectuará desde el día en que el trabajador, sea este particular o servidor público, haya sido privado de la libertad y en el caso de servidor público hasta cuando se produzca su libertad, o alguna de las siguientes circunstancias: que se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del período constitucional o legal, del cargo. [...] el señor (...) venía desempeñándose como secretario de la Inspección de Policía «El Recreo» del Departamento del Caquetá, según dan cuenta las certificaciones de la Fiscalía General de la Nación, así como la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia, se tiene que su desaparición ocurrió en el mes de octubre de 1990, cuando se encontraba vigente su vinculación laboral con la entidad territorial departamento del Caquetá. [...] como bien lo señaló el Tribunal Administrativo de Caquetá, se tiene que el cargo del demandante no era de período constitucional o legal, ni tampoco se ha comprobado su muerte o declarado su muerte presunta, sino que se declaró su ausencia por desaparecimiento. Sin embargo, estimó que solo podía acceder al reconocimiento y pago a favor de (...) de todos los salarios y prestaciones sociales a que hubiera tenido derecho el señor (...) desde el 6 de octubre de «1989» y hasta el 31 de octubre de 1990, esto en razón a la supresión del cargo, en virtud de lo ordenado por la Ordenanza 018 de 1989, según la cual, las Inspecciones de Policía Departamentales pasaron a ser parte de los municipios, con lo que estimó que a partir de noviembre de 1990 el cargo había desaparecido y dicho ente territorial no podía continuar con el pago. [...] No es aceptable desde ningún punto de vista, que el departamento haya omitido el pago del salario del trabajador y las prestaciones adeudadas a la compañera del desaparecido, escudándose en el cambio de naturaleza de la inspección,

por cuando el desaparecimiento se produjo cuando éste era un empleado público del departamento y más aún, cuando para la época de los hechos, la señora (...) quedó a cargo de los dos hijos menores de la pareja que, contaban entonces con 5 y 3 años de edad, aproximadamente, quienes según los testimonios recaudados dependían económicamente del señor (...) que luego de su desaparición, vivieron en una situación de extrema pobreza en «un ranchito de piso en tierra». En este sentido debe recordarse que cuando un empleado sea objeto de desaparición forzada, surge para el Estado, como empleador, el deber de continuar con el pago de los salarios u honorarios dado que el principio constitucional de solidaridad también lo vincula, con lo cual, se colige que la fuente jurídica de ese pago ya no es el ejercicio mismo del empleo, sino que radica en los deberes del Estado de proteger la vida y la libertad de las personas residentes en Colombia, así como de solidarizarse con sus servidores cuando afrontan uno de esos delitos catalogados como de lesa humanidad. [...] los instrumentos de protección establecidos por el legislador en la Ley 986 de 2005, se aplican a personas cuya condición de desaparecidas o rehenes se haya configurado con anterioridad al fallo y dichas personas y sus familiares sólo tendrán derecho a aquellos beneficios contemplados en la Ley 986 de 2005 que se causen a partir de la fecha de adopción de esa sentencia. Lo anterior impone colegir, que le asiste derecho a la demandante frente a su pretensión de pago de salarios y prestaciones sociales, empero este reconocimiento sólo podrá ordenarse desde el mes de mayo de 2007 y hasta la ejecutoria de la sentencia de 11 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá-, a través de la cual, en atención al artículo 26 de la Ley 986 de 2005, se declaró «ausente por desaparición forzosa al señor (...). Esto en virtud de

que no hay evidencia de la fecha de radicación del proceso para lograr la declaración judicial de muerte presunta del desaparecido y a efectos de no sujetar a la entidad a una obligación «[...] a perpetuidad e irredimible» es decir, sin un límite temporal, ante la evidencia en la lentitud en la investigación del delito por parte de la Fiscalía General de la Nación. [...] no es procedente acceder al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de devengar por el señor (...) «entre el 1.º de enero de 1990 y el día de su desaparición forzada», como quiera que la fuente jurídica del reconocimiento que acá se ordena surge en virtud de la misma desaparición y de la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en la Ley 986 de 2005, por lo que no hace parte del sub lite verificar lo presuntamente dejado de devengar en periodos anteriores al insuceso, mucho más cuando en la demanda se afirma que él viajó a Florencia en octubre de 1990 para reclamar el salario del mes de septiembre y cumplir con sus obligaciones, lo que finalmente sucedió. [...] como en este caso la orden de restableci-

miento corresponde al periodo comprendido entre el mes de mayo de 2007 hasta la ejecutoria de la sentencia de 11 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá, no procede el reconocimiento de los aportes en salud y riesgos profesionales dado que se trata de un hecho consumado y no un crédito a favor del servidor. Sin embargo, se ordenará el pago de los aportes que le correspondieren al departamento del Caquetá, como empleador, que deberán ser actualizadas y depositadas al correspondiente Fondo o Caja de Previsión a la cual se encontraba afiliado el señor (...) o aquella entidad que lo sucedió en virtud de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. De las sumas resultantes a favor de la demandante deberán descontarse los porcentajes de los aportes en pensión que le hubiere correspondido realizar al señor (...) En este sentido, el tiempo comprendido entre el mes de mayo de 2007 hasta la ejecutoria de la sentencia de 11 de febrero de 2016 deberá tenerse en cuenta para efectos pensionales [...]”.

Trabajo suplementario de guardia carcelario del municipio de Caicedonia. Asimilación de miembro de custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Aplicación del Decreto 1042 de 1978.

RADICADO: 76001-23-33-000-2012-00110-01 [1891-2019]

FECHA: 06/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Henry Alonso Ramírez Montoya

DEMANDADO: Municipio de Caicedonia [Valle del Cauca]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas en días ordinarios; horas extras diurnas y nocturnas laboradas en dominicales y festivos; recargos nocturnos laborados en días ordinarios, dominicales y festivos, por el periodo laborado entre el año 2005 hasta el día 31 de enero de 2011, en el que se desempeñó en el empleo denominado Guardián Municipal?

Tesis: “[...] La Sala debe precisar que si bien es cierto en el sub lite, el empleo denominado Guardián Municipal hace parte de la planta de personal de la entidad territorial y por ello está sometido al Decreto 1042 de 1978, igualmente lo es que no se puede desconocer que la labor desempeñada por el accionante se asimila a las jornadas y turnos de trabajo del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, por lo que se constituye en una jornada laboral excepcional o sui generis, ya que de lo que se tiene certeza es que el accionante no se desempeñó en una jornada laboral ordinaria o convencional, sino que lo hizo en la modalidad de turnos de trabajo. [...] Resulta evidente que la jornada laboral desempeñada por el accionante, no se encuadra

en el anterior supuesto normativo [Decreto N° 108 del 18 de octubre de 2007 “Por medio del cual se expide el ‘Reglamento Interno de Trabajo de la Administración Central del Municipio de Caicedonia], ni tampoco se observa en dicho acto administrativo que hubiera sido reglamentada por la entidad territorial demandada -como era su deber hacerlo-, la jornada especial a cargo del guardián (...), menos aún señaló la consecuente remuneración salarial del empleo sometido a dicha jornada laboral excepcional, atendiendo los parámetros establecidos en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto al límite de la jornada laboral y los factores salariales de la misma. A juicio de esta Sala, el a quo pasó por alto la legislación que da fundamento al empleo de guardián municipal, cuyo desempeño se remonta a la posibilidad otorgada a las entidades territoriales según el artículo 17 de la Ley 65 de 1993 y el artículo 76.6. de la Ley 715 de 2001, de construir sus propias cárceles para una población privada de la libertad que tienen unas particularidades especiales, pero que son vigilados por el INPEC. De allí que la primera instancia no analizó que le correspondía a la entidad territorial accionada, en virtud del artículo 17 de la Ley 65 del 19 de agosto de 1993, al

ejercer la vigilancia de la cárcel para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones con privación de la libertad, destinar o incluir en su presupuesto municipal, las partidas necesarias para los gastos de dicha cárcel como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios, cometido legal que fue objeto de declaratoria de exequibilidad mediante sentencia C-471 de 1995, según se analizó *ut supra*. Fue precisamente la anterior razón, la que esgrimió el Alcalde de Caicedonia en el acto administrativo demandado oficio 01847 del 18 de abril de 2012, al consignar que no podía acceder a la reclamación de los emolumentos pedidos por el actor, por cuanto el municipio no los tenía establecidos dentro de su presupuesto, afirmación esta que desde ningún punto de vista es admisible, pues transgrede los principios orientadores de toda relación laboral, entre ellos el del trabajo en condiciones dignas y justas, así como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y el de primacía de la realidad sobre las formalidades, consignados en los artículos 25 y 53 de la Carta Política. Según la prueba documental allegada al expediente, se acreditó que mediante Decreto Extraordinario Número 044 del 15 de julio de 1998, ante la carencia de cinco guardianes en la Secretaría de Gobierno en la Alcaldía municipal de Caicedonia, dispuso en el artículo décimo sexto numeral 6, la creación de tres cargos de guardianes. (...) Apreciadas las pruebas documentales a la luz de la sana crítica según lo prescribe el artículo 176 del Código General del Proceso, a juicio de esta Sala resulta evidente la omisión en el pago de las respectivas horas extras diurnas laboradas en días ordinarios, horas extras diurnas laboradas en dominicales y festivos y, los recargos nocturnos labora-

dos en días ordinarios, dominicales y festivos, durante las vigencias 2005- enero de 2011. Lo anterior por cuanto se insiste, a falta de una jornada laboral especial concebida en el reglamento interno de trabajo de la administración del municipio de Caicedonia para el empleo Guardián Municipal, debía darse aplicación a las disposiciones normativas del Decreto 1042 de 1978 que regulan la jornada ordinaria del sector público correspondiente a 44 horas semanales y por tanto, de acuerdo a la jornada laboral certificada por el Director del centro carcelario municipal de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, las horas que excedieran el tope semanal constituían trabajo suplementario que se le debió remunerar, previamente encontrarse estipulado en el presupuesto del municipio. Ahora bien, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas reconocidas según la certificación laboral, garantizaban plenamente el derecho fundamental a un día de descanso compensatorio del señor(...), motivo por el que se satisface el supuesto del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio, por trabajo habitual en domingos y festivos (...) el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca efectuó una equivocada interpretación de la certificación expedida el 24 de octubre de 2013 por el Director (E) del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Caicedonia, que según se analizó en el acápite anterior, esta prueba documental acredita que el señor (...) laboró entre los años 2005 y el mes de enero de 2011, en la modalidad de turnos 24x24 que comenzaban a las 7:30 am hasta las 7:30 am del día siguiente y no, como lo interpretó el a quo que eran jornadas nocturnas de 7:30 pm a 7:30 am, pues por lógica ya no serían turnos de 24 sino de 12 horas, supuesto que contraría la certificación laboral”.

Homologación del cargo público. Nivelación salarial del personal administrativo adscrito al sector educativo territorial. Pago tardío de la nivelación salarial del docente territorial. Principio de confianza legítima. Inoperancia de la prescripción.

1009

RADICADO: 18001-23-33-000-2013-00210-01 [5299-2018]

FECHA: 17/11/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Departamento del Caquetá

DEMANDADO: : Ricaurte Montealegre Soto y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Operó la prescripción del derecho al pago del retroactivo por concepto de la nivelación salarial reconocida por el departamento del Caquetá a 55 empleados administrativos de la Secretaría de Educación en el acto demandado, expedido el 21 de marzo de 2013, que se causó por las anualidades 2004, 2005 y 2006?

Tesis: “[...] para la Sala es de suma importancia resaltar que la interpretación de la prescripción extintiva en materia laboral, como figura procesal, se debe leer a la luz de los principios de “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales” y la primacía de la realidad sobre las formas, previstos en el artículo 53 de la Constitución Política. Esto, teniendo en cuenta el preámbulo de la Carta fundamental que estatuye a Colombia como un estado social derecho fundado en el respecto a la dignidad humana, cuyos fines esenciales son garantizar la efectividad de los derechos y asegurar la vigencia de un orden justo. Así, como con el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por la

Ley 54 de 1962) relativo a la protección del salario, que trata la obligación de pagarlo oportunamente, en intervalos regulares, con la calidad de crédito preferente y prioritario. Recuérdesse también que la interpretación de las normas procesales debe atender el principio de eficacia de los derechos sustanciales, en virtud del principio pro homine, el cual “es un criterio hermenéutico propio de los sistemas de protección y garantía de eficacia de los derechos humanos y, como tal, constituye un parámetro para la aplicación de normas procesales, entendidas como vías de amparo a los derechos inalienables de la persona, lo que justifica el empleo de una interpretación más favorable a su materialización”. Ahora bien, en lo que concierne a la figura de la renuncia a la prescripción en materia laboral es de anotar que al no haberse expedido el estatuto laboral contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, impera realizar una interpretación sistemática entre la figura de la renuncia de la prescripción, cuando se trata de entidades públicas, y el principio de protección del salario como remuneración mínima vital y móvil.(...) en el marco de las particularidades de lo debatido en este proceso, es dable resaltar

que los supuestos de aplicación de la renuncia a la prescripción, remiten a la existencia de conductas del deudor dirigidas a evidenciar o reconocer la obligación, y se pueden leer como una expresión del aforismo de –“venire contra factum proprium non valet”–, que edifica la teoría del acto propio. En virtud del cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos para alterar la confianza que los mismos generaron.(...) en virtud de los principios de confianza legítima y buena fe, las autoridades como parte dominante en la relación laboral tienen la obligación de preservar un comportamiento consecuente, en tanto generan una expectativa en los administrados, que son la parte débil de la relación; de modo que son contrarias a derecho las actuaciones posteriores intempestivas, que afectan al administrado, sin que ello implique de modo alguno la continuidad de un acto jurídico ilegal. Por ello, en cada caso en particular corresponde valorar el comportamiento de las partes acorde con el postulado de la buena fe. Así pues, es de resaltar que en el caso bajo estudio el departamento realizó incorrectamente la homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación porque no pagó integralmente la retribución correspondiente. En efecto, el departamento del Caquetá, debido a un error en el procedimiento por aplicación de las normas durante la vigencia del 2004, efectuó la incorporación en la planta territorial de administrativos, pero mantuvo la asignación básica salarial fijada por el Gobierno Nacional; por lo que al existir diferencia de salario en los administrativos vinculados con la tabla salarial del Gobierno Nacional y los administrativos homologados y nivelados a la planta global del departamento, se procedió al reconocimiento del retroactivo a dicho personal. Para corregir dicha actuación irregular se emitió el Decreto 000694 de 2 de mayo de 2007 que hizo la nivelación salarial a 93 empleados adminis-

trativos financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, lo que fue debidamente comunicado a los interesados, a raíz de lo cual empezaron a reclamar dicho pago del retroactivo. (...)el objetivo de la prescripción es sancionar la inactividad de quien reclama un derecho y se castiga con su extinción; de lo cual emerge la necesidad de evaluar el desarrollo de la actuación administrativa para poder determinar si las 55 personas a quienes se le reconoció el retroactivo abandonaron el interés en el derecho a su pago; esto de cara a las actuaciones desarrolladas por la entidad frente a las peticiones, que generaron un grado de confianza legítima en los trabajadores llevándolos a esperar el pago que justamente fue reconocido en el Decreto 00254 de 21 de marzo de 2013. Empero, de forma intempestiva, la entidad mediante lesividad pretende exonerarse del pago, alegando la prescripción, pese a que el departamento con su conducta motivó con cierto grado de certeza que los interesados esperaran la existencia de recursos financieros y la autorización de la Asamblea Departamental. El reconocimiento de las sumas adeudadas por el retroactivo producto de la homologación del personal nacional en la planta territorial, fue el resultado de una compleja actuación administrativa, en la que debido al déficit de la entidad territorial se les indicó a los interesados que no contaba con la disponibilidad presupuestal para dicho gasto. Para la Sala no puede perderse de vista, que los trabajadores son la parte débil de la relación laboral y que la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas. Tal como acontece en el caso estudiado en razón a que después de un error del departamento, éste reconoce el retroactivo por nivelación salarial reclamado, pero decide no pagarlo aduciendo en principio la falta de recursos económicos y después, vía judicial, se opone al pago de los

valores reconocidos para la cual alega la prescripción del derecho al pago de la nivelación salarial. (...) la conducta del departamento del Caquetá generó expectativas legítimas sobre los accionados, a quienes se les creó la firme convicción de que les serían pagadas las sumas de dinero a las que tenían derecho como consecuencia de la nivelación y homologación salarial. De modo que, en este punto, extinguir tal derecho por el paso del tiempo constituye un comportamiento intempestivo por quien creó dicha expectativa, que no resulta oponible al administrado. Como se ha venido

diciendo, la Sala no desconoce la institución procesal de prescripción de derechos laborales, empero en este caso a la luz de los principios de buena fe y pro homine se impone realizar una interpretación favorable de cara a la efectividad del derecho. En atención a lo previamente señalado, la Sala no comparte la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues el departamento no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo a través del cual se reconoció el retroactivo de la nivelación salarial”.

Reubicación laboral de docente amenazada y asilada en el exterior. Improcedencia del reconocimiento de salario y prestaciones sociales.

RADICADO: 08001-23-33-000-2019-00333-01 (3659-2021)

FECHA: 19/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Herlinda Lucila Hernández Matos

DEMANDADO: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante Matos cumplió con los deberes establecidos en la normativa superior para reingresar a la planta de personal docente del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y percibir los emolumentos causados desde el 29 de octubre de 2015 en adelante, teniendo en cuenta su condición de docente amenazada y asilada en el extranjero? ¿Prescribió el derecho a la reubicación laboral?

Tesis: “[...] la Sala observa que los docentes a quienes se les ha reconocido la condición de amenazados son sujetos de especial protección y el Estado ha dispuesto una serie de medidas tendientes a garantizarles sus derechos al trabajo, la vida y la integridad personal. Es pertinente resaltar que a la actora se le otorgó la calidad de docente amenazada bajo el procedimiento establecido en el Decreto 1645 de 1992, por ende, una vez se demostró que su vida corría peligro, la entidad nominadora debió encauzar de forma inmediata todos sus esfuerzos en aras de lograr su reubicación en otra institución educativa para salvaguardar sus derechos fundamentales y mantener la vinculación laboral con el consecuente pago de sus salarios; sin embargo, el distrito de Barranquilla no cumplió con di-

cha obligación. [...] a la ahora accionante se le reconoció como docente amenazada el 7 de diciembre de 2001 y, según lo narra en los hechos de la demanda y se informa en el acto demandado, recibió los salarios hasta el año 2005 aproximadamente. Luego, en el año 2008 solicitó una certificación laboral en la que explicó que debido a las amenazas de las que fue objeto debió emigrar a Estados Unidos en condición de refugiada y en el año 2018 elevó una petición tendiente a que se le pagaran los salarios dejados de percibir y se dispusiera su reintegro al servicio. De acuerdo con el anterior recuento, el paso del tiempo podría generar inquietudes frente a los derechos laborales de la señora (...) sin embargo, la omisión en el ejercicio de acción no puede analizarse al margen del contexto histórico de violencia en la que se han visto involucrados diversos sectores de nuestra población y las medidas que el legislador y el ejecutivo han implementado paulatinamente para conjurar esa situación. En consecuencia, el análisis del caso concreto debe hacerse bajo el faro orientador de la especial protección que el Estado colombiano ha prodigado a los docentes amenazados. [...] en algunas oportunidades la jurisprudencia ha aplicado la denominada caducidad diferencial en aras de flexibilizar las normas procesales

en atención a la realidad de violencia y desplazamiento que viven algunos servidores oficiales. De esta manera, se ha explicado que los jueces están llamados a estudiar con particular atención tales situaciones, por cuanto se apartan de la generalidad de los casos en que los ciudadanos pueden acudir a la jurisdicción sin barreras o riesgos para su seguridad. [...] Así las cosas, el ordenamiento superior y la jurisprudencia han establecido parámetros diferenciales para analizar la situación de aquellas personas víctimas de la violencia que deben reajustar sus proyectos de vida y afrontar situaciones de riesgo que en muchas ocasiones les impiden acudir en igualdad de condiciones ante la jurisdicción. Ahora bien, la Resolución 1240 de 2010 dispuso que los educadores que a la fecha de expedición de ese acto llevaran más de 3 años fuera del país, debían «legalizar su situación con la entidad territorial certificada a la cual están vinculados». Con base en esta disposición la entidad accionada concluyó que no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, puesto que la interesada no cumplió con el deber que le asistía de acudir ante el ente empleador y aclarar su situación laboral; sin embargo, la Sala no comparte este entendimiento, en la medida en que tal obligación no contó con un desarrollo suficiente que permitiera identificar la forma en que debía cumplirse tal mandato. Inclusive, el Gobierno nacional se vio abocado a expedir el Decreto 1782 de 2013 que estableció con precisión las obligaciones en cabeza del Estado y de los educadores con miras a normalizar su estatus laboral. [...] el Decreto 1782 de 2013 avanzó en la reglamentación frente al retorno de los educadores residentes en el extranjero que antes regulaba la Resolución 1240 de 2010 y estableció un trámite que permite identificar con mayor claridad las obligaciones a cargo de los involucrados e inclusive se adelanta bajo el procedimiento administrativo regulado en la primera parte del CPACA. También es perti-

nente anotar que el Decreto 1782 de 2013 es relevante para analizar el caso concreto, por cuanto reguló nuevamente la materia que pretendió desarrollar la citada resolución y, por lo tanto, debe entenderse que operó una derogatoria tácita. En consecuencia, el asunto debe resolverse a la luz de la nueva normativa por ser aplicable a la controversia desde el punto de su vigencia en el tiempo. En efecto, el Decreto 1782 de 2013 se dirigió a los docentes que estuvieran fuera del país para el 30 de agosto de 2013, sin establecer otra limitante temporal como por ejemplo no haber estado desvinculado del servicio durante un determinado lapso o cualquier otro condicionamiento que pudiera reducir el grupo de beneficiarios de la medida [...] Ahora bien, el Decreto 1782 de 2013 únicamente previó que los docentes residentes en el extranjero tendrían derecho a normalizar su situación laboral, entendida como traslado, reubicación o reincorporación, según los términos utilizados en el artículo 16 ibidem; sin embargo, del tenor literal de dicha disposición no se extrae el pago de salarios y prestaciones sociales. Inclusive, tales beneficios económicos tampoco estaban consagrados en la Resolución 1240 de 2010. De esta manera, la Sala revocará la decisión del a quo en cuanto dispuso el pago de los emolumentos dejados de percibir por la actora desde el 29 de octubre de 2015 y en adelante, pues no existe una fuente normativa para dictar una orden judicial en ese sentido. [...] Bajo las anteriores consideraciones, se revocará parcialmente la sentencia apelada en cuanto ordenó el pago de salarios y prestaciones sociales de manera retroactiva y se confirmará la orden tendiente a la reubicación laboral de la demandante [...].”

Exhorto

“[...] la Sala observa que la situación de los docentes amenazados ha tenido un desarrollo a lo largo de la historia y parte de la reglamentación ha sido promovida por la jurisprudencia que al analizar los casos concretos ha advertido una

omisión por parte del ejecutivo para regular integralmente la materia. En esta oportunidad resulta necesario exhortar a la administración con el propósito de ahondar en lineamientos en torno al proceso de reubicación de los docentes que residen en el exterior, pues se trata personas que retornan al país luego de estar apartadas de su empleo durante un largo tiempo y, por ende, resulta indispensable garantizar que su ingreso laboral no afecte la adecuada prestación del servicio educativo. Teniendo en cuenta tal situación, también se dispondrá un acompañamiento por parte de la autoridad nominadora durante el trámite de reubicación de la demandante. Así las cosas, se exhortará al Gobierno nacional para que dicte lineamientos tendientes a que el cumplimiento del artículo 16 del Decreto 1782 de 2013, compilado por el Decreto 1075 de 2015, se haga bajo postulados que garanticen la correcta prestación del servicio público educativo. En similar sentido, se exhortará a la Secretaría de Educación de Barranquilla para que acompañe diligentemente el proceso de reubicación de la señora [...]”.

Reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías. Prescripción de la sanción moratoria y su interrupción.

1015

RADICADO: 27001-23-33-000-2016-00117-01[5258-2019]

FECHA: 27/02/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Rodrigo Ruiz Cardona

DEMANDADO: Departamento del Chocó

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico: ¿Se configuró la prescripción extintiva de la sanción moratoria, tal como lo declaró el tribunal de instancia, o si, al realizar el análisis, se inadvirtió la petición que se formuló en sede administrativa, tendiente a reclamar dicha penalidad, y a través de la cual se habría interrumpido la causación de dicho fenómeno?

Tesis: “[...] En el expediente está demostrado que el demandante terminó su relación laboral con la entidad, el 23 de agosto de 2012; producto de lo anterior, a través de la solicitud radicada el 24 de octubre de 2012, le reclamó a su empleador el reconocimiento y pago de las cesantías que le adeudaban por algunos periodos que están comprendidos dentro de los extremos inicial y final de su vinculación. En el expediente no obra prueba de que la entidad se hubiera pronunciado en torno a tal petición; por el contrario, en la demanda se afirmó que hubo silencio, por parte de aquella, y la entidad tuvo por cierto el hecho de la omisión de respuesta, además de que la entidad está en proceso de sanear y depurar los pasivos relacionados con las acreencias laborales destinadas al Fondo Nacional de Ahorro. Ahora bien, ante la tardanza en obtener el pago de su prestación, el demandante formuló petición el 13 de septiembre de 2015

dirigida a lograr el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 2.º de la Ley 244 de 1995. Frente a la anterior petición, el departamento del Chocó emitió respuesta desfavorable, del 2 de febrero de 2016, notificada al actor, por intermedio de su apoderada, el 8 de febrero siguiente. Corolario de lo anterior, surge que como las cesantías fueron reclamadas el 24 de octubre de 2012, la administración disponía de 15 días hábiles para responder la petición y ordenar su reconocimiento, esto es, hasta el 16 de noviembre de 2012; sin embargo, guardó silencio; por lo tanto, de haber sido expedido oportunamente el acto, sería necesario que transcurrieran 10 días más para lograr su ejecutoria, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2012 y, a partir del día siguiente, se debían contabilizar los 45 días para que el pago hubiera sido oportuno, lo que lleva al 6 de febrero de 2013. Lo expuesto implica que, a partir del 7 de febrero de 2013 se empezó a causar la sanción moratoria y se hizo exigible la obligación, por parte del titular del derecho. [...] dentro de las pruebas aportadas con la demanda y decretadas en la oportunidad correspondiente, se tuvo como tal, la petición formulada (...) el 13 de septiembre de 2015, por medio de la cual reclamó la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías definitivas, es decir,

que la petición, a través de la cual se interrumpió el fenómeno extintivo, se radicó en forma oportuna, pues, el interesado estaba en tiempo para reclamar su derecho hasta el 7 de febrero de 2016 y antes de esa fecha —el 13 de septiembre de 2015— presentó la reclamación en sede administrativa. [...] en el sub lite, no se configuró la prescripción extintiva de la sanción moratoria, como en forma equivocada lo interpretó el tribunal. Valga aclarar que, tal como lo indicó la apoderada del demandante en el escrito del recurso, para la contabilización del término extintivo, el a quo omitió considerar que la parte actora radicó petición en sede administrativa, orientada a obtener la sanción moratoria pretendida y, con ello, interrumpió hasta por un lapso igual, el fenómeno extintivo. Siendo así, la obligación se hizo exigible el 7 de febrero de 2013, por lo que, en principio, la reclamación podía formularse hasta el 7 de febrero de 2016, para interrumpir, por un lapso igual, el fenómeno extintivo; no obstante, el actor radicó la petición ante la administración, antes de que se venciera ese término, esto es, el 13 de septiembre de 2015, con lo cual interrumpió la configuración del término de prescripción; además, la demanda se radicó el 16 de agosto de 2016, lo que lleva a concluir que su reclamación fue oportuna y, en consecuencia procede revocar la sentencia de primera instancia que declaró probada, de oficio, la prescripción extintiva. [...] es preciso indicar que en el expediente no hay prueba de que la entidad territorial demandada haya paga-

do a favor del demandante las cesantías definitivas por los años 1999 a 2009; por el contrario, la parte actora aseguró que formuló reclamación tendiente a lograr su pago e, incluso, la administración, en la contestación de la demanda, estuvo de acuerdo en el hecho de que no ha reconocido ni dispuesto el pago de las cesantías destinadas al Fondo Nacional de Ahorro. [...] Así las cosas, es claro que la entidad no ha reconocido las cesantías pretendidas, de ahí que se corrobora la mora que da lugar a la imposición de la sanción prevista por el legislador ante tal circunstancia. Por otro lado, la entidad demandada, en la contestación al libelo, manifestó que el demandante, por ser afiliado al Fondo Nacional de Ahorro, no tiene derecho a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y, por ende, al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida; sin embargo, esta Corporación ha sostenido que los afiliados al aludido fondo sí pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues dicha normativa no los excluye de su aplicación. [...] Consecuentes con lo expuesto, el departamento del Chocó deberá pagar (...) la sanción moratoria en el equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago de sus cesantías definitivas, a partir del 7 de febrero de 2013 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación. El salario a tener en cuenta para el anterior reconocimiento es aquel que el actor devengaba al momento en que se produjo la desvinculación del servicio [...].”

No es susceptible de control judicial el acto administrativo presunto en el caso de reconocimiento de la prima técnica, pues este no opera en un sentido positivo tratándose de prestaciones económicas; en su lugar, se debe solicitar la nulidad de los reportes de nómina que dan cuenta de su pago al no existir acto expreso de su reconocimiento.

RADICADO: 25000-23-42-000-2014-02635-01 [1053-2019]

FECHA: 20/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Nación – Congreso de la República – Senado de la República

DEMANDADO: Shila Gómez Pérez

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico: ¿La proposición jurídica planteada por el Senado de la República, que demanda el acto ficto por medio del cual se reconoce una prima técnica a una servidora pública, es susceptible de control de legalidad? En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, se deberá resolver si se cumple con los requisitos para ser acreedora de la prima técnica, particularmente, el de estar nombrada con carácter permanente.

Tesis: “[...] En el presente asunto, el Senado de la República demandó la nulidad del acto ficto, por medio del cual, en su criterio, reconoció una prima técnica a (...). Lo anterior debido a que, al revisar en la hoja de vida de la servidora, no encontró un acto expreso en el cual se le hubiera otorgado la mencionada prima. Sin embargo, con el reporte de nómina, se percató de que la entidad ha venido pagando dicha prestación, aunque considera que la demandada no tiene derecho. Es importante precisar que la solicitud de nulidad debe recaer en aquella decisión administrativa que debe estar contenida en un instrumento jurídico

por medio del cual se creó, modificó o extinguió la situación jurídica. (art. 43 CPACA). En lo relevante a los actos fictos o presuntos que son producto del silencio administrativo, la regla general es que la decisión que en ellos se pueden entender incorporada es negativa frente al objeto de la petición. Por otra parte, un sentido positivo de la omisión de respuesta solamente se puede desprender en los casos expresamente previstos en la ley, dentro de los cuales no se prevé la posibilidad de acceder al reconocimiento de prestaciones económicas, en el marco de las relaciones laborales de las entidades estatales con sus empleados públicos. En ese orden, el acto ficto por el cual se afirma que se reconoció la prima técnica a (...) es absolutamente inexistente. Por lo tanto, la proposición jurídica contenida en la demanda no es susceptible de control de legalidad, tal y como lo concluyó la sentencia de primera instancia. En ese orden, el acto ficto por el cual se afirma que se reconoció la prima técnica (...) es absolutamente inexistente. Por lo tanto, la proposición jurídica contenida en la demanda no es susceptible de control de legalidad, tal y

como lo concluyó la sentencia de primera instancia. Con todo, en el recurso de apelación se manifiesta que existen suficientes elementos de juicio que dan cuenta de un reconocimiento presunto de la prima técnica y, por ende, es posible analizar el cumplimiento de los requisitos de la beneficiaria para acceder a la prestación. Sobre este último planteamiento, se advierte que en los folios 14 a 33 del expediente se allegaron los reportes de nómina de (...), en los que se informan los valores pagados por dicho concepto desde 1995 hasta 2014. En dichos documentos se puede constatar que ella ha recibido una prima técnica desde junio de 1995. Esta situación lleva a la conclusión de que en estos registros se puede ver materializada la decisión de la entidad de pagar a la demandada el emolumento en discusión. Así las cosas, era viable solicitar su nulidad, en orden a obtener la consecuencia jurídica que pretende ahora el Senado de la República con la demanda interpuesta [...]”.

Sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías anuales. Entidad responsable del pago de las cesantías e intereses a las cesantías.

1019

RADICADO: 76001-23-33-000-2013-00758-01[5969-19]

FECHA: 04/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Sandra Castro Valencia

DEMANDADO: Distrito de Buenaventura (Valle del Cauca)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es viable declarar la prescripción extintiva de las cesantías y sanción moratoria reclamada por la demandante, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías anuales y definitivas?

Tesis 1: “[...] la Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que carece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado. El artículo 2 ibidem determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco días hábiles para pagar la presta-

ción, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago. [...] La Ley 1071 de 2006 adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos [...] el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes [...] No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores [...] en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, con-

table y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley. La aludida norma, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones [...] la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el previsto para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley». [...] en el expediente no obra prueba de la petición que dio origen a los actos administrativos acusados; sin embargo, del texto de estos y del recurso de reposición interpuesto en sede administrativa se puede constatar que, a través de solicitud radicada el 30 de diciembre de 2010, la demandante formuló reclamación orientada al pago de sus cesantías e intereses sobre estas y que, en dicho recurso, solicitó también el cumplimiento de ello en los términos de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de donde se infiere que allí se exigió la sanción moratoria por la tardanza en el pago de dicha prestación. El requerimiento anterior está sustentado en la terminación de la relación laboral que se habría producido el 31 de diciembre de 2007, como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 263 de dicha fecha. Las cesantías e intereses que, en criterio de la parte demandante, se habrían dejado de reconocer y

pagar, en su oportunidad, son las anuales causadas en 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, — lo que se corrobora con el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que da cuenta de la acreditación de dicha prestación, únicamente, respecto de las cesantías causadas en los años 2007 y subsiguientes, y como consecuencia del nombramiento efectuado mediante el Decreto 261 del 31 de diciembre de ese año — y las definitivas que se habrían causado como consecuencia de la terminación de dicho vínculo. No obstante lo anterior (...) en realidad, la relación laboral que la demandante sostiene con el Distrito de Buenaventura no ha concluido, pues es evidente que se ha mantenido en el tiempo, en forma continua, desde el 25 de marzo de 2003 e, incluso, hasta más allá del 14 de enero de 2011, fecha en que se generó el formato único para la expedición del certificado de historia laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual consta que la accionante continúa «activa» en el servicio. [...] producto de los nombramientos realizados por dicha entidad territorial por medio de los Decretos 2491-1 del 26 de diciembre de 2002, 261 del 31 de diciembre de 2007 y 364 del 9 de septiembre de 2008, con sus correspondientes actas de posesión, no se observa rompimiento de la relación laboral y, por el contrario, se constata que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio, como se hace evidente en el aludido formato único; por lo tanto, se debe concluir que se trata de una relación laboral que se ha mantenido en forma continua y aun a pesar de que han existido «actos de desvinculación» y otros, subsiguientes, de nombramiento, ellos no han tenido la virtualidad de romper el vínculo, por lo que se entiende que la prestación del servicio ha sido ininterrumpida con la entidad territorial, lo que conlleva que no es viable acceder a pretensión alguna, relacionada con el reconocimiento de cesantías ca-

talogadas como definitivas o sanción por su inoportuno pago, pues al estar vigente la relación laboral, aquellas no se han causado. Ahora bien, en lo que respecta a la prescripción de las cesantías y de los intereses sobre ellas, de los años que se reclaman —2003 a 2007—, la Sala debe señalar que el artículo 15, numeral 3, literal B, de la Ley 91 de 1989, determina que a los docentes que se vinculen con posterioridad al 1.º de enero de 1990 —que es el caso de la demandante, quien ingresó al servicio docente el 25 de marzo de 2003— se les reconocerán las cesantías en forma anual; además, se causa un interés, también anual, sobre «el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período». En consideración a lo anterior, la norma citada es concluyente de que la accionante sí tiene derecho a la liquidación de sus cesantías, durante el tiempo laborado y que sobre el valor de ellas se liquiden los intereses, en los términos allí descritos. En torno a ello, se debe señalar que según el certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se pudo establecer que la acreditación de dicha prestación y de tales intereses, por parte del Distrito de Buenaventura, únicamente, se ha hecho desde los causados en el año 2007, lo que lleva a concluir que dicho ente territorial no ha cumplido con su obligación de pagar la prestación e intereses que consagra la ley por los periodos comprendidos entre 2003 y 2006 tal como lo concluyó el a quo. [...] Valga advertir que como las cesantías de dichos años tienen la condición de prestación periódica, bajo el entendido de que la relación laboral no ha terminado, se debe concluir que no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, tal como lo consideró la Sec-

ción Segunda de esta Corporación en la Sentencia CE-SUJ004 de 2016, según la cual «1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible», de modo que no prospera, en ese aspecto, el planteamiento de prescripción invocado por la entidad demandada [...]».

Problema jurídico 2: ¿Procede reconocer la sanción moratoria de las cesantías anuales de 2003 a 2006 a favor de la demandante desde su causación hasta el momento en que se terminó la relación laboral?

Tesis 2: “[...] en lo que se refiere a la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías anuales causadas desde 2003 hasta 2007 y con miras a analizar la configuración del fenómeno extintivo, conforme lo solicitó el apoderado de la entidad demandada, la Sala debe señalar que ante la falta de acreditación de los periodos de la prestación que se reclaman, según certificación del Fondo, es forzoso concluir que sí hubo tardanza en la consignación y/o acreditación de las cesantías, pues no hay prueba de que los recursos pertinentes hayan sido dirigidos al fondo, con excepción de las del año 2007 que sí fueron acreditadas pero tardíamente como se señalará a continuación. [...] No obstante lo anterior, la sanción moratoria pretendida está afectada por el fenómeno de la prescripción extintiva, comoquiera que la obligación —sanción moratoria— se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento o tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago —15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio— y la accionante dejó transcurrir un lapso superior a tres (3) años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria. [...] en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, CE-SUJ-SII-022-2020 [...] como la petición de la indemnización morato-

ria se formuló el día 4 de septiembre de 2012, ante el Distrito de Buenaventura, se encuentra prescrita la sanción pretendida, pues se reclamó cuando habían transcurrido más de tres años desde el momento en que la obligación se hizo exigible; por ende, procedía declarar probada la excepción extintiva, y, en ese sentido, prospera parcialmente la apelación formulada por la parte demandada, por lo que deberá revocarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia que dispuso el reconocimiento de tal penalidad. [...] En esas condiciones, la reclamación al respecto debía realizarse dentro de los 3 años contados a partir del momento de su exigibilidad y, como se dejó plasmado con antelación, la parte interesada excedió ese término [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Procede reconocer la sanción moratoria de las cesantías anuales de 2003 a 2006 a favor de la demandante desde su causación hasta el momento en que se terminó la relación laboral?

Tesis 3: “[...] en lo que tiene que ver con la responsabilidad a cargo del cumplimiento de la

condena, la entidad demandada alega que esta le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, dicho argumento no tiene vocación de prosperidad pues, en el expediente quedó demostrado que la afiliación de la demandante, por parte de la entidad territorial, a dicho Fondo se efectuó a partir del año 2007; por lo tanto, en este caso, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 1º del Decreto 3752 de 2003, según el cual, «[l]a falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar». [...] como el Distrito de Buenaventura tan solo afilió a la demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 31 de diciembre de 2007, según constancia expedida por la Fiduprevisora el 28 de octubre de 2014, la responsabilidad en el pago de las cesantías ordenadas, le compete a la entidad territorial”.

No se vulnera el principio de “trabajo igual salario igual” al fijar un régimen salarial y prestacional diferente a los docentes nacionales incorporados a las plantas de los entes territoriales, por existir consagración constitucional y legal que lo autoriza. Descentralización educativa.

RADICADO: 05001-23-33-000-2019-02694-01 [0366-2022]

FECHA: 25/05/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Juan Pablo Ortega Henao

DEMANDADO: Nación- Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, municipio de Medellín

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente aplicar la excepción de ilegalidad invocada respecto del acto administrativo que es objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por ser contrario al derecho de igualdad, y en consecuencia, le asiste derecho al docente nacional a la nivelación salarial y prestacional frente a los cargos docentes y directivos docentes territoriales vinculados a la planta global del municipio de Medellín?

Tesis: “[...] en los asuntos en los que se afirma una presunta igualdad basada en el ejercicio homogéneo de funciones que le corresponden a un empleo con mejor remuneración y en el cumplimiento exacto de requisitos o perfiles para desempeñar la misma actividad, tales hechos tendrán que valorarse en conjunto con todas las condiciones particulares de cada empleo en contraste, en orden a fijar un criterio de equiparación viable en lo relativo a la nivelación salarial, debido a que un examen adecuado para hallar un trato discriminatorio únicamente puede ser predicado entre pares y no entre similares con ciertas diferencias. (...) respecto al

cargo de la vulneración del principio «a trabajo igual salario igual», no es procedente, pues como ya se explicó, la desigualdad salarial y el trato discriminatorio se configuran cuando no hay causas objetivas y razonables que lo justifiquen y cuando tal diferencia no obedece a criterios válidos constitucionalmente que autoricen el trato diferente; cosa que no acontece en el presente caso, porque como quedó dicho en el acápite del régimen jurídico de los docentes, es la propia Constitución de 1991 y el legislador quienes establecieron que el servicio educativo puede ser prestado de forma concurrente por la Nación y las entidades territoriales, así como la clasificación de los docentes en nacionales, nacionalizados y territoriales, en atención al periodo y la forma de vinculación, para lo cual, el legislador estableció un régimen salarial y prestacional diferente para cada uno de ellos. Por lo tanto, al ser vinculado el 21 de enero de 1994 como docente nacional, se le debe aplicar el artículo 15 de Ley 91 de 1989, el cual dispuso que «[l]os docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regi-

rán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional», al igual que la Ley 60 de 1993, la cual estableció que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaran a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, el régimen salarial y prestacional del orden nacional, el cual es distinto del régimen de los docentes del orden territorial, por lo tanto, la diferencia salarial se encuentra justificada en una causa objetiva y razonable como lo es, el cumplimiento de normas de orden constitucional y legal que gozan de presunción de legalidad, debido a que estas últimas han sido creadas en atención a la libertad de configuración de la cual goza el legislador y el gobierno nacional por mandato constitucional. En segundo lugar, el juicio de igualdad se debe hacer entre sujetos comparables, es decir, aquellos que se encuentran en una misma situación fáctica y jurídica, porque desempeñan la misma actividad, tienen las mismas funciones y obligaciones y están sometidos al mismo régimen jurídico salarial y prestacional; situación que tampoco acontece en el presente caso, porque si bien los docentes y directivos docentes desarrollan las mismas funciones, tienen el mismo escalafón; no se encuentran en idéntica situación fáctica ni jurídica, pues unos fueron vinculados al servicio directo de la entidad territorial y se les asignaron conceptos salariales y prestacionales diferentes de aquellos que fueron vinculados por el gobierno nacional, de tal modo que se encuentran diferenciados por su forma de vinculación y por el régimen jurídico salarial y prestacional que dispuso el legislador para ello, en el que estableció que, una vez unificadas las plantas de personal de la entidad territorial producto del proceso de descentralización educativa, aquellos docentes, directivos docentes y administrativos tanto del orden territorial, nacional y nacionalizado seguirían gozando sin

solución de continuidad de los beneficios laborales que venían recibiendo, así lo estipuló el artículo 6 de la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y el artículo 34 de la Ley 715 del 2001. De conformidad con lo anterior, los docentes territoriales seguirían gozando sin solución de continuidad de los emolumentos y demás beneficios laborales que hayan sido creados por la entidad territorial, en tanto que, los docentes del orden nacional mantendrían los beneficios laborales atribuidos por el orden nacional una vez se incorporaran a las plantas de personal docente del nivel territorial. Finalmente, la expresión sin solución de continuidad que previó el legislador para la vinculación de los docentes y directivos docentes territoriales, nacionales y nacionalizados que se incorporaran a la entidad territorial con anterioridad al 1 de enero de 1990, impone la obligación de que los cargos sean asumidos en las mismas condiciones salariales y prestacionales que tenían con anterioridad a la unificación de las plantas de personal docente y directivo docente del ente territorial, por ende, el régimen prestacional y salarial que los gobernaba no puede de ninguna manera verse menguado por pasar el manejo de la educación a un ente diferente al de la nación, de lo contrario, se vulneraría la protección de los derechos adquiridos y el principio de progresividad. En el presente caso, el demandante fue vinculado en el mismo cargo, escalafón y asumió las mismas funciones, responsabilidades y beneficios laborales que venía percibiendo en el régimen salarial y prestacional del orden nacional, el cual se estableció sin solución de continuidad; por lo tanto, la Sala observa que no hubo una mejora funcional, orgánica, salarial o prestacional en el desempeño del empleo posterior a ser incorporado a la planta global de personal de la entidad territorial, por lo que no es procedente la homologación o nivelación salarial. De conformidad con los argumentos esbozados, la Sala concluye que no existe discriminación salarial

en el caso bajo estudio, pues existen parámetros objetivos, discernibles y razonables que justifican la diferenciación salarial y prestacional entre los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales incorporados a la planta global de personal de la entidad territorial; de igual forma, considera improcedente la aplicación de la excepción de ilegalidad [...].”

Aclaración de voto del consejero de Estado Carmelo Perdomo Cuéter

Problema jurídico: ¿Procede reconocer la nivelación salarial a los docentes nacionales incorporados a las plantas del personal de las entidades territoriales, previo el cumplimiento de los requisitos de ley?

Tesis: “[...] Pese a que comparto la conclusión de acuerdo con la cual el accionante no acreditó que, en su condición de maestro con vinculación nacional, sufrió «[...] una desmejora funcional, orgánica, salarial o prestacional en el desempeño del empleo posterior a ser incorporado a la planta global de personal de la entidad territorial por lo que no es procedente la homologación o nivelación salarial» (sic), estimo necesario precisar que en controversias como la que ahora nos ocupa, no resulta dable anotar de manera general que, con fundamento en el «[...] artículo 6 de la Ley

91 de 1989 [y la] Ley 60 de 1993 [...], los docentes del orden nacional mantendrían los beneficios laborales atribuidos por el orden nacional una vez se incorporaran a las plantas de personal docente del nivel territorial» (sic). Lo anterior, toda vez que aunque la aludida normativa preceptúa que los departamentos y distritos certificados asumieron la administración de la labor educativa y en materia prestacional se contemplaron mecanismos que no afectaran (i) a los profesores nacionales o nacionalizados incorporados sin solución de continuidad a las entidades territoriales y a los nuevos, a quienes les sería aplicada la Ley 91 de 1989, (ii) mientras que quienes laboraban en los departamentos, distritos y municipios que acogieron el personal descentralizado, continuarían con las prerrogativas ya reconocidas por estos, según el caso; lo cierto es que con la Ley 715 de 2001 (que derogó la 60 de 1993) los pedagogos nacionales y nacionalizados se incorporaron a las plantas de personal locales que los recibían (desde luego, siempre que existiera acto administrativo expreso de incorporación del respectivo maestro), lo que sugiere que adquirieron la condición de territoriales (artículos 3º y 4º de la Ley 60) con los beneficios que ello implicaba, como el pago de salarios y otros emolumentos vigentes en el respectivo ente, claro está, previo cumplimiento de la totalidad de requisitos legales [...]”.

Cómputo de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías anualizadas a docente oficial. Prescripción trienal de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

RADICADO: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)

FECHA: 06/07/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Luz Mary Sapuy Cuéllar

DEMANDADO: Ministerio de Educación y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: Se circunscribe a establecer: (i) ¿si los docentes pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 ante el incumplimiento en el pago de sus cesantías parciales?; (ii) ¿si la Nación (Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) debe ser la destinataria de la condena?; (iii) ¿si no debió aplicarse el fenómeno extintivo en los términos en que se hizo, por parte del tribunal de instancia, pues debió preferirse el término que, al respecto, consagra el ordenamiento civil?; (iv) ¿si la sanción aludida puede ser sustituida por los intereses moratorios establecidos en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009?; y (v) ¿si el tribunal analizó la figura de la prescripción conforme a la normativa vigente?

Tesis: “[...] la Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la

solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado. El artículo 2 ibidem determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago. [...] en lo que respecta a los docentes oficiales, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la

cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley. [...] los docentes sí están cobijados por las disposiciones de liquidación parcial y definitiva de las cesantías consagradas en la Ley 1071 de 2006 [...] la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 sí puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas y el conteo de términos para efecto del reconocimiento se rige por las reglas fijadas en el precedente aludido, sin que sea dable excusarse en razones de orden presupuestal, para abstenerse del cumplimiento de un término definido por el legislador, en el cual se deben hacer las gestiones correspondientes para lograr el pago oportuno. [...] en el asunto de la referencia, al tratarse de un reconocimiento de sanción moratoria causada con anterioridad a la Ley 1955 de 2019, «[p]or [la] cual se expide el Plan Nacional De Desarrollo 2018-2022» la obligación de asumir la condena reside en la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), tal como lo consideró el a quo, en cuanto la Ley 91 de 1989, en su artículo 3.º, creó el aludido fondo, y le atribuyó la responsabilidad de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes, y si bien es cierto su creación fue como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, también lo es que se encuentra adscrito al Ministerio de Educación Nacional y es este quien ejerce su representación judicial, toda vez que no cuenta con personería jurídica. [...] la entidad demandada argumentó que los intereses moratorios con cargo a alguna autoridad de derecho público, se rigen por

la Ley 1328 de 2009, artículo 88, y, por ende, no se debe aplicar la sanción a que aluden las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; sin embargo, la Sala debe señalar que no es de recibo tal consideración, pues, en asuntos como el analizado, se aplica el criterio de especialidad de la ley, de manera que para resolver la pretensión de la demandante, la materia relativa a la tardanza en el pago de las cesantías parciales está prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mientras que la invocada por la entidad demandada rige en materia financiera, de seguros y del mercado de valores, y, por tal motivo, la norma que se invoca en el recurso de apelación no cobija la situación planteada en la demanda y que fue decidida por el a quo con base en la normativa que sí es aplicable, como se analizó con antelación [...] en lo que tiene que ver con el reparo planteado por la demandante, en el sentido de que el fenómeno prescriptivo se contabilice conforme a los términos establecidos en el Código Civil pues aquel que está señalado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no es aplicable en el sub lite, la Sala debe indicar que tal discusión ya fue analizada en sentencia de unificación por esta Corporación, y, en esa materia, se definió que la norma que se debe emplear, para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral que consagra 3 años desde que la obligación se hizo exigible, para que se configure el fenómeno extintivo. [...] para el caso concreto, se tiene que la petición en sede administrativa encaminada a obtener el reconocimiento de las cesantías parciales, se radicó el 4 de abril de 2011, de modo que los 15 días con que la administración contaba para expedir el acto administrativo pertinente, vencían el 27 de abril de 2011, lo que conlleva afirmar que la Resolución 2596 del 21 de junio de 2013, notificada el 2 de julio siguiente, a través de la cual se reconoció la prestación parcial a favor de la demandante, fue expedida

en forma extemporánea. En esas condiciones, de haberse expedido oportunamente el acto, esto es, el 27 de abril de 2011, su ejecutoria se hubiera producido a los 5 días siguientes, es decir, el 4 de mayo de 2011; por lo tanto, los 45 días para el pago oportuno vencían el 11 de julio de 2011; no obstante, este tan solo se produjo el 3 de septiembre de 2013 [...] lo que corrobora la extemporaneidad en la cancelación de la prestación. De manera que la entidad demandada incurrió en mora, entre el 12 de julio de 2011 y el 2 de septiembre de 2013 [...] En efecto, y tal como se enunció con antelación, la mora empezó a causarse desde el 12 de julio de 2011; por lo tanto, a partir de ese momento se hizo exigible y, en tales condiciones, debía reclamarse ante la administración, a más tardar, el 12 de julio de 2014; sin embargo, se repite, la petición en la que se exigió su reconocimiento se radicó el 15 de diciembre de 2015, cuando se habían vencido

los términos de que disponía la demandante para reclamar dicha penalidad. [...] De manera que en las providencias de unificación antes citadas, entre otras providencias emanadas de la Sección Segunda de esta Corporación, se le ha dado el alcance transcrito al término prescriptivo de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, y se ha concluido que el conteo de los 3 años para su configuración surge desde el vencimiento de los precisos términos con que el empleador cuenta para expedir el acto de reconocimiento y el posterior pago de la prestación y vence al momento en que se cumplen los 3 años subsiguientes, so pena de la configuración del fenómeno extintivo. Así las cosas, en el sub lite procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria”.

DERECHO LABORAL COLECTIVO

La jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para conocer de la legalidad de las convenciones colectivas de trabajo.

RADICADO: 68001-23-31-000-2008-00408-02(0330-2012)

FECHA: 11/05/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Universidad Industrial de Santander (UIS)

DEMANDADO: Universidad Industrial de Santander y Sindicato de Trabajadores y Empleados Universitarios de Colombia (SINTRAUNICOL)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer de la demanda de nulidad contra disposiciones contenidas en convenciones colectivas de trabajo?

Tesis: “[...] Teniendo en cuenta la normativa que regula el objeto de esta jurisdicción y sus competencias, [artículos 82 y 83 del Código Contencioso Administrativo] contenido en la Constitución Política y en el Código Contencioso Administrativo, es claro que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, instituida para el juzgamiento de los actos administrativos, no tiene competencia para estudiar la legalidad o conformidad con el ordenamiento jurídico de una convención colectiva, pues, como se dejó precisado, no es un acto administrativo, como el mismo recurrente lo reconoce. (...) Si bien la convención colecti-

va contiene la voluntad administrativa, ella no proviene de manera unilateral, ha sido producto de la concertación con los empleados. La convención colectiva, como se ha venido considerando, se funda en la bilateralidad y la cooperación, donde empleador y empleados son protagonistas de las decisiones y acuerdos que se tomen. La titularidad no recae en una sola de las partes intervinientes, sino en ambas. En atención a ello, y dado que se trata de una manifestación bilateral que entra a formar parte de las relaciones laborales de quienes la suscriben, como una ley para ellos, solo los titulares de la convención colectiva son los llamados a efectuar su revisión, modificación o renegociación, solo así se garantiza el derecho a la negociación colectiva, la concertación y la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, que la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y de legalidad protege”.

Los trabajadores en misión pueden afiliarse a sindicatos de industria. Empresa de servicios temporales se encuentra obligada a iniciar conversaciones en la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00716-00 [2229-2014]

FECHA: 08/08/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Extras S.A.

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los trabajadores de la empresa de servicios temporales en misión pueden afiliarse a un sindicato de industria?

Tesis 1 : “No existen limitaciones para que un trabajador que se encuentra prestando sus servicios «en misión», en alguna empresa de las diferentes ramas de la economía, pueda afiliarse al sindicato o sindicatos «de industria» conformado por los trabajadores de tales sectores económicos; ello en virtud del hecho mismo de realizar o prestar, materialmente y efectivamente, labores en la respectiva rama o sector de la industria o de la economía. Así las cosas, (i) el hecho de que no exista correspondencia entre la actividad empresarial principal que desarrollan las empresas de servicios temporales y el sector o sectores de la economía a los cuales pertenecen los diferentes sindicatos de industria, o (ii) la circunstancia de que los trabajadores en misión no estén vinculados laboralmente con las empresas usuarias, sino que su relación laboral sea con las empresas de servicios temporales; no son razones suficientes para considerar que es ilegal la afiliación de un trabajador en misión a los sindicatos de industria de las empresas usuarias. En conclusión, los trabajadores en

misión, sí pueden afiliarse a los «sindicatos de industria» de las empresas usuarias, en las que prestan sus servicios de manera temporal, (i) en primer lugar, en virtud de los derechos de libertad sindical y asociación sindical, tal como han sido reconocidos por los instrumentos jurídicos convencionales y nacionales, que propenden por garantizar, sin restricciones ni intervenciones estatales, el derecho de todas las personas de fundar y afiliarse al sindicato de su elección, eso sí, respetando el orden legal y los principios constitucionales ya mencionados; y (ii) en segundo término, en atención al criterio amplio y material definido en esta providencia para concebir el concepto de industria a efectos de contextualizar los sindicatos de rama o industria”.

Problema jurídico 2: ¿La empresa de servicios temporales estaba obligada a iniciar conversaciones con el sindicato de industria, en el que estaban afiliados sus trabajadores en misión, para efectos de negociar el pliego de peticiones en la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva?

Tesis 2: “Los instrumentos internacionales adoptados por la OIT y aprobados por Colombia, tales como los convenios 98 de 1949 y

154 de 1981, así como el artículo 55 Superior, obligan al Estado colombiano a adoptar medidas para estimular y fomentar de manera progresiva en todos los ámbitos de la economía, procedimientos de negociación colectiva voluntaria, como un instrumento para lograr el dialogo y la paz social; garantía que por expreso mandato del Convenio 181 de 1997, también cubre a los trabajadores «en misión» de las empresas de servicios temporales. En ese mismo sentido, la Sala reitera, que en garantía del derecho de negociación colectiva, el artículo 433 del CST, (...), le establece a los empleadores la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores, dentro de las 24 horas siguientes a la presentación del pliego de peticiones, para «iniciar [las] conversaciones» que den comienzo a la etapa de arreglo directo. Para la Sala, este mandato claro de «iniciar conversaciones», esta obligación perentoria dirigida a los empleadores, contenida en el artículo 433 del CST, tiene como propósito, no solo hacer real y efectivas los derechos de libertad sindical y asociación sindical, sino que también, constituyen una garantía para que las partes en conflicto se escuchen de manera civilizada y puedan tramitar sus desacuerdos

entre ellos, y por esta vía, materializar el dialogo y la paz social. Por tal razón, en el artículo 354 del CST arriba transcrito, el legislador quiso reforzar ese mandato al señalar, que «negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales», constituye un «acto atentatorio contra el derecho de asociación sindical», que de acuerdo con la referida disposición, puede acarrear no solo sanciones pecuniarias como multas, sino que también de índole penal. Por ende, en criterio de esta Sala, las empresas de servicios temporales no pueden abstenerse de «iniciar conversaciones» y/o negociaciones directas con «sindicatos de industria», alegando que no existe correspondencia entre la actividad empresarial de intermediación laboral que ellas desarrollan y el sector de la economía al cual pertenecen las organizaciones sindicales que les presenten los pliegos, puesto que ello iría en contravía de los derechos de asociación y de negociación colectiva, reconocidos en las mencionadas normas nacionales e internacionales; y además, contraría el carácter obligatorio que el legislador le atribuyó a la etapa de arreglo directo”.

Paro laboral en la prestación del servicio público y proceso disciplinario. Sujetos disciplinables y fuero sindical. Causales eximentes de responsabilidad y proporcionalidad de la sanción.

1033

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01467-00{3715-2013}

FECHA: 29/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: José Humberto Abril Barón y otro

DEMANDADO: Ministerio de Transporte y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Puede ser investigado y sancionado disciplinariamente el servidor público con fuero sindical que suspende actividades propias de su función en ejercicio del derecho a la huelga?

Tesis: “[...] los paros, suspensiones de actividades o disminuciones del ritmo laboral que se efectúen por fuera de los marcos del derecho a la huelga, no son admisibles constitucionalmente, razón por la cual están prohibidas para todos los servidores públicos y no solo para aquellos que laboren en actividades que configuren servicios públicos esenciales. [...] teniendo en cuenta que el servicio prestado por los bomberos aeronáuticos es considerado legalmente, como esencial, les estaba prohibido propiciar, organizar y participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo. [...] En el sub examine se encontró debidamente acreditado que los demandantes suspendieron su actividad y disminuyeron su ritmo de trabajo. [...] además de que los actores suspendieron el ejercicio de sus funciones pese a que se trataba de un servicio público esencial, lo cual está prohibido en la Ley, cuando fueron requeridos por una emergencia, se negaron a la prestación de sus servicios. [...] las pruebas fue-

ron valoradas en el marco de las reglas de la sana crítica y que la interpretación que de ellas hizo el juzgador disciplinario, llevaron a la conclusión de que las faltas disciplinarias sí se cometieron y los actores fueron responsables de ellas. Es importante advertir que al revisar la actuación disciplinaria no se vislumbra sesgo en el decreto y práctica de las pruebas; por el contrario, se hizo evidente que el único objetivo del investigador disciplinario consistía en encontrar la verdad real de los hechos y para ello hizo uso de todos los medios que estimó pertinentes y conducentes para su esclarecimiento. [...] considera la Sala que no se configura la causal eximente de responsabilidad disciplinaria, en la medida en que lo manifestado en el Oficio referido fue simplemente un permiso para las personas que desearan asistir a las asambleas informativas sin que se tratara de una orden legítima, aunado al hecho de que, se insiste, dicha autorización no fue dada para suspender actividades propias de cada funcionario, toda vez que debió preverse la prestación eficiente del servicio en cada una de las dependencias. [...] El artículo 46 de la misma norma, consagra en cuanto al límite de las sanciones que la suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses, motivo por el cual en el asunto sometido a consideración no pue-

de hablarse de la vulneración del principio de proporcionalidad dado que la conducta de los demandantes se encontró encuadrada dentro de las faltas graves antes mencionadas, a título de culpa grave y, por lo tanto, la sanción no podía ser otra que la suspensión en el ejercicio del cargo. Ahora, respecto a los 8 meses que el operador disciplinario impuso como sanción, debe decirse que dicho lapso no sobrepasó el término legalmente permitido; que para el efecto se tuvo en cuenta que ninguno de los disciplinados tenía antecedentes disciplinarios; y que, además, el cese de actividades por parte de éstos, como bomberos aeronáuticos, causó traumatismos en el aeropuerto en donde estaban asignados para prestar su jornada laboral. [...] el derecho

de asociación y negociación colectiva y, por lo tanto, de pertenecer a un sindicato, rige para los servidores públicos, esto es, empleados públicos y trabajadores oficiales, razón por la cual el hecho de hacer parte de alguna de estas asociaciones no genera de manera alguna la pérdida de su condición como servidor público. [...] el fuero sindical es una figura jurídica protectora y garantista del ejercicio de asociación, libertad sindical y negociación colectiva, que comprende los siguientes derechos: i) no ser despedido ni desmejorado en sus condiciones laborales, ni trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, salvo que exista una justa causa probada; y b) la justa causa debe ser previamente calificada por la autoridad competente”.

Revocatoria directa de la inscripción de junta directiva sindical sin consentimiento de los titulares. Vulneración del derecho de audiencia y debido proceso.

1035

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00022-00{0052-2011}

FECHA: 28/01/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Edilberto Pérez Cardona y otras directivas de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios (ACEB), Subdirectiva Seccional Bogotá

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La Dirección Territorial de Cundinamarca del Ministerio de la Protección Social, mediante la Resolución n.º 001754 de 2008 y en ejercicio del mecanismo de la revocatoria directa, podía dejar sin efectos la Resolución n.º 004244 de 2007, que a su vez revocó las resoluciones 0002363 y 003531 del 2007 que confirmaban de la inscripción de la Junta directiva de la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios, sin la autorización de los titulares del derecho?

Tesis: “[...] [E]s obvio que al haber sido revocado directamente el acto que a su vez había revocado la inscripción de la nueva junta directiva, el acto de inscripción de la junta directiva integrada por los demandantes, por contera perdió vigencia lo cual perjudicó a los demandantes. En otras palabras, se puede concluir que el acto demandado conlleva una revocatoria implícita de la junta directiva conformada por los demandantes, consignada en la Resolución 000357 del 29 de enero de 2004, acto mediante el cual se llevó a cabo su inscripción. Así mismo, observa la Sala que la actuación de la administración demandada, desconoció el artículo tercero de

la Resolución 004244 del 12 de diciembre de 2007, según el cual con dicho acto administrativo quedaba agotada la vía gubernativa y no procedía recurso alguno, de tal suerte que erró al haberle dado trámite a la solicitud de revocatoria directa de dicha actuación como lo pidió la directiva sindical Nacional de ACEB mediante la comunicación del 30 de enero de 2008, pues ante la inconformidad por el contenido de la Resolución 004244 de 2007 debió interponer dicha agremiación sindical, la acción de lesividad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción contra este acto. (...) La revocatoria directa, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales y normativos transcritos en el acápite 3.3. de esta decisión, esta Sala observa que en el sub judice, la administración para poder revocar una decisión proferida por ella misma como en efecto aconteció con la Resolución N° 004244 del 12 de diciembre de 2007, debió haber dado cumplimiento a los presupuestos legales consignados en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo, de lo cual no obra prueba en el expediente (...), la Sala encontró acreditado que en el presente caso, de acuerdo con la va-

loración probatoria allegada al expediente, los demandantes no fueron vinculados al proceso administrativo que dio origen al acto acusado Resolución 001754 del 28 de mayo de 2008, a pesar de verse directamente afectados por éste, aunado a que no se les pidió su consentimiento expreso para revocar la Resolución N° 004244 del 12 de diciembre de 2007, la cual sin duda creó una situación jurídica que los beneficiaba al impedir la inscripción de la nueva junta directiva seccional ordenada mediante Resolución 000357 del 29 de enero de 2004. En vista de que se encontró acreditada la causal de nulidad invocada por la parte demandante, en el sentido de que el acto acusado se profirió con desconocimiento del derecho de audiencia y debido proceso, pues no se les comunicó siquiera sobre el adelantamiento de la actuación administrativa de revocatoria directa, menos aún se contó

con la autorización de la junta directiva sindical lo cual sin duda les vulneró el ejercicio de sus derechos y prerrogativas entre otras, el reconocimiento del fuero sindical, lo que procede es declarar la nulidad de la Resolución número 001754 del 28 de mayo de 2008, como se dispondrá . En lo que respecta a la solicitud de restablecimiento del derecho, consistente en que se declare vigente o como dicen los actores “quede subsistente” la Resolución 004244 del 12 de diciembre de 2007, la Sala considera que sí hay lugar a tal declaración, pues según la certificación expedida por el Coordinador de Archivo Sindical, la Junta Directiva integrada por los demandantes se encontraba vigente para la fecha del proceso contencioso y había sido legalmente inscrita, mediante Resolución número 000357 del 29 de enero de 2004, acto cuya legalidad se mantiene incólume [...]”.

No es dable declarar la unidad de empresa entre la Flota Mercante S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

1037

RADICADO: 11001-03-24-000-2014-00403-00 [3674-2014]

FECHA: 26/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial (UNIMAR) y Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante Colombiana (ASOMMEC)

DEMANDADO: Nación - Ministerio del Trabajo - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Federación Nacional de Cafeteros (FEDECAFÉ) y Fiduciaria la Previsora (FIDUPREVISORA S.A.)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es posible declarar la unidad de empresa entre la Compañía de Inversiones Flota Mercante S.A. y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia por encontrarse acreditados los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el efecto?

Tesis: “[...] la unidad de empresa no solo es aquella unidad de explotación económica, sino también, las que dependan económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre y cuando exista (i) una sociedad principal y filiales o subsidiarias suyas; (ii) predominio económico de la primera sobre las otras; y, (iii) actividades similares, conexas o complementarias desarrolladas por el conjunto empresarial. Lo anterior resulta entendible en la medida en que la declaración de unidad de empresa buscar afirmar la existencia de una unidad (unión) económica, es decir, aquello que estaba escindido deja de existir para darle paso a la unidad patrimonial de una explotación económica determinada que tiene predominio económico (presupuestal). [...] En conclusión, al ser el Fondo Nacional del Café

una cuenta parafiscal que no tiene la connotación de personería jurídica no es dable declarar la unidad de empresa, porque para ello, en términos del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, es necesario que existan una o más personas naturales o jurídicas. Ahora, en cuanto al requisito de similitud, observa la Sala de conformidad con el objeto social que reposa en cada uno de los certificados de existencia y representación de las entidades sobre las cuales se pretende la “unidad de empresa”, [...] Bajo ese escenario, resulta notorio que no existe similitud alguna a desarrollar entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en liquidación obligatoria- y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café, pues además de que las actividades que desarrollan cada una de las empresas son totalmente disimiles entre sí, la función de operar el citado Fondo por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, no está descrita o relacionada dentro de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme -CIU-. [...] Nótese entonces que bajo ningun-

na circunstancia es posible señalar que se desconoció el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, habida cuenta que, como se vio, entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en liquidación obligatoria- y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café no existió predominio económico, ni mucho menos, similitud, conexidad o complementariedad. (...).En este orden de ideas, es claro que no se dan los supuestos que permitan declarar la unidad de empresa y, en consecuencia, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar [...].”

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Legitimación formal y material en la causa por activa. Reembolso de gastos por atención médica derivada de comisión de servicios en el exterior. Miembro activo del Ejército Nacional, derecho a la cobertura de servicios médicos asistenciales en el exterior. Responsable de la ineficacia de la póliza de aseguramiento en salud contratada, asunción del riesgo.

RADICADO: 81001-23-33-000-2014-00095-01 [4851-2016]

FECHA: 08/04/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Jaime Ariza Rojas

DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional. Llamada en garantía Allianz Seguros de Vida S.A.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho.

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se configuró la falta de legitimación en la causa por activa respecto del libelista al reclamar el reembolso de gastos médicos que le fueron prestados en el Baptist Health South Miami Hospital, ubicado en La Florida (Estados Unidos), cuando este se encontraba en desarrollo de una comisión de servicios en el exterior, ello bajo el entendido de que el primero aún no ha realizado el pago del saldo cobrado a su cargo?

Tesis 1: “[...] el a quo declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa (...). Para esto afirmó que aquel no había sufrido ninguna lesión o daño del derecho subjetivo reclamado, relacionado con el reembolso de gastos por asistencias médicas prestadas en un hospital de Estados Unidos, cuando este se encontraba en cumplimiento de una comisión de servicios en dicho país en calidad de miembro activo del Ejército Nacional. Lo anterior tuvo como fundamento el hecho

de que se acreditó que el libelista no había efectuado el pago de la factura emitida por el hospital Baptist Health South Miami con motivo de la atención que le fue dispensada (...) ello implicaba que no existía un detrimento en el patrimonio del demandante susceptible de ser restablecido, al punto de no advertirse la vulneración de un derecho requerida por el artículo 138 del CPACA, indispensable a su juicio para considerar la posibilidad válida de interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del uniformado. [...] la Subsección disiente de esta postura asumida por el juez primigenio, toda vez que aquella sería tanto como adoptar el criterio cualitativo del demandante consagrado en el artículo 138 del CPACA, el cual es aplicable frente a la legitimación en la causa por activa formal como se adujo con antelación, para entonces validarlo desde la perspectiva material que le es impropia. [...] la prerrogativa puntual que en efecto es objeto de discusión y sobre la cual el libelista

sustenta sus pedimentos (...) es en realidad el derecho a la cobertura del riesgo en salud de los funcionarios de las Fuerzas Militares que salen del país para cumplir comisiones de servicio en el exterior, lo que igualmente implica per se el pago de los costos que de aquella contingencia se deriven. [...] el libelista busca que frente a una eventual declaratoria de nulidad del acto administrativo cuestionado, la entidad demandada asuma el pago de los gastos médicos que le fueron prestados de urgencia por un hospital estadounidense, pues ante el cobro a su nombre de tales costos, evidentemente se materializa una afectación a su patrimonio en virtud de un detrimento configurado por un pasivo vigente e insoluto, a pesar de que en principio una norma contempla la posibilidad de que su aseguradora en salud sea la que cubra lo propio. Bajo el análisis reseñado, resulta patente la configuración de la legitimación en la causa del demandante desde la perspectiva sustancial. En conclusión: al señor (...) sí le asiste legitimación material en la causa por activa para actuar como demandante en el presente proceso, sin que esto implique necesariamente la prosperidad de sus pretensiones. Ello bajo el entendido de que lo realmente deprecado por aquel es el derecho al cubrimiento asistencial y económico del riesgo en salud por el desarrollo de una comisión de servicios en el exterior, en vigencia de la cual le fueron prestados servicios médicos por parte del Baptist Health South Miami Hospital ubicado en La Florida (Estados Unidos), esto incluso a pesar de que el libelista solicitó expresamente un reembolso y no ha realizado el pago del saldo cobrado a su cargo por dicha institución”.

Problema jurídico 2: ¿El Ministerio de Defensa, Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional, debe asumir el pago de los gastos cobrados al demandante por parte de la aludida institución hospitalaria de Miami (Estados Unidos), en razón de las asistencias médicas que le fueron dispensadas el 12 de agosto

de 2013, debido a una urgencia en su estado de salud cuando aquel cumplía una comisión de servicios en el exterior sin cobertura de una póliza propia para dicho fin?

Tesis 2: “[...] la Subsección estima que la falta de efectividad de la póliza de seguro de salud en el exterior adquirida por la Dirección General de Sanidad Militar para sus funcionarios en comisión de servicios en otro país, y en consecuencia, la ausencia de cobertura de asistencias y del pago de estas a través de la figura del reembolso o de la subrogación de la obligación ante la institución acreedora, solo es atribuible por responsabilidad directa al señor (...) ante la verificación de incumplimiento de una obligación a su cargo prevista para activar su aseguramiento individual frente al riesgo en salud. Lo anterior en clave de un análisis de responsabilidad aplicable por analogía al caso sub examine, correspondería a la figura conocida como la asunción del riesgo. [...] Aquella podría entenderse doctrinariamente de una manera general y concreta como «[...] la exposición voluntaria de una persona a unos riesgos específicos que conoce; que ponen en peligro su vida, salud e integridad física; y que son creados por otro. [...]». [...] Bajo el mentado planteamiento, la asunción del riesgo en casos como el particular, corresponde a la manifestación de un servidor oficial, expresa o tácita, pero concluyente, de asumir bajo sus propias condiciones y capacidades, la responsabilidad por una situación conocida de contingencia en cuanto a su integridad física o intereses económicos, la cual tendría que haber sido creada por la propia autoridad administrativa empleadora, bajo el entendido de que, en principio, al ser esta la que ostenta una posición de garante frente a aquel, previamente tuvo que haber procurado la garantía de cobertura del mentado riesgo. [...] El demandante al haber obviado este trámite sin demostrar en esta ac-

tuación un mínimo acto de requerimiento o incitación a la entidad demandada o a la llamada en garantía para activar y hacer efectiva una póliza de seguro de salud que estaba vigente para su caso, da a entender que de manera voluntaria y determinante, decidió viajar para cumplir con la comisión de servicio a la cual fue destinado, pero bajo el entendido de que asumió el riesgo creado frente a las asistencias en salud y el costo de los servicios médicos que le fueran prestados en caso de necesitarlos, tal como ocurrió en la fecha precitada en el Baptist Health South Miami Hospital (Estados Unidos). Lo anterior más aun cuando no acreditó una causa externa o la negligencia de la contraparte en lo que a su deber de cobertura o posición de garante se refiere. [...] En conclusión: La Nación, Ministerio de Defensa, Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional, no debe asumir el pago de los gastos cobrados al demandante por parte del Baptist Health South Miami Hospital de Estados Unidos, deriva-

dos de las asistencias médicas que le fueron prestadas el 12 de agosto de 2013 cuando aquel cumplía una comisión de servicios en el exterior. Lo anterior en la medida en que el libelista incumplió una obligación a su cargo que debía conocer (supuesto frente al cual no se demostró lo contrario), y que conllevaba la solicitud de expedición y activación de la póliza adquirida previamente por la entidad demandada para cubrir el riesgo de los servicios hospitalarios que eventualmente podían ser necesarios, tal como en efecto sucedió. Por esta razón, el contrato de aseguramiento referido se tornó ineficaz frente a los posibles requerimientos del señor (...) al punto de poder inferirse que aquel con dicha actitud, asumió el riesgo en salud generado en virtud del viaje a otro país, sin tener una cobertura asistencial y económica que respaldara sus actuales pretensiones. Por ende, la aludida situación convalida la motivación del acto demandado y respalda su legalidad”.

La vinculación de un docente a colegio anexo de la Universidad Tecnológica del Chocó no otorga el derecho de obtener el ingreso automático al escalafón docente universitario.

1043

RADICADO: 27001-23-33-000-2015-00017-01[3450-2018]

FECHA: 10/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Carmen Rosa Palacios García

DEMANDADO: Universidad Tecnológica del Chocó

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El desempeñar el cargo de docente en colegio anexo de la Universidad Tecnológica del Chocó otorga el derecho al ingreso automático al escalafón docente universitario?

Tesis: “La Universidad Tecnológica del Chocó podía tener colegios anexos, como en el que la actora prestó sus servicios, pues estos hacían parte de sus programas de extensión o de servicios, sin que ello implique una vinculación como docente universitaria y que sus sueldos deban ser pagados como tales, pues su desempeño, se reitera, fue como docente de preescolar, básica primaria y básica con énfasis en ciencias naturales. Ahora bien, en lo que tiene que ver a su ingreso en el escalafón universitario se llega a similar conclusión, también, como expresión de la autonomía universitaria, en consideración a que la demandante no ha concursado para ser incluida en este en los términos de los artículos 70 y 76 de la Ley 30 de 1992, que establecieron que la incorporación de los docentes universita-

rios «(...) se efectuará previo concurso público de méritos cuya reglamentación corresponde al Consejo Superior Universitario.» (...) Así, entonces, no habrá lugar a la inscripción de la actora en el escalafón universitario y al pago de los salarios reclamados por la accionante en el escalafón del nivel universitario, pues:- Si bien es cierto que esta fue nombrada por el rector y el secretario de la Universidad Tecnológica del Chocó, también lo es que su desempeño fue como docente de preescolar, primaria y básica con énfasis en ciencias naturales, sin que esta circunstancia implique una vinculación como docente universitaria y que sus sueldos deban ser pagados como tales. La demandante no ha concursado para ser incluida en el escalafón universitario en los términos de los artículos 70 y 76 de la Ley 30 de 1992, que establecieron que la incorporación de los docentes universitarios se efectuará previo concurso público de méritos cuya reglamentación corresponde al Consejo Superior Universitario”.

Improcedencia de reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales por la mora en la implementación del concurso de méritos en la RAMA JUDICIAL y el nombramiento de la lista de elegibles, al superar los 6 meses consagrados en el artículo 132 de la Ley 270 de 1992.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-04192-01(4568-2017)

FECHA: 11/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Luis Orlando Rojas Segura

DEMANDADO: Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (DEAJ)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones derivado de la mora en la implementación del concurso de méritos de la Rama Judicial y del nombramiento de la lista de elegibles, al superar el término máximo de los 6 meses para mantener un cargo de carrera ocupado en provisionalidad, preceptuado en el artículo 132 de la Ley 270 de 1996?

Tesis: “[E]l lapso de (6) meses de que trata el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 corresponde al período en que un cargo de carrera puede ser ocupado mediante la figura de la provisionalidad, sin que haya lugar a entender, como lo sugiere el demandante, que corresponda al umbral durante el cual se debe desarrollar el concurso de méritos, como tampoco el plazo límite para realizar los nombramientos de la lista de elegibles (...) [S]i bien no hay discusión en que la Administración se tardó una década en culminar la convocatoria y disponer el nombramiento de los concursantes que tenían las primeras posiciones dentro de los registros de elegibles, no

puede reprocharse de ella haber excedido un término que la normativa no prevé, toda vez que, por un lado, el de seis (6) meses de que trata el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, es el máximo durante el cual un empleado vinculado en provisionalidad puede ocupar un cargo de carrera; y por el otro, ese procedimiento meritocrático estuvo sometido no solo a los diversos trámites que de suyo comporta (verificación de requisitos mínimos, organización de la «Prueba de Conocimientos, Aptitudes y/o Habilidades Técnicas», calificaciones, entrevistas y desatar los recursos interpuestos por los interesados en cada una de esas etapas), sino que fue suspendido (por un tiempo) ante la imposibilidad de determinar las implicaciones que el proyecto de reforma a la justicia que cursó en el Congreso de la República en 2004, tuviera no solo frente a los concursos vigentes, sino a la planta de personal.(...) Sin perjuicio de lo anterior, recuérdese que con el Decreto 1737 de 15 de mayo de 2009, «Por medio del cual se regulan aspectos del pago de la remuneración de los servidores públicos», vigente para la épo-

ca de los hechos, el Gobierno nacional preceptuó que «El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades» (...), de lo que se colige que en el sub lite no puede pretender el accionante se sufraguen unos emolumentos a los que no tiene derecho, puesto que no tenía ningún vínculo laboral con el Estado, pese a que estuviera incluido en el registro de elegibles del cargo para el cual concursó, amén de que, en todo caso, no hay evidencia de que hubiese ocupado el primer puesto en tal lista o el cargo al que optó estuviese vacante mucho antes de su ingreso [...]”.

Revocatoria directa del acto administrativo de nombramiento por falta de requisitos para ocupar el cargo público. Devolución del salario devengado y de las prestaciones periódicas. Aplicación del principio de la buena fe.

RADICADO: 15001-23-33-000-2012-00277-02[3491-2020]

FECHA: 03/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Municipio de Tunja

DEMANDADO: María Fernanda Sandoval Borda

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Quien se desempeñó como jefe de la Oficina de Control Interno de la Alcaldía sin el lleno de requisitos legales para dicho cargo debe reintegrar los salarios y prestaciones percibidos o no hay lugar a ello frente a la actuación ajustada al principio de buena fe por parte de la funcionaria para obtener el nombramiento?

Tesis: “[...] el servidor que fue nombrado sin requisitos, pero se condujo con rectitud ante la administración, no está obligado a devolver los salarios que percibió mientras estuvo desempeñando el cargo, en aras de salvaguardar la presunción de buena fe y los consecuentes efectos ante situaciones que no son deseables, pero que terminan ocurriendo sin que medie una intervención dolosa por parte del beneficiado. Bajo este contexto, se evidencia que el error en la designación es imputable a la administración y, por tal motivo, no es viable que alegue su propia culpa para recuperar unas sumas que había sufragado a una persona que estuvo vinculada mediante una relación legal y reglamentaria. [...] las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual

se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, por ende, la administración está en la obligación de desvirtuarla cuando alegue que un ciudadano se apartó de este principio. [...] En el presente caso, la administración no demostró que la demandada se haya valido de maniobras fraudulentas para ser nombrada en un empleo para el cual no acreditaba los requisitos legales y tampoco aportó documentación falsa tendiente a lograr ese cometido. Por el contrario, el acta de posesión del 26 de diciembre de 2011, en virtud del cual la señora (...) tomó juramento para desempeñar el empleo para el que fue designada mediante el decreto enjuiciado, da cuenta de que «[n]o se exigieron más documentos por tratarse de un traslado de cargo y por encontrarse vinculada en la administración municipal». Lo anterior significa que el ente territorial demandante se fundó en las certificaciones de estudio y experiencia aportadas por la interesada en anterior oportunidad y que conformaban su historia laboral, por ende, la indebida valoración de esa información era atribuible al municipio de Tunja, toda vez que los artículos 49 y 50 del Decreto 1950 de 1973 impusieron a los jefes de personal de las entidades públicas el deber

de verificar, entre otros, los documentos que «acreditan las calidades para el desempeño del cargo» para que un servidor pueda tomar posesión de este. Inclusive, el desacato a esta obligación constituye causal de mala conducta. Esta corporación ha indicado que cuando por un error atribuible a una entidad se concede un derecho a quien no cumplía los requisitos legales, no es posible que se valga de su incuria para recuperar las sumas percibidas de buena fe. [...] Teniendo en cuenta el anterior criterio interpretativo, y en la medida en que en esta

instancia no se discute la decisión del a quo en cuanto a que la demandada no cumplía con los requisitos para desempeñarse como jefe de control interno, se concluye que la Alcaldía de Tunja incurrió en un error al designarla sin haber acreditado las exigencias legales. A su vez, como no se demostró que la beneficiaria hubiera actuado de manera desleal o engañosa para obtener ese nombramiento, debe concluirse que no hay lugar a devolver suma alguna por concepto de los salarios y prestaciones que percibió mientras ejerció el empleo [...].”

Desviación de poder de los actos administrativos que ordenaron el traslado del docente. Actuaciones que atentan contra el derecho de asociación sindical. Improcedencia de perjuicios morales no comprobados. Medidas de reparación no pecuniarias.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-06020-02(0513-2017)

FECHA: 17/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Yolanda Escobar Castillo

DEMANDADO: Municipio de Mosquera (Cundinamarca)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: “¿Las Resoluciones 063 del 7 de febrero de 2013 mediante la cual se trasladó del servicio a la docente (...) de la Institución Educativa La Merced al plantel Roberto Velandia y 159 del 18 de marzo de la citada anualidad que resolvió de forma negativa el recurso de reposición, se ajustaron a las exigencias legales y jurisprudenciales fijadas para este tipo de decisiones o, por el contrario, la entidad demandada incurrió en desviación de poder que alega la demandante?”.

Tesis 1: “El artículo 39 Superior consagra el derecho a la asociación sindical para todos los trabajadores y empleados, quienes pueden constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su consagración constitucional persigue hacer operativo y potencializar el derecho fundamental a la libertad de constituir organizaciones de trabajadores o de patronos. [...] Por su parte, los artículos 353 y 354 del CST, señalan: [...] d). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y [...] Los anteriores literales impiden que el respectivo empleador, quien detenta los medios

de capital, pueda influir en la decisión del trabajador y «obstruir o dificultar» la afiliación al sindicato mediante mecanismos como dádivas, promesas o reconocimiento de beneficios. De paso se protege que el empleador restrinja la afiliación, se evita la injerencia indebida en su destino; y se ampara el derecho básico a la existencia misma de la organización sindical, que se vería amenazada si se permitiera que el empleador ofreciera privilegios por no afiliarse, creara condiciones más favorables para quienes no se afilien o sujetara la permanencia en el empleo a la circunstancia de no pertenecer al sindicato. [...] Bajo dicho entendido, tales conductas, además de atentar contra el derecho de asociación sindical, en relación con el artículo 39 de la Constitución, también contravienen lo previsto por los artículos 2.º, 3.º y 11 del Convenio 87 de la OIT, los artículos 1.º y 2.º del Convenio 98 de la OIT13 y el artículo 354 del C.S.T. [...] Al regular lo concerniente al traslado docente para la debida prestación del servicio educativo, entendido este como una facultad del empleador para modificar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus empleados, la Ley 715 de 2001 en

su artículo 22 señaló lo siguiente: «Artículo 22. Traslados. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial. [...] El citado artículo 22 de la Ley 715 de 2001, fue objeto de demanda de exequibilidad ante la Corte Constitucional, la cual a través de la sentencia C-918 de 200215, se pronunció sobre la pretensión relacionada con la facultad discrecional que tiene el nominador para realizar el traslado docente. Al respecto señaló que no es una discrecionalidad absoluta, incompatible con los principios del Estado de derecho, sino que debe estar acorde con las necesidades del servicio [...] Empero, posteriormente, el Decreto 520 del 17 de febrero de 2010, el cual derogó el Decreto 3222 de 2003, en sus artículos 2.º y 5.º previó que el traslado de docentes que atienden el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, administrados por cada una de las entidades territoriales certificadas en educación, atendería de una parte, un proceso ordinario y de otra, con ausencia de aquel. [...] Conforme a los contenidos de las normas referenciadas se observa que los traslados de docentes y docentes directivos pueden provenir (i) por solicitud del propio profesor, evento en el cual se deberá someter a un trámite ordinario el cual se lleva a cabo al inicio del receso estudiantil y de conformidad con el cronograma que fije el Ministerio de Educación Nacional, con la finalidad de que al inicio del año siguiente los docentes trasladados ya se encuentren reubicados, y (ii) de manera discrecional, en cualquier época del año cuando las necesidades del servicio de carácter académico o administrativo así lo requieran para garantizar la prestación continua del servicio educativo, por razones de salud y de conveniencia. De esta

manera, es claro que la potestad discrecional de la administración para ordenar traslados de docentes no es absoluta, sino que se encuentra limitada, de una parte, por elementos objetivos que responden a necesidades públicas en la prestación del servicio de educación y, de otra, por una naturaleza objetiva que atiende las circunstancias personales del docente o de su núcleo familiar. Aunado a lo anterior, se hace necesario resaltar que dicha facultad se encuentra sometida a la debida motivación, de ahí que si una decisión de esa naturaleza se aparta de las razones concretas y fundamentos fácticos ciertos que sustentan la necesidad del servicio para que se efectúe el respectivo traslado, ese acto estará viciado por las causales de nulidad de falsa motivación o desviación de poder. [...] llama la atención de esta Sala de Decisión que a los docentes a los cuales no les fue asignada carga académica para el año 2013, fueron justamente aquellos que se encontraban sindicalizados. [...] analizados los testimonios previamente transcritos, se encuentra que son coherentes en afirmar que los tres docentes se encontraban vinculados al sindicato en la Institución Educativa La Merced, incluyendo la demandante, y que aquellos servidores fueron a los únicos a los cuales se les excluyó de carga académica para el año 2013, destacándose además que, conforme a su dicho, fueron objeto de constantes discriminaciones y tratos despectivos por su condición de activistas sindicales por parte del rector de ese plantel, lo cual permite inferir que la ausencia en la asignación para el referido año lectivo, guardó relación con su afiliación sindicalista y el reparo del rector hacia este tipo de trabajadores. [...] la voluntad del rector de la Institución Educativa La Merced al momento de distribuir la asignación académica para el año lectivo 2013, estuvo orientada a prescindir de los docentes sindicalizados, toda vez que a pesar de quedar pendiente 13 horas semanales de asignaturas a distintos cursos, optó por excluir a los docentes

que se encontraban en actividad sindical, cuando era factible que dicha distribución los incluyera, o al menos a alguno de ellos, o que se prescindiera de uno que no estuviera sindicalizado. [...] se demostró dentro del presente proceso que la decisión del rector no propendió por las necesidades o mejoramiento del servicio, por el contrario, se dejó sin clases a varios cursos por aproximadamente 15 días conforme lo indicaron los testigos y la motivación del traslado fue personal y en persecución de un grupo de docentes activistas sindicales, luego, al sustentarse los actos administrativos demandados en que la libelista no tenía carga académica, aquellos se encuentran viciados de desviación de poder, en tanto la intención era desconocer la libertad sindical. En línea con lo expuesto y acorde con lo probado dentro del plenario, es procedente la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 063 del 7 de febrero de 2013 a través de la cual se ordenó el traslado a otra institución docente a la señora (...) y 159 del 18 de marzo de la citada anualidad, que decidió el recurso de reposición, respectivamente, por cuanto se desvirtuó su legalidad por desviación de poder, tal como lo consideró el a quo [...].”

Problema jurídico 2: “¿La libelista tiene derecho al pago de los perjuicios morales que alega le fueron generados con ocasión del traslado docente?”.

Tesis 2: “El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 prevé que «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.». De acuerdo con la postura de esta Corporación, la reparación integral a la que se refiere ese artículo busca el restablecimiento del derecho, bien o interés jurídicamente tutelado que fue afectado por el hecho dañoso. En ese sentido, ha identifica-

do una serie de perjuicios, entre ellos los morales, que están compuestos «por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.» [...] la indemnización de perjuicios morales tiene una función satisfactoria, mas no reparatoria de tal aflicción. En ese sentido, «los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante». [...] se observa que si bien la demandante tuvo varias incapacidades médicas por los cuadros clínicos de depresión y ansiedad, dicha circunstancia no lleva a la convicción a esta Sala de Decisión de que los padecimientos en comento, fueron ocasionados por el traslado del plantel educativo La Merced al Roberto Velandia, habida cuenta que dichos documentos hospitalarios no permiten advertir la relación de la causalidad entre la ausencia de la prestación del servicio en la primera institución educativa y las patologías presentadas. En relación con el concepto médico obrante a folio 289 del plenario, se advierte que se recomienda la reubicación laboral, empero de aquel no es posible concluir ni tampoco se alegó dentro del trámite del presente proceso, que el ambiente laboral que tenía la demandante en el colegio Roberto Velandia era tan crítico que le causó perjuicio a su salud mental, pues lo que esgrime la parte activa es que con ocasión del traslado se desmejoraron sus condiciones laborales, dado que aquel obedeció a su calidad de afiliada al sindicato, su reiterada oposición a la gestión del rector y que el nuevo plantel en que fue ubicada era de carácter rural y por ello sus desplazamientos debían ser más largos. Sin

embargo, no manifestó en ningún momento ni de los medios probatorios aportados se puede afirmar que tenía inconvenientes de convivencia profesional en el Institución Educativa Roberto Velandia a tal punto que se le generó un menoscabo a su salud. De otro lado, se tiene que el señor (...) declaró que tuvo conocimiento de que el traslado aquejó emocionalmente a la libelista (...), sin embargo, tal como lo consideró el tribunal de primera instancia, no refiere en qué consistió dicha afectación ni la gravedad de aquella, de ahí que no se tenga certeza en cuanto a los perjuicios morales que supuestamente le fueron causados, habida cuenta de que el testigo no profundiza de qué manera fueron ocasionados, máxime cuando en su dicho sostiene «tengo entendido» y no otorga más elementos de juicio que permitan verificar que tiene conocimiento pleno de que el traslado en efecto le originó un daño moral. Bajo esta línea argumentativa, no se evidencia afectación emocional de la que se genere el resarcimiento del perjuicio moral deprecado, pues a pesar de que se observan padecimientos médicos por parte de la libelista, ello no constituye per se razón suficiente para tener como demostrados dichos perjuicios, toda vez que si bien el acto de traslado se encuentra viciado de nulidad, dicha circunstancia no ocasiona un decrecimiento de su patrimonio que le impida mantener una vida digna y le produzca un daño sumamente grave, a tal punto que desmejore su condición sicofísica. [...] En esas condiciones, esta Corporación encuentra acertada la decisión del a quo concerniente a negar las pretensiones de restablecimiento del derecho sobre el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, a favor de la demandante. Ahora bien, no pasa por alto esta Subsección que conforme a lo demostrado dentro del ple-nario y resuelto en el Problema jurídico ante-

rior, se probó que el rector de la Institución Educativa La Merced del Municipio de Mosquera, llevó a cabo conductas que atentan contra la asociación sindical, en efecto, se verificó que para el año lectivo 2013 prescindió de otorgar carga académica a tres docentes que se encontraban sindicalizados y buscó trasladar a dichos servidores a otros planteles educativos, modificando sus condiciones de trabajo con el fin de desalentar el derecho fundamental que les asistía a asociarse en los respectivos sindicatos. Nótese que acorde con lo analizado y probado en precedencia, el rector de la Institución Educativa La Merced omitió otorgarle carga académica a la demandante con el fin de que fuera trasladada a otro plantel, dada su animadversión al personal docente que se encontraba sindicalizado, aunado a ello, y según el dicho de los testigos, realizó en varias oportunidades manifestaciones en contra de la libelista por ser activista sindical. [...] Bajo esta línea argumentativa, habrá de ordenarse al rector de dicho plantel y a la Secretaría de Educación Municipal de Mosquera que en un acto público ofrezca excusas a la señora (...) por las conductas llevadas a cabo para el año lectivo 2013, por la discriminación de la cual fue objeto por ser sindicalizada, las cuales deberán llevarse a cabo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Lo anterior, siempre que la antes nombrada lo convenga. En conclusión: si bien no se probó la causación de los perjuicios morales deprecados, en aras de que sí se demostró una persecución en contra de un grupo de docentes de activistas sindicales, entre ellos la demandante, motivo por el cual habrá de ordenarse a la entidad demandada una disculpa pública como medida de la reparación no pecuniaria, siempre que la demandante esté de acuerdo”.

OTROS ASUNTOS LABORALES

Omisión en constituir la póliza del seguro de vida de concejales. Seguro de vida de concejales – Reconocimiento por ocurrencia del siniestro.

1053

RADICADO: 05001-23-31-000-2002-02565-01[0863-14]

FECHA: 28/11/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Consuelo de Jesús Rúa de Avendaño y otros

DEMANDADO: Municipio de Santa Rosa de Osos

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los demandantes tienen derecho al reconocimiento del seguro de vida de que tratan los artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, a causa de la muerte de su señor padre, en su condición de concejal, pese a no estar incluido en la póliza general o individual correspondiente?

Tesis: “Las normas aludidas [artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994] consagran un seguro de vida a favor de los concejales que «concurran ordinariamente a las sesiones de la corporación» y la obligación de contratarlo recae en el alcalde del municipio, previa autorización por parte del Concejo, lo cual se debe hacer con cualquier compañía aseguradora, y debe cubrir el período durante el cual fueron elegidos. En todo caso, el artículo 68 de la Ley 136 de 1994, establece que el hecho de que el miembro del Concejo se ausente por lo menos la tercera parte de las sesiones programadas en cada período mensual, le excluye de ese beneficio, entre otros. (...) el hecho de que la administración hubiera omitido constituir la póliza de seguro de vida a favor de un concejal, no le da, de por sí, a sus beneficiarios, el derecho al reconoci-

miento de la suma derivada del artículo 68 de la Ley 136 de 1994, pues, como la contingencia que pretende garantizar el seguro de vida allí establecido, debe estar relacionada en forma directa con el ejercicio del cargo, es indispensable que, incluso, de no haberse constituido la póliza, se demuestre que la muerte ocurrió por razones relacionadas con el servicio, de lo contrario, no procede reconocimiento alguno. [...] teniendo en cuenta que las pruebas allegadas al proceso demuestran que la muerte del [causante] se produjo por causa natural, como bien se señaló en el acta de defunción, y no por una razón atribuible al servicio que prestó como concejal del municipio de Santa Rosa de Osos, no es viable conceder suma alguna por concepto del seguro de vida pretendido. [...] se concluye que los demandantes no tienen derecho al reconocimiento y pago del seguro de vida, establecido en los artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, a causa de la muerte del señor (...) quien en vida se desempeñó como concejal del municipio de Santa Rosa de Osos, razón por la cual se revocará la providencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se denegarán [...]”.

Pérdida de la condición de estudiante de la Escuela de Cadetes de Policía “General Francisco de Paula Santander”, debido a inasistencia justificada a más del 30 % de las clases por motivos de salud.

RADICADO: 25000-23-42-000-2014-01538-01 (3599-2017)

FECHA: 11/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Juan Pablo Montoya Morales

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La inasistencia justificada en un porcentaje superior al 30 % de las clases como causal de pérdida de la condición de estudiante, consagrado en el reglamento estudiantil de la Escuela de Cadetes de Policía “General Francisco de Paula Santander” opera cuando se invocan problemas de salud?

Tesis: “El demandante ingresó a la Escuela de Cadetes de la Policía Nacional «General Francisco de Paula Santander» para que iniciara su primera etapa académica de la formación policial, esto es, como Cadete, por disposición de la Resolución 005 de 11 de enero de 2013; no obstante, durante su estancia comenzó a presentar diversas enfermedades que le impidieron cumplir con las horas mínimas permitidas en cada una de las asignaturas, lo cual llevó a que, previo análisis del Comité Académico, se ordenara su pérdida de calidad de estudiante, como quiera que había perdido las materias por inasistencia justificada. Tal y como se anotó (...), dentro de las formas para perder las asignaturas se encuentra la inasistencia justificada o injustificada, la primera se presenta cuando el estudiante deje de asistir el 15% de las clases programadas sin causa justificada; y la segunda, cuando no acuda al

30% o más de las clases programadas con causa justificada. (...). Al demandante le resulta aplicable el artículo 47 del Reglamento Estudiantil de la Escuela Nacional de Policía «General Francisco de Paula Santander» el cual dispuso que se podría perder el periodo académico cuando reprobara una o más asignaturas por inasistencia a clases, lo cual conlleva a su vez, a que de conformidad con el literal e) del artículo 4º ibídem pierda la calidad de estudiante; en tal sentido, no había lugar para que no fuera retirado el demandante del ente educativo, pues es evidente que había incumplido con el reglamento que se comprometió a cumplir una vez ingresó. Si se tiene en cuenta que es estudiante de la Escuela de Cadetes de la Policía Nacional «General Francisco de Paula Santander» quien luego de superar el proceso de admisión, se matricule en el proceso de formación y se someta al reglamento fijado por el ente universitario, es natural que quien no cumpla con cualquiera de estos tres requisitos elementales pierda tal condición, pues no de otra manera se podría cumplir con la misión social y la función institucional previamente establecida. Motivo por el que, con fundamento en los reglamentos de la Escuela de Policía y dada la situación aca-

démica del demandante, el Director Nacional de Escuelas (e) de la Policía Nacional lo podía retirar del ente universitario, pues a criterio de la Sala, al concurrir las condiciones de retiro previamente establecidas y conocidas por los cadetes en la reglamentación aludida, no era necesario tener en cuenta otras situaciones exógenas, como la alegada por el demandante, esto es, que las inasistencias obedecieron a la situación de salud que padecía”.

Para hacer efectiva la póliza de garantía del pago de salarios y prestaciones sociales de trabajadores en misión vinculados por una empresa de servicios temporales, solo se requiere que se presente alguno de los eventos regulados en la ley para que se presuma su iliquidez, sin necesidad de realizar estudios económicos.

RADICADO: 68001-23-31-000-2010-00405-01 [3504-2015]

FECHA: 15/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Empresa de Servicios Temporales Gerencia del Capital Humano Compañía Ltda.

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio del Trabajo)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Para hacer efectiva la póliza de garantía del pago de salarios y prestaciones sociales por una empresa de servicios temporales debido al incumplimiento del pago de salarios y prestaciones sociales a los trabajadores en misión, se requiere que el Ministerio de la Protección Social realice previamente un estudio económico para determinar la iliquidez de la empresa o que opere una de las causas reguladas en el Decreto 4369 de 2006?

Tesis: “Esta Sala precisa que el artículo 18 del Decreto 4369 de 2006 establece los casos en los cuales se debe hacer efectiva la póliza de garantía que por ley constituyen las empresas de servicios temporales, en cuanto prevé que serán cinco (5) específicas situaciones las que llevarán a la presunción de una iliquidez de la empresa, a la que se llegará «[...] sin necesidad de estudios económicos [...]». Las cinco (5) situaciones previstas en la ley son: (i) incumplimiento en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario, de acuerdo con el contrato suscrito; (ii) mora en el pago

de los aportes a la seguridad social por más de 45 días; (iii) qué durante más de 3 ocasiones en una anualidad, haya mora en el pago de los aportes a la seguridad social; (iv) entrar en proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones; y (v) la declaración de estado de iliquidez. De conformidad con los actos demandados, la empresa accionante incurrió en las causales (i) y (ii), tal como fue probado en sede administrativa con documentos y la declaración de su representante legal, que aceptó que se adeudaban los salarios y las prestaciones sociales de noviembre y diciembre de 2008 y enero de 2009, reclamados en la queja, con la justificación que ello se debía a que la UT Misión Vital a su vez le debía una suma considerada de dinero. (...) Sobre esta situación, es del caso advertir que la única responsable de los salarios y prestaciones sociales dejados de pagar y de las indemnizaciones que se llegaren a causar a favor de los trabajadores en misión, era la empresa de servicios temporales demandante, puesto que su condición en esa relación laboral era la de empleadora

de ellos, obligación que no podía trasladarse a un tercero o excusarse en una deuda causada, igualmente, con un agente externo, como en efecto ocurrió en este proceso, específicamente en sede administrativa”.

Se confirma la decisión del Ministerio del Trabajo que negó la autorización de la suspensión temporal de contratos de trabajo en la empresa Productos Terrigeno Ltda. La entidad encontró que, para la fecha, la empresa estaba en pleno desarrollo de su objeto social, con personal recientemente vinculado a término indefinido y pagando horas extras para satisfacer la demanda de producción.

RADICADO: 05001-23-31-000-1997-01315-01 (1547-2011)

FECHA: 21/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Productos Terrigeno Ltda.

DEMANDADO: Ministerio de Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Incurrió en falsa motivación el Ministerio de Trabajo en la expedición del acto que negó la autorización de la suspensión de contratos de los trabajadores, por no corresponder con las reales condiciones económicas- financieras de la empresa Productos Terrigeno Ltda., y carecía de competencia al proferirse fuera del término señalado en el numeral 7 del artículo 67 de la Ley 50 de 1990?

Tesis: “La falsa motivación se configura cuando la administración se basa en razones de orden fáctico que resultan ser inexistentes o contrarias a la realidad para fundamentar su decisión; en ese orden, le corresponde a quien la alega tal falencia la carga de probar que los hechos en que se fundamenta la administración son irreales, falsos o mal interpretados. (...) a sabiendas de la perentoria obligación de hacerlo, la parte demandante no logró desvirtuar la veracidad de los hechos en que sustentó su decisión la administración, toda vez que no aporta el soporte técnico sobre cómo los procesos de modernización afectarían directamente a cada uno de los puestos de trabajo que se

pretendía suspender temporalmente; además de, cómo se implementaría dicha modernización y los beneficios que obtendría la empresa con ella; y tampoco justificó que se autorice la suspensión de 122 trabajadores por, aparentemente, no tener funciones para ellos, cuando se demuestra que hubo nuevas contrataciones a término indefinido en la planta de personal y se radica solicitud de autorización para trabajar horas extras, así como la reactivación de pedidos en los años 95 y 96. Este hecho impedía y aun impide al fallador realizar una valoración objetiva sobre el particular e impide contrastar la necesidad de la cesación temporal de contratos laborales con el proceso de modernización, para así tomar una decisión objetiva respecto a la cesación temporal de contratos laborales. (...) Está claro que el precepto normativo enunciado [numeral 7 artículo 67 de la Ley 50 de 1990] establece el lapso de 2 meses para proferir una decisión, pero nunca delimita la competencia a ese término, razón por la que no se podría llegar a concluir que excederlo sería una causa que genera la pérdida de la competencia para resolver el asunto. Ahora, la norma es co-

herente cuando constituye un plazo razonable para resolver una situación que puede llegar a tener una consecuencia económica de grandes proporciones para quien solicita la autorización, pues podría llegar a generar un perjuicio grave o irremediable, que eventualmente traería consigo el deber de reparación, o incluso podría llegar a dar inicio a un proceso sancionatorio en contra del funcionario responsable de decidir el asunto. Pero lo que no se puede pretender, es que la mora en el procedimiento tendría la virtualidad jurídica para producir

la pérdida de la competencia para resolver la solicitud, ni mucho menos conllevaría a la invalidez del acto administrativo. De hecho, en aquellos casos en donde la administración no se pronuncia dentro de los términos que regula la norma, se aplica el silencio administrativo negativo, situación que, en este caso, de una parte impediría que la empresa solicitante proceda a suspender los contratos de sus trabajadores y de otra le permite acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a discutir el acto ficto que niega el derecho”.

Revocatoria directa de actos administrativos particulares y exigencia de autorización del administrado para su procedencia. Diferencia con la corrección de errores formales. Improcedencia para alegar prevalencia del interés general o moralidad administrativa cuando las propias autoridades son las responsables del detrimento patrimonial. Llamamiento en garantía con base en póliza de responsabilidad civil de servidores públicos.

RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00100-02[4103-2018]

FECHA: 03/09/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Lina María Ramírez Ossa

DEMANDADO: Municipio de Manizales – La Previsora S.A.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se configuró la ilegalidad de los actos administrativos demandados por violación de las normas en que debían fundarse, en razón de la falta de solicitud del consentimiento expreso de la demandante por parte del Municipio de Manizales, a través de los cuales se modificó parcialmente la Resolución 746 del 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual liquidaba y ordenaba pagar una suma de dinero a favor de aquella en cumplimiento de una sentencia condenatoria relacionada con el reconocimiento de trabajo suplementario?

Tesis 1: “[...] la revocatoria directa consiste en una herramienta propia de las autoridades en sede administrativa y sin validación judicial previa, que puede ser desatada de oficio o a petición de parte, consistente en la modificación o cambio sustancial de las decisiones en firme que se han adoptado como manifestación unilateral de la respectiva entidad pública y que han creado situaciones jurídicas generales o particulares, siempre que éstas se acompasen con una o más causales (...) esto es: «i) cuando sea manifiesta

su oposición a la Constitución Política o a la ley, ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.». Por el contrario, la corrección de irregularidades en la actuación administrativa o de errores aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras contenidos en los actos definitivos, es una modalidad de subsanación de yerros simplemente formales que no afectan ni involucran una variación material a la esencia de la decisión, sino que solo la aclaran para su eventual ejecución sin controversia. [...] al validar el contenido y sustento tanto de la Resolución (...) que modificó el acto de reconocimiento de trabajo suplementario a favor de la demandante, así como la Resolución (...) que confirmó la primera, se encuentra que en ningún momento el Municipio de Manizales halló un error en la aplicación de una operación matemática para fijar la cuantía de la condena impuesta en su contra, sino que evidenció una serie de elementos que no tuvo en cuenta o que computó por demás. [...] en cuanto a la

posibilidad de efectuar una revocatoria directa del acto administrativo particular que había ejecutado una orden judicial, es perentorio recordar que aquella prerrogativa existe y es válida en razón del principio de autotutela de las autoridades públicas. No obstante, aquella figura jurídica es válida bajo los preceptos regulatorios de la Ley 1437 de 2011. [...] para la procedencia de la revocatoria directa es indispensable que la administración determine cuál es la causal de aquellas (...) que la habilita para modificar una situación jurídica consolidada por esta misma, y que en el evento de tratarse de un acto de contenido particular, solicite puntualmente la aquiescencia del involucrado en la decisión para cambiarla, esto es, que aquel autorice expresamente y por escrito a la entidad, a fin de que modifique derecho o la obligación que le había sido determinada. [...] En conclusión: los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por violación de las normas en las que debían fundarse y por transgresión del debido proceso, puesto que el ente demandado pretendió cambiar parcialmente una decisión de reconocimiento y pago de una condena impuesta por vía judicial bajo el amparo de una supuesta corrección de errores aritméticos, cuando aquella modificación implicaba en realidad una revocatoria directa del acto inicial tendiente a crear una nueva situación jurídica, que por mandato legal debió cumplir con el requisito de la solicitud de autorización expresa y escrita. [...] En atención a ello, la posibilidad viable de recuperación del dinero cancelado en exceso era demandar bajo la modalidad de lesividad el propio acto, pues el interés general, la moralidad administrativa y el trámite incidental de liquidación de condena no priman en este caso frente al actuar de la administración que va en detrimento de la seguridad jurídica y el mismo principio de legalidad”.

Problema jurídico 2: ¿La Previsora S.A. Compañía de Seguros está obligada responder en ca-

lidad de llamada en garantía del Municipio de Manizales, en virtud de la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos invocada por la entidad demandada?

Tesis 2: “[...] al respecto considera la Sala que en principio habría resultado procedente el llamamiento fundado en la póliza referida, bajo el entendido de que la actuación estatal analizada y objeto de control judicial en esta oportunidad, correspondía efectivamente a la verificación de legalidad de sendos actos administrativos sobre los cuales se aseguraba su contrariedad al ordenamiento jurídico, tal como se demostró, por lo que la orden de restablecimiento eventualmente sí podría generar una disminución patrimonial atribuible al actuar incorrecto o inapropiado de uno o varios de los funcionarios intervinientes en la actuación que erraron en el procedimiento. [...] No obstante lo anterior, la Subsección concuerda con la aseguradora específicamente en lo referente a la falta de cobertura de la póliza para el caso concreto, pero no por elección inadecuada del contrato, sino porque el tomador y al mismo tiempo asegurado, es decir, el Municipio de Manizales, no llamó en garantía con fines de repetición al servidor involucrado en orden de verificar su responsabilidad y tampoco demostró que aquel hubiese sido declarado judicial o administrativamente como tal, lo cual constituía un requisito esencial para la constitución del amparo específico sobre el cual se basaba la pretensión de subrogación en el pago de la condena a imponer en esta instancia judicial, ello conforme el clausulado anexo e integrante de la póliza referida [...] al margen de lo expuesto en precedencia sobre la falta de cobertura del contrato de seguro, se precisa que luego de validar las pruebas aportadas con el llamamiento en garantía y su contestación, no se advierte que al Municipio de Manizales se le hubiese reclamado lo pretendido con la demanda en cuestión durante la vigencia de la

póliza invocada, pues la solicitud de conciliación prejudicial ocurrió el 10 de noviembre de 2016 (con posterioridad al 1.º de octubre de 2016), por lo que tampoco se encuentra el aviso a La Previsora S.A. en ese lapso de cobertura, a fin de predicar la obligatoriedad de ésta en la subrogación del pago de la condena como lo solicitó la entidad territorial [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Procedía la condena en costas de primera instancia en contra del Municipio de Manizales, en el entendido de que la intención aludida por éste al expedir los actos demandados era velar por la protección del erario con la orden de devolución de dineros cancelados supuestamente en exceso?

Tesis 3: “[...] la autoridad demandada considera que no debió ser objeto de imposición de costas, al aducir que con su actuación solo buscaba la protección de intereses generales como la protección del erario y la moralidad

administrativa. No obstante, debe recordarse que el presente asunto no es una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad iniciada por la entidad territorial con dichos fines, sino instaurada por una particular afectada con la decisión ilegal de revocatoria de dicha autoridad, la cual más que procurar por garantías públicas, contraviene el ordenamiento en sí mismo y las termina afectando. Ahora, así se asumiera dicha posición como una intención desinteresada de la demandada, lo cierto es que esos juicios subjetivos referentes a la conducta de las partes no se deben verificar en casos como el presente en vigencia de la actual normativa procesal, pues al no ser éste un medio de control incoado por la propia autoridad, solo se puede inferir un interés particular de la demandante que implica el pago a su favor de las costas al haber vencido en su contienda judicial [...]”.

**DECISIONES CON PERSPECTIVA
DE GÉNERO, SUJETOS DE
ESPECIAL PROTECCIÓN
CONSTITUCIONAL,
CONVENCIONALIDAD Y
ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

Desvinculación contractual de la mujer en estado de embarazo cuando se presentan los elementos de la relación laboral. Pago a título de indemnización del valor de la remuneración que dejó de percibir entre la fecha del retiro efectivo del cargo y los 60 días posteriores al parto más 14 semanas de descanso remunerado.

RADICADO: 52001-23-31-000-2010-00505-02[4066-2014]

FECHA: 02/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Luz Miriam Cerón Rosero

DEMANDADO: Municipio de Consacá – Centro de Salud de Consacá E.S.E.

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Entre la demandante y el municipio se configuró una relación laboral, legal o reglamentaria a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios? En caso afirmativo, ¿tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas, además de indemnización por maternidad?

Tesis: “[...] los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (...) Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuan-

do se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral. También se vislumbra de la jurisprudencia citada ut supra que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio. [...] de las órdenes de prestación de servicios se puede inferir que no existió una prestación continuada e ininterrumpida en los periodos comprendidos del 5 de enero de 2004 al 1 de diciembre de 2006, en donde se demuestra que el elemento sustancial de subordinación

continuada no se cumplió a cabalidad, porque no se dio una continuidad en la prestación del servicio como quiera que hubo lapsos importantes sin ningún tipo de vínculo, y por ende, mucho menos existió una continuada y permanente subordinación. Caso contrario se dio frente a los contratos de prestación de servicios entre el Gerente de la entidad demandada y la señora (...) en los periodos comprendidos del 1 de febrero de 2007 al 2 de julio de 2008, en donde se aprecia que se desempeñó como auxiliar de facturación, ya que existió una continuidad e ininterrumpida prestación del servicio presentándose el elemento de subordinación [...] la demandante desempeñó sus funciones en un horario determinado y en la sede de la entidad demandada, elementos que por sí solos no son suficientes para demostrar el aspecto sustancial de la subordinación continuada, pero por la naturaleza de funciones que desempeñaba como auxiliar de facturación, funciones claramente operativas y que se ejecutaban de manera continua, funciones que adicionalmente no requerían un conocimiento especializado propio de los contratos de prestación de servicios, llevan a la Sala a vislumbrar que se está en presencia de una relación laboral (...) exceptuando los pequeños lapsos en que no hubo contrato. De lo expuesto en el presente acápite se desprende que la actora logró probar que la relación contractual entablada con el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., se enmarcó en un contrato de trabajo. [...] la Constitución Política da protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, por

cuanto ella goza de la especial asistencia y protección del Estado. Adicional a esta protección a la mujer en estado de embarazo y de lactancia, se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. (...) ese fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas de índole económico sino de estabilidad laboral, situación que fue vulnerada en este caso, además de que no existió una motivación para tal despido el cual fue realizado al día siguiente de que naciera el hijo de la demandante [...] Por lo anterior se puede concluir que existió una vulneración a la estabilidad reforzada de la madre gestante o en estado de lactancia. [...] en este caso, si bien es cierto la desvinculación de la demandante es ineficaz, por lo expuesto anteriormente, se le deberá pagar, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejó de percibir entre la fecha del retiro efectivo del cargo, así como la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensión que corresponde asumir a la entidad pública en los términos de la ley, durante 60 días posteriores al parto, más 14 semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad, porque en el presente caso no existe evidencia que la demandante haya disfrutado de la correspondiente licencia de maternidad [...]”.

Reconocimiento de la pensión de sobreviviente a compañera permanente. Pareja del mismo sexo.

RADICADO: 66001-23-33-000-2013-00008-01(4263-2013)

FECHA: 05/10/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: María Fabiola Osorio Alarcón

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional - FONPREMAG

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Determinar si erró el Tribunal Administrativo de Risaralda al reconocer pensión de sobreviviente a la demandante, en calidad de compañera permanente de la fallecida (...) por tratarse de una comunidad marital del mismo sexo?

Tesis: “[...] En el ámbito del bloque de constitucionalidad, en el derecho colombiano, se encuentran incorporadas las normas sobre derechos fundamentales y desde esa perspectiva la Sala encuentra que esa decisión de la administración es lesiva de algunos de esos derechos, como se dispuso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso similar al que se resuelve aquí, como lo hizo con la sentencia de 26 de febrero de 2016, de Ángel Alberto Duque contra el Estado colombiano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció en esa ocasión la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en la normatividad que consagraba el derecho para los cónyuges o compañeros pero de diferente sexo. En ella recordó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades

estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual y explica que el Estado reconoció la existencia de ese hecho ilícito internacional pero que lo había superado con la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-366 de 16 de abril de 2008 que ha tenido aplicación concreta. [...] Se considera para el caso suficiente fundamento para desvirtuar la legalidad presunta del acto administrativo por medio del cual se ha desconocido el derecho de la demandante a la pensión de sobrevivientes por tener el mismo sexo de la titular de la pensión que falleció. En cuanto al orden de beneficiarios, es evidente que se llaman en primer lugar a cónyuges o compañeros, que mediante las pruebas recaudadas se demostró ese vínculo, como la dedicación a los oficios del hogar por parte de la demandante y la dependencia económica de esta respecto de la fallecida (...) la solicitud y la decisión negativa por motivo del sexo, lo que es discriminación inaceptable en el derecho colombiano vigente. Así las cosas, si bien la normatividad citada establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios y su época la condición de compañero o compañera, lo mismo que la cónyuge, correspondían a per-

sonas de diferente sexo, es criterio revaluado en sentencia de constitucionalidad, obligatoria a funcionarios y particulares, conforme lo previsto por el artículo 48 de la Ley 270 de 1996. Encontrándose acreditado que (...) y (...) convivieron como pareja durante más de 30 años, que ésta dependía económicamente de aquella y la acompañó durante su enfermedad hasta la fecha de su deceso ocurrido el 14 de noviembre de 2010, tal situación le concede el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes [...]”.

Instrumentos internacionales de protección contra la violencia y discriminación de la mujer. Protección a la mujer contra todo tipo de maltrato físico, psicológico y moral. Agresión física y verbal contra funcionaria pública. Conducta sancionada disciplinariamente.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01092-00[2552-2013]

FECHA: 17/05/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez

DEMANDADO: Contraloría General de la República

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La conducta desplegada por el demandante incurrió en desconocimiento del deber impuesto por el artículo 34 ordinal 1 de la Ley 734 de 2002 y en la prohibición de que trata el artículo 35, ordinal 6 ejusdem, en concordancia con lo previsto por los artículos 1 y 2 de la Ley 248 de 1995?

Tesis 1: “La tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley. En efecto, el artículo 29 de la Constitución Política impone que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». [...] el incumplimiento de deberes como falta disciplinaria es un tipo abierto que requiere de la integración con otras disposiciones normativas. De esta manera, para lo que es materia de estudio, existen diversos instrumentos internacionales con los cuales se ha buscado el respeto por la integridad, física, psíquica y moral de las personas,

como lo hace el artículo 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) así como erradicar toda forma de violencia contra la mujer así como cualquier forma de discriminación por tal condición [...] Del anterior recuento, es claro el compromiso que ha asumido el Estado Colombiano de brindar protección a la mujer frente a todo tipo de maltrato físico, psicológico y moral, para lo cual debe velar porque sus funcionarios y servidores se abstengan de infringir dicha obligación. Adicionalmente, la Ley 734 de 2002 prohíbe a todo servidor público ejecutar actos de violencia en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias (artículo 35, ordinal 6). [...] En ese orden, se infiere que es típica la conducta que despliega un servidor público mediante el uso de la fuerza ya sea física o moral, así como las imputaciones deshonorosas o falsas de una conducta típica en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos. [...] La actuación desplegada por el señor (...) sí se subsumió en los tipos disciplinarios que se desprenden del incumplimiento del deber impuesto en el or-

dinal 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y de la prohibición consagrada en el ordinal 6 del artículo 35 de la dicha ley, toda vez que se probó que ejecutó actos de violencia y manifestó expresiones injuriosas en contra de la señora (...) quien tenía la condición de servidora de la misma entidad”.

Problema jurídico 2: ¿El proceder del demandante encaja dentro del concepto de ilicitud sustancial en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 2: “[...] la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir, contraria a derecho (ilicitud), debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público⁷² (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada. [...] El «deber funcional» que contempla el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de: i) Cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, ii) actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, iii) garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales. - Cuando el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial. Por ende, las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo

la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud, pues de lo contrario se trataría de responsabilidad objetiva que se encuentra proscrita. En virtud de lo anterior, solo pueden ser juzgadas disciplinariamente, las conductas que afecten sustancialmente el deber funcional, entendido este en los términos arriba señalados. -Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber, implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública, esto es, cuando se afecta sustancialmente el deber funcional. -No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto basta con que el incumplimiento del deber afecte sustancialmente la función pública, el interés general, o los fines del Estado, para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado en las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 de la Ley 734 de 2002. [...] El estudio que hizo la Corte acerca de la aplicabilidad del derecho disciplinario para sancionar el comportamiento del servidor público cuando su proceder se desarrolle en un rol privado y no en ejercicio de sus funciones, es perfectamente aplicable para las demás actuaciones que tengan esta connotación, eso sí, siempre que la conducta desplegada por el servidor público en estas condiciones tenga la virtualidad de afectar la función pública, el interés general o los fines del Estado. [...] Adicionalmente, es claro que el artículo 27 de la mencionada Ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias «se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones», es decir, la conducta es disciplinariamente relevante si se despliega durante una

actividad que desarrolle el sujeto por virtud de una vinculación legal y reglamentaria o del ejercicio de funciones públicas que tenga a su cargo. [...] se evidencia que pese a que la conducta del señor (...) ocurrió por fuera del horario laboral y de las instalaciones de la Contraloría, la falta se cometió en el desarrollo de una actividad institucional, pues el hecho de que los V Juegos Nacionales y Muestras Culturales de la Contraloría General de la República no hubieran empezado, no significa que la misma se haya presentado, como lo afirma el demandante, en su ámbito privado, puesto que ocurrió mientras se desplazaban a unos juegos institucionales, mismos a lo que asistía en su condición de servidor de la entidad, de manera que no podía desprenderse de los deberes que le asistían como servidor público ni le estaba permitido incurrir en las prohibiciones contenidas en la Constitución y en la ley [...].”

Tutela judicial efectiva de los sujetos de especial protección constitucional y convencional. Pensión de invalidez para los miembros Fuerza Pública - Ley 923 de 2004. Pensión de invalidez e indemnización por disminución de la capacidad sicofísica. Prescripción cuatrienal de las mesadas del reconocimiento de la pensión de invalidez. Improcedencia de los intereses de mora sobre el monto de las mesadas pensionales adeudadas.

RADICADO: 81001-23-33-000-2013-00165-01(0700-16)

FECHA: 25/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Hubert Fernando Ospino Puerta

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Resulta procedente exigir que se hubiese controvertido judicialmente el Acta de Junta Médica Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 para poder emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto?

Tesis 1: “[...] La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en la ciudad de Guatemala el 6 de julio de 1999 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, constituye una de las regulaciones internacionales más relevantes que hace parte del control de convencionalidad en esta materia. Dicha Convención tiene como objetivo general contribuir a la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad. [...] Entre las herramientas de derecho internacional que más trascendencia han tenido en el asunto, se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la cual fue ratificada por Colombia mediante la Ley

1346 del 31 de julio de 2009 [...] el artículo 28 de la convención en comento estableció como deber de los Estados Parte garantizarle a las personas en situación de discapacidad un nivel de vida adecuado y protección social, entre otras, asegurándoles «[...] el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación [...]» La incorporación de esta disposición convencional en el orden interno propició una evolución normativa que condujo a que el Congreso de la República expidiera la Ley Estatutaria 1618 de 2013, cuya finalidad es la de «[...] garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad [...]». [...] Cabe anotar que la importancia de la protección de la tutela judicial efectiva se acentúa cuando lo que está en controversia son derechos de naturaleza laboral y de seguridad social. Lo anterior en virtud de la íntima conexidad que tiene el trabajo con la dig-

nidad humana y, a su vez, la estrecha relación de esta última con la realización de los valores y principios en que se funda el Estado Social y Democrático de Derecho [...] la incorporación que se ha hecho del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos, reconociéndosele igual jerarquía que la de la Constitución Política, no es escasa y esta convencionalidad, sin duda alguna, ha impactado de manera directa la forma en que debe entenderse el derecho contemporáneo. Una consecuencia de ello es la creciente tendencia de las codificaciones internas a proscribir las llamadas sentencias inhibitorias por considerar que transgreden el derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo núcleo esencial incorpora la garantía a un pronunciamiento proferido por una autoridad judicial en el que se desate de fondo la controversia planteada, sin que escollos de tipo procesal y formal puedan afectar la eficaz realización de tal amparo. En efecto, de existir tales vicios, le corresponde al juez en el trámite del proceso enderezar la actuación tomando los correctivos que sean del caso para poder proferir una decisión que en realidad dirima el conflicto que se ha puesto en su conocimiento, sin que sea de recibo que, a último momento, se abstenga de estudiar el fondo del asunto. [...] condicionar un pronunciamiento de fondo a que se haya incluido o no un acto en las pretensiones de nulidad de la demanda es violatorio del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva cuando pueda establecerse que: 1. En todo caso, el acto cuya nulidad no se rogó en forma expresa reposa en el expediente, de manera que el juez tiene conocimiento pleno de su contenido. 2. La prosperidad de las pretensiones de restablecimiento del derecho supondría la declaratoria de nulidad del acto administrativo no demandado. 3. El juez, habiendo podido advertir y corregir la omisión en comentario, no lo hizo. 4. El o los derechos objeto de disputa judicial son de carácter fundamental y guardan una íntima

conexión con el deber del Estado consistente en garantizarle a sus asociados una vida en condiciones dignas, como sucede con los derechos mínimos e irrenunciables de naturaleza laboral y los derechos derivados de la seguridad social, en especial, aquellos referidos a las pensiones de vejes, invalidez y sobrevivientes [...] a efectos de no comprometer el respeto de derechos como el de acceso a la administración de justicia y el de protección especial que merecen las personas en condiciones de discapacidad, el juzgador de primera instancia debió adoptar todos los medios de saneamiento necesarios para evitar dictar un fallo inhibitorio. Sin embargo, no habiéndolo hecho, esta no debió ser una razón para no resolver real y efectivamente la controversia [...] que el a quo hubiese decidido a través de sentencia que la demanda no se presentó en debida forma porque no se pretendió la nulidad del Acta de Junta Médica Laboral 21355 del 31 de octubre de 2007 y, con base en ello, se hubiese abstenido de pronunciarse de fondo sobre el objeto de la litis es una exigencia excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que la normativa constitucional y los instrumentos internacionales incorporados al orden interno imponen la remoción de los obstáculos meramente formales que impidan la realización material del derecho de acceso a la administración de justicia, lo que sin lugar a dudas se acentúa si se tiene en cuenta que en el proceso se discuten derechos que, por un lado, constituyen beneficios mínimos e irrenunciables en materia de seguridad social y, por el otro, se predicen de una persona que merece especial protección del Estado [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Cuál es la norma aplicable a efectos del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a los miembros de Fuerza Pública por hechos ocurridos a partir del 7 de agosto de 2002?

Tesis 2: “[...] en la actualidad los preceptos llamados a reglar la pensión de invalidez de los

miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidos en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 así como en el artículo 2 del Decreto reglamentario 1157 de 2014. Del análisis anterior, conviene destacar las siguientes características que determinan el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez:

- i) La exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50% a efectos de acceder al derecho a la pensión de invalidez.
- ii) La pérdida de capacidad laboral mínima del 50% debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la merma de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo. En otras palabras, el sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo.
- iii) La calificación de pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen; de lo contrario se correría el riesgo de negar, por distinciones meramente formales, el derecho pensional a aquellos individuos cuyas reales condiciones físicas dan cuenta de una invalidez material [...].”

Problema jurídico 3: ¿Son incompatibles la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez y, por ende, hay lugar a ordenar que de la segunda se descuente lo pagado al señor (...) con ocasión de la primera?

Tesis 3: “[...] la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica y la pensión de invalidez son incompatibles toda vez que la contingencia que protege la primera de tales prestaciones se encuentra cubierta con el reconocimiento pensional. En efecto, de las características del régimen prestacional de las Fuerzas Militares, emerge que la naturaleza jurídica de ambos derechos es la de una prestación que tiene la finalidad de cubrir el riesgo de pérdida de la capacidad laboral al que están enfrentados, de manera especial, los miembros de las Fuerzas Públicas”.

Problema jurídico 4: ¿Operó el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas pensionales a que tiene derecho el demandante?

Tesis 4: “[...] el término de prescripción que corre en contra de la persona que reclama el reconocimiento de la prestación opera respecto de las mesadas y será de cuatro años, teniendo como referente la presentación de la respectiva petición. Visto lo anterior, se advierte que en el caso concreto no operó el fenómeno prescriptivo pues quedó demostrado que el señor (...) elevó derecho de petición el 30 de noviembre de 2011 en el que solicitó a la entidad una nueva calificación de su pérdida de capacidad laboral y el consecuente reconocimiento de la pensión de invalidez. Al presentar esta solicitud interrumpió el término de prescripción cuatrienal, lo que conduce a concluir que como, 1.º de diciembre de 2007 continuaba en servicio activo, no prescribió ninguna de las mesadas pensionales. De acuerdo con ello, la pensión deberá reconocerse en los términos del Decreto 1157 de 2014, cuyo artículo 2 dispone que el demandante tendrá derecho al pago pensional «[...] a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio [...]». Finalmente, es importante anotar que no puede hablarse de prescripción de los valores económicos que pagó la

demandada en virtud de la indemnización por disminución de la capacidad laboral, toda vez que la sentencia que reconoce el derecho pensional es la que origina, a su vez, el derecho de la entidad a descontar los valores que fueron inicialmente entregados por aquel concepto”.

Problema jurídico 5: ¿La Nación –Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional– debe reconocer y pagar al demandante los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el monto de las mesadas pensionales adeudadas?

Tesis 5: “[...] El artículo 53 de la Carta Política estableció que el pago oportuno de las mesadas es un principio mínimo fundamental que debe ser tenido en cuenta por la ley correspondiente. El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desarrolló dicho mandato constitucional al señalar que, a partir del 1.º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de las que trata la mencionada ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el

importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. En adición a lo anterior, el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo previó que las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto. Por lo anterior, el reconocimiento de los intereses de mora tiene aplicación en los casos en los que el pago de las mesadas pensionales no se discute porque está en firme el reconocimiento de la prestación a quien ostenta la calidad de pensionado y lo que se presenta es una negativa de la entidad a efectuar el pago. Esto no es lo que ocurre en el presente caso, donde la entidad demandada se ha negado al reconocimiento del derecho pensional, último que solo ha surgido en virtud de lo dispuesto en la presente providencia. En conclusión, no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993”.

Función social de la educación. Deberes del docente en el ejercicio de la docencia. Deber de cuidado y trato respetuoso entre docente y alumno. Protección de los niños, las niñas y los adolescentes a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. Proceso disciplinario por relaciones sentimentales entre docente y alumno.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05578-01(1547-2018)

FECHA: 02/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Francisco Javier Rodríguez Valero

DEMANDADO: Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Educación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Los actos demandados vulneraron el principio de legalidad de la actuación disciplinaria porque la conducta por la cual fue declarado responsable disciplinariamente el demandante es atípica y no estaba contemplada en el Manual de Convivencia Escolar?

Tesis 1: “[...] acreditada como está la relación sentimental entre el docente y la estudiante, se debe tener en cuenta que la educación en términos del artículo 67 de la Constitución Política es un derecho fundamental y un servicio público que tiene una función social cuyo objetivo es «el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura». Congruente con este objetivo de la educación, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el papel del docente «se entiende como el de un guía ilustrado y respetuoso que abre a sus alumnos las fuentes de información relevantes, para que realicen las actividades didácticas diseñadas por él, propicia la aprehensión y procesamiento de datos y conceptos en procura de los objetivos académicos establecidos en el plan de estudios, y les acompaña en la

búsqueda y apropiación de ese conocimiento, para orientar la labor de aprendizaje de cada uno de sus alumnos de acuerdo con sus aptitudes y capacidades» Además ha resaltado el rol del profesor «en el proceso educativo integral de los estudiantes es trascendental, debido a que (i) es un guía que imparte conocimientos sobre diversas disciplinas, (ii) utiliza herramientas didácticas y pedagógicas para impartir el conocimiento y las habilidades a los estudiantes acorde a sus capacidades y aptitudes, (iii) basa su método pedagógico en la observancia de valores y principios, con el fin de formar personas útiles para la sociedad.» Acorde con tal posición, el artículo 104 de la Ley 115 de 1994, determina que «el educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.» De la misma manera, el Decreto 1278 de 2002 prescribe que «El ejercicio de la docencia tiene como fundamento la comprensión de la educación como bien público, como actividad centrada en los estudiantes y al servi-

cio de la Nación y de la sociedad. La profesión docente implica una práctica que requiere idoneidad académica y moral, posibilita el desarrollo y crecimiento personal y social del educador y del educando y requiere compromiso con los diversos contextos socioculturales en los cuales se realiza.» En armonía con estas normas, no se puede perder de vista que tratándose de menores de edad, con la Convención de los Derechos del Niño ratificada mediante la Ley 12 de 1991, Colombia aceptó como menor de edad todo ser humano menor de 18 años (art. 1) y se comprometió asegurar a las menores de edad «la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley», en consonancia con el interés superior del menor. [...] el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 por el cual fue disciplinado el señor (...) contempla que es deber del servidor público, en este caso, del docente «tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio» y el artículo 18 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, por el que fue complementado en las decisiones acusadas, dispone que «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.» [...] con fundamento en las normas y los argumentos precedentes, la Sala concluye que en el sub examine la conducta del docente (...) respecto a la estudiante, menor de edad (...) quien para la época de los hechos contaba con 17 años de edad, se adecuó al tipo disciplinario contenido en el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de

2002, puesto que según la naturaleza y características propias de su cargo como educador, el mantenimiento de relaciones sentimentales y sexuales con quien tuvo relación por razón de su servicio –su alumna– se aleja del marco del respeto y rectitud propio de quien asume el rol constitucional de «acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura», más aún cuando se refiere a un sujeto en condición de vulnerabilidad e indefensión que requiere de especial atención por parte de la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. En otros términos, la conducta cometida por el señor (...) se apartó de las funciones propias del servicio docente la cual conlleva tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a sus estudiantes, de tal manera que, aunque no exista constancia que en el manual de convivencia estuviere consagrada la conducta, lo cierto es que sí es típica frente al ordenamiento jurídico superior como quedó explicado en párrafos anteriores. [...] En este punto es relevante destacar que el apelante alegó que no existe en el ordenamiento jurídico alguna norma que proscriba las relaciones entre profesores y estudiantes a la manera de tipo en blanco, sin embargo, la Sala debe precisar que el numeral 6 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 no tiene la condición de prohibición, sino de deber, y este, más que un tipo en blanco, responde a un tipo abierto, el cual se caracteriza por estar construido en un concepto jurídicamente indeterminado. [...] el irrespeto y la rectitud no están definidas en una disposición normativa en particular, pero sí pueden explicarse a través de un raciocinio que implique una mínima carga de argumentación para afirmar qué conductas pueden ser consideradas como tales. En el presente caso, respeto y rectitud le faltaron al docente cuando rebasó el límite de lo permitido, al no entender la elemental diferencia entre una relación profesor – alumna a

aquella que se basa en las relaciones personales y afectivas con un menor de edad, quien desde el plano de lo académico era precisamente un sujeto de especial atención, orientación y protección, en consecuencia, este cargo de apelación no está llamado a prosperar”.

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos demandados incurrieron en una desviación de poder por desatender la finalidad del servicio?

Tesis 2: “[...] la desviación de poder se presenta cuando la autoridad que emite un acto administrativo persigue un fin diferente al previsto por el legislador en el caso en concreto, obedeciendo a un fin arbitrario o ilegal. En otros términos, tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. [...] está comprobado que la relación sentimental y sexual entre (...) y (...) se dio con ocasión del ejercicio de las funciones del docente, quien era el profesor de ética y valores de la menor, circunstancia que propició el acercamiento. Además, se demostró que afectó la normalidad del proceso educativo de la menor por la inasistencia a clases circunstancia que confirma que la conducta investigada debió ser sancionada en tanto es una consecuencia del incumplimiento del deber que le asistía al profesor de tratar con respeto y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio. En síntesis, de conformidad con lo expuesto y congruente con lo resuelto en el Problema jurídico anterior la Sala de Decisión no advierte las pruebas que demuestren que las intenciones del operador disciplinario fueron diferentes a las fijadas en la ley. Dicho de otra forma, las meras y simples afirmaciones del recurrente acerca de la subjetividad de la entidad demandada no

constituyen un elemento probatorio, ni menos aún llevan al juzgador a la persuasión en el grado de certeza acerca de que, efectivamente, los actos censurados están afectados por el vicio de desviación de poder cuando se acreditó que, en efecto, el señor (...) incurrió en la falta disciplinaria por la cual fue censurado”.

Problema jurídico 3: ¿Las decisiones disciplinarias demandadas están falsamente motivadas porque no es cierto que el actor faltó el respeto a la menor?

Tesis 3: “[...] desde hace varios años esta Corporación ha manifestado que para que haya lugar a la declaración de falsa motivación «es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la decisión tomada», en consecuencia, la falsa motivación se estructura alrededor de la evidente divergencia que existe entre la realidad fáctica y jurídica que inspira la creación del acto y la motivación en que la administración sustenta el mismo. Con respecto a la revisión judicial de la falsa motivación de un acto administrativo, la jurisprudencia ha señalado que quien aduce que se ha presentado dicha causal «tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos». [...] considera la Sala que si la relación sentimental y sexual del docente con la estudiante fue consensuada o no, dicha demostración no es relevante en la configuración de la falta que se le atribuyó en la medida que se demostró que se encontraba configurada por cuanto

las funciones constitucionales y legales del docente están supeditadas es al acceso de sus alumnos al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura y no al mantenimiento no al despliegue de conductas como la sancionada sobre todo tratándose de una menor que por esa condición es un sujeto de especial protección del Estado dado el carácter de vulnerabilidad e indefensión que le atañe. [...] dentro del proceso se encuentra acreditada la comisión de la falta

disciplinaria endilgada al demandante de tal manera que los actos administrativos acusados no incurrieron en falsa motivación, toda vez que los motivos alegados correspondieron a la realidad, existieron y tienen el carácter jurídico que les dio el operador disciplinario, para el asunto, la Oficina de Control Disciplinario de la Secretaría de Educación de Bogotá. En conclusión, la Sala de Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda”.

Responsabilidad disciplinaria por desconocimiento del procedimiento a seguir para la atención de niños, niñas y jóvenes en situación de abandono o peligro físico o moral. Prevalencia de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Protección efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00814-00[2970-2015]

FECHA: 28/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Isabel Cristina Rendón García

DEMANDADO: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Los actos enjuiciados incurrieron en la violación del debido proceso por errónea valoración probatoria frente al principio de tipicidad?

Tesis 1: “[...] el artículo 277 del Código del Menor impone al defensor de familia conocer y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares [...] Sin perder de vista que lo reprochado a la demandante es que el 22 de febrero de 2002, día en que recibió la queja, no procedió a abrir la historia socio familiar del menor, ni dictar una medida de protección pertinente, se advierte además que el 22 de marzo de 2002 atendió personalmente a la tía de (...) con lo que se enteró del grave peligro en el que se encontraba; sin embargo pasó un mes desde que recibió su declaración, sin que adoptara alguna medida al respecto, es evidente que le asistió razón a los funcionarios disciplinarios quienes hallaron configurada la conducta reprochable a la luz de lo señalado por el Decreto 2737 de 1989 y conforme con lo previsto en la Constitución Política que establece en su artículo 44, que los niños son titulares preferentes

de derechos fundamentales y que la realización de estos genera una obligación de asistencia y protección que tiene como sujeto pasivo, en primer lugar, a la familia de la que el menor es parte, luego, a la sociedad en su conjunto y finalmente al Estado. Es así toda vez que en este caso, donde fallaron los demás sujetos de la relación, se exigía del Estado, representado por la defensora de familia, que se actuara con probidad para la adopción de una medida de protección, herramienta consagrada en el ordenamiento jurídico para garantizar sus derechos fundamentales ante las situaciones de riesgo que contempló el Código del Menor, por lo que considera la Sala que la tipificación de la conducta se ajustó a derecho. [...] Para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a éste y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo). [...] en este caso no puede aceptarse, como criterio determinador de la culpa, el no actuar con la debida diligencia y cuidado en el ejercicio de su función (...) la disciplina-

da se trata de una funcionaria con experiencia en su empleo, por lo que se esperaba de ella una mayor diligencia y cuidado en sus actuaciones, no siéndole exigible la diligencia y cuidado de una persona del común, pues como mínimo se le exigía conforme al Decreto 2737 de 1989, acatar su deber de dar apertura al proceso administrativo al verificarse la situación irregular en que se encontraba el menor – art. 57-, aspecto que si bien lleva a señalar que la conducta grave se desplegó con culpa grave, esto ocurre por las limitaciones impuestas a la luz de la Ley 200 de 1995, que no contempló las modalidad de culpa gravísima para la comisión de esa falta, pues de lo contrario esta sería la aplicable [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Los fallos disciplinarios incurrieron en error al determinar el grado de culpabilidad, pues en sentir de la demandante no actuó con negligencia comoquiera que consideró que se trataba de un caso de privación de la patria potestad y adopción, que debía ser remitido al centro zonal 4 de Medellín?

Tesis 2: “[...] existe independencia del proceso disciplinario del penal, pese a que comparten, entre otros aspectos, los principios rectores de tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso; esto por cuanto cada régimen punitivo tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio non bis in ídem. [...] no era obligatorio para los funcionarios disciplinarios ajustar su decisión a aquella adoptada por la Fiscalía General de la Nación, dada la independencia a la que se ha hecho referencia y adicionalmente porque las mismas cobijan a las otras disciplinadas. [...] sobre la presunta declaratoria de no responsabilidad de la Nación por la muerte del menor (...) por parte de la jurisdicción contencioso administrativa (...) el proceso disciplinario la razón de ser de la falta disciplinaria es precisamente la infracción de los deberes

cuya observancia corresponde al funcionario público y en este caso procedía la imposición de una sanción disciplinaria al advertirse que (...) omitió el cumplimiento de sus funciones como defensora de familia, con lo cual se generó la afectación de derechos fundamentales del pequeño (...) que gozaban de protección constitucional prevalente según el artículo 44 constitucional. Tal omisión en el cumplimiento sus funciones, surgió producto de su propio arbitrio personal de la servidora al no haber adoptado la medida de protección que reclamaron con angustia los familiares del menor [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Los derechos consagrados a favor de los niños, niñas y adolescentes demandan trato especial en el actuar de los servidores públicos para garantizar su efectiva protección?

Tesis 3: “[...] el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevalente y superior del menor, tal como se desprende del artículo 44 constitucional que consagró que «los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás», lo cual indica que la protección integral de sus derechos debe hacerse efectiva a través del principio del interés superior de los niños. Este principio constituye, por tanto, un criterio hermenéutico para la aplicación de todas las normas constitucionales y legales relativas a sus derechos [...] debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional por ser una «población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación» [...] además del incumplimiento de los deberes por parte de la demandante, también se hicieron evidentes las numerosas irregularidades en que se incurrió en la Regional Antioquia del ICBF, tanto en el reparto de competen-

cias como en los lineamientos de atención, tal como se desprende de las pruebas recaudadas, específicamente de las declaraciones de las mismas servidoras que laboran en dicha entidad, quienes pusieron en evidencia que se pueden presentar en otros casos. [...] la falta de rigurosidad y claridad con que se atienden los casos de los menores reportados en situación de desprotección (...) escenario que pone en evidencia la gravedad de las irregularidades en la atención del menor pues existía certeza del grave maltrato físico y emocional del que era objeto, lo que exigía actuar conforme con lo señalado por el Decreto 2737 de 1989 y realizar un riguroso seguimiento a su caso en tanto que la misma persona con la que convivía era el causante del maltrato. [...] Tales anomalías se refieren al abordaje de la atención a los usuarios, el seguimiento a los casos de los niños

y niñas en situaciones irregulares o en abandono, el seguimiento a los asuntos remitidos por las comisarías y los hospitales y la posible negligencia de funcionarios para asumir las competencias otorgadas por la ley, imponen la necesidad de compulsar copias de las presentes actuaciones a la Procuraduría General de la Nación, para que en ejercicio de su función de veeduría verifique si esas mismas situaciones se siguen presentando en la actualidad. [...] en atención a que este no es el primer caso que conoce esta Subsección, sobre un fatídico hecho como el que nos ocupa, donde un menor en situación irregular necesitó de la medida de protección y donde finalmente terminó siendo asesinado por su progenitor, se impone ordenar al Director Nacional del ICBF para que remita con destino a la Procuraduría General de la Nación los siguientes documentos [...]”.

Perspectiva de género. Sustitución pensional de las parejas del mismo sexo. Derecho a la igualdad de las personas sexualmente diversas. Garantía de no repetición. Compatibilidad de la pensión gracia y pensión de jubilación. Control de convencionalidad y aplicación del bloque de constitucionalidad. Obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los derechos humanos y garantía de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas.

RADICADO: 54001-23-33-000-2017-00168-01(6177-2018)

FECHA: 18/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jorge Édgar Rodríguez Salas

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandante cumple con los requisitos de convivencia y dependencia económica previstos en el Decreto 1160 de 1989 para acceder a la sustitución de la pensión de jubilación con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente?

Tesis 1: “[...] la sustitución pensional es una institución legal creada para brindar de protección a los familiares de la persona fallecida con el fin de mantener las condiciones económicas y garantizar al núcleo familiar la estabilidad necesaria para continuar viviendo en circunstancias dignas, en otras palabras, su objetivo es mantener la seguridad económica de los beneficiarios del pensionado fallecido. Al respecto, la citada Ley 71 de 1988 recogió los derechos mínimos en materia de sustituciones pensionales en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las Entidades de Previsión Social del Sector Público en todos sus niveles. [...] en su artículo 3 extendió las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12

de 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985, en forma vitalicia al conyugue supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado fallecido. [...] el Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, precisó los casos en los que resulta procedente la sustitución del derecho pensional, los beneficiarios de la misma, la cuantía y porcentaje correspondiente de acuerdo al orden sucesoral, y la forma de probar la calidad bajo la cual se acude. [...] si el compañero permanente pretende acceder a la sustitución pensional deberá acreditar su calidad, esto es, que hizo vida marital con el causante un año antes de su muerte y que dependía económicamente de él. Sobre el derecho a la sustitución pensional entre parejas del mismo sexo, la Sala de Subsección advierte que mediante sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008 (...) la Corte Constitucional (...) indicar que no existe en el ordenamiento jurídico

norma que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes. [...] En ese orden de ideas (...) la Sala estima que las parejas del mismo sexo tienen igual derecho a la sustitución pensional que las parejas heterosexuales por cuanto no existe justificación constitucional o legal en el ordenamiento jurídico colombiano que avale el trato diferenciado hacia las personas que, por ejercer su libre desarrollo de la personalidad y la libertad de opción sexual se decidan por conformar una pareja homosexual como sucede en el caso en concreto. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Son compatibles la pensión gracia y la pensión de jubilación para efectos de la sustitución pensional?

Tesis 2: “[...] En cuanto a la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión de jubilación, el ordinal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso: «Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar a cargo total o parcial de la Nación.» [...] la pensión gracia sí es compatible con la pensión de jubilación por expresa disposición legal, de modo que es una excepción al artículo 128 de la Constitución Política que se extiende a los beneficiarios de la sustitución pensional pues no existe norma que prescriba lo contrario, posición que ha sido consistente en esta Corporación en reiterada jurisprudencia. [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Qué tipo de medidas existen para evitar la reiterada vulneración de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas y garantizar efectivamente sus derechos?

Tesis 3: “[...] sobre la evidente transgresión a los derechos fundamentales del demandante con sustento en un argumento manifiestamente inconstitucional y discriminatorio, la Subsección recuerda que el control de convencionalidad se creó en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con el propósito de contar con un instrumento efectivo para la defensa de los derechos y los principios democráticos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos, a los que resultan sujetas todas las autoridades de los estados que la ratifican, incluidos los jueces en cumplimiento del mandato constitucional de sometimiento al imperio de la Constitución y de la ley. En el ámbito del bloque de constitucionalidad, en el derecho colombiano se encuentran incorporadas las normas sobre derechos fundamentales y desde esa perspectiva en el contexto de la reparación integral a las víctimas, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63.1. dispone la reparación integral. [...] la garantía de no repetición está conformada por las acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa. Igualmente, se ha establecido que tal garantía está relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los DDHH a través de medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que permitan la protección de los derechos. En las garantías de no repetición, el Estado debe adoptar proyectos y programas que comprendan acciones afirmativas, económicas y políticas, cuando las violaciones graves y manifiestas a las normas

Internacionales de Derechos Humanos ya se han consumado, con el fin de que las víctimas no vuelvan a sufrir estas violaciones. Estas medidas están encaminadas también a definitivamente modificar dispositivos y conductas que promuevan tales violaciones, al cese de los grupos armados ilegales, y al desarrollo de políticas de protección y promoción de los derechos humanos. [...] la Sala de Subsección rechaza cualquier acto discriminatorio contra la población vulnerable LGTBI y particularmente la discriminación ejercida por la entidad demandada (...) por lo tanto, como garantía de no repetición a estos hechos, se ordenará a la entidad demandada que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus emplea-

dos sobre diversidad sexual y protección de los derechos de la población LGTBI frente al acceso de los derechos pensionales. Lo anterior con el propósito de no incurrir nuevamente en los hechos que dieron origen al presente proceso, el cual dilata de forma flagrante la justicia al justificar la negativa a una sustitución pensional por una razón que claramente es inconstitucional y contraria al artículo 24 de la Convención. [...] Lo expuesto en precedencia pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la garantía de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas, más aún cuando la misma Carta Política de 1991 estableció un régimen jurídico esencialmente inclusivo, en el cual debemos caber todos los habitantes del territorio nacional”.

Sustitución pensional en parejas del mismo sexo. Vulneración del derecho a la igualdad de las personas sexualmente diversas. Obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los derechos humanos y garantía de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas. Control de convencionalidad y aplicación del bloque de constitucionalidad.

RADICADO: 25000-23-42-000-2012-00038-02[3759-2015]

FECHA: 15/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Álvaro Casadiego López

DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República [Fonprecon]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿El demandante, en su condición de compañero permanente del señor (...) (q. e. p. d.), tiene derecho a que Fonprecon le reconozca el retroactivo de la sustitución pensional, sin limitación o discriminación fundamentada en motivos de orientación sexual, desde el día siguiente al del fallecimiento del causante (28 de julio de 1993)?

Tesis 1: “[...] En cuanto al sistema de seguridad social en pensiones para parejas del mismo sexo, a través del fallo C-336 de 2008, el máximo Tribunal Constitucional declaró la exequibilidad de algunas expresiones que se refieren a «la compañera o compañero permanente» o al «cónyuge o la compañera o compañero permanente», contenidas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, en la forma como fueron modificados por la Ley 797 de 2003, «en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales». Lo an-

terior, con fundamento en el mandato constitucional que prohíbe otorgar tratos discriminatorios (artículo 13 de la C. P.), en armonía con la garantía de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 12 y 16 de la C. P.), en su faceta de la libre opción sexual. La Corte Constitucional (i) señaló que la imposibilidad de una persona de acceder a la pensión de sobrevivientes de la pareja «fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja», y (ii) reiteró que no existen razones objetivas y suficientes para mantener un trato diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Luego, reafirmó (i) el precedente establecido en cuanto al acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de las parejas del mismo sexo, en aquellos casos en los que los regímenes especiales no lo

consagren expresamente, y (ii) que la Constitución Política de 1991 valora la diversidad y pluralidad dentro de una comprensión de la sociedad que reconoce la realidad homosexual (sentencia T-1241 de 2008). [...] Dentro de este grupo de decisiones, resulta pertinente destacar el fallo T-051 de 2010, que detectó la burocracia administrativa a la que eran sometidas las personas que querían acceder a la pensión de sobrevivientes de sus parejas fallecidas del mismo sexo, la cual comporta frecuentemente los siguientes obstáculos: «(i) la aplicación de norma inaplicable; (ii) la exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) la interpretación contraria a la Constitución; (iv) la aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; y (v) la inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad». En esta providencia, la Corte Constitucional dictó un grupo de órdenes con efectos inter comunis, es decir, extensivas a todas las personas homosexuales que se encontraran en las mismas o en similares situaciones y pretendieran hacer efectivo su derecho a acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en iguales condiciones en que lo hacen las parejas heterosexuales. [...] en relación con la aplicación de la sentencia C-336 de 2008 en el tiempo, la Corte Constitucional puntualizó que ese pronunciamiento tiene efectos retrospectivos, por cuanto puede modificar situaciones en curso originadas en el pasado. Explicó que el hecho de que la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo haya acaecido antes de la notificación de la sentencia C336 de 2008 no constituía una razón admisible para negarle al miembro superviviente la pensión de sobrevivientes [...] los órganos de las Naciones Unidas han insistido que es ilegal hacer cualquier distinción en materia de derechos de las personas por el hecho de que sean lesbianas, gay, bisexual o transgénero (LGBT) [...] resulta pertinente mostrar que el demandante acudió al Comité de Derechos Humanos

de Naciones Unidas, porque sufrió, por parte del Estado colombiano, discriminación por razones de su orientación sexual, en la medida en que la legislación interna es excluyente, lo que le ha (i) evitado, pese a todos los recursos y acciones intentados (administrativos, tutelas, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, etc.), acceder a la sustitución pensional de su pareja permanente del mismo sexo, y (ii) puesto en riesgo su subsistencia y calidad de vida. [...] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación (i) es inseparable de la dignidad esencial de la persona y (ii) en el marco del derecho internacional, ha ingresado en el dominio del *ius cogens* por lo que sobre éste permea todo el ordenamiento jurídico. También ha establecido un estándar de protección sobre tres premisas: (i) la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (ii) no es necesario que exista un consenso sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales para protegerlas, y (iii) basta con constatar que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta la orientación sexual de la persona para establecer que esa identificación de la orientación sexual viola el principio de igualdad [...] resulta oportuno enfatizar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados Parte deben (i) abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación jurídica o de hecho, (ii) adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas, y (iii) brindar una especial protección en cuanto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias. [...] el demandan-

te (...) fue víctima de un ilícito internacional de carácter continuo que fue evidenciado y declarado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en el Dictamen Comunicación 1361/2005, el cual se perpetró porque la administración, en 1995, negó la sustitución pensional con fundamento en una medida discriminatoria (...) como aún no ha cesado el ilícito internacional en el caso del demandante, lo que corresponde en esta instancia es ponerle fin, ordenando las medidas necesarias para asegurar su extinción, así como (i) la reparación integral de los daños que afrontó la víctima como consecuencia de la desigualdad y discriminación de que fue sujeto y (ii) las garantías de que los procedimientos descritos no se repetirán. [...] Para la Sala es claro que, como aún no ha cesado el ilícito internacional en el caso del demandante, lo que corresponde en esta instancia es ponerle fin, ordenando las medidas necesarias para asegurar su extinción, así como (i) la reparación integral de los daños que afrontó la víctima como consecuencia de la desigualdad y discriminación de que fue sujeto y (ii) las garantías de que los procedimientos descritos no se repetirán. Este fallo pretende así, no sólo asegurar el cumplimiento por parte del Estado colombiano de la obligación de no discriminación, a la luz de las normas antes señaladas del derecho internacional de los derechos humanos, sino, también, realizar materialmente el principio constitucional de igualdad en atención a su rol dentro del ordenamiento jurídico de nuestro estado social de derecho y a su naturaleza imperativa (jus cogens) en el ámbito internacional. Todo lo anterior permitirá además, cesar integralmente el hecho internacionalmente ilícito causado por el Estado colombiano respecto del señor (...) a través del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional. Ahora

bien, para reparar adecuadamente al antes nombrado por el ilícito internacional de carácter continuado de que fue sujeto, como mínimo, hay que reconocerle el retroactivo de la sustitución pensional desde el día siguiente en que falleció su compañero permanente (28 de julio de 1993) hasta el 12 de junio de 2008, pues, a partir de dicha fecha, Fonprecon hizo efectiva la aludida prestación (Resolución 1149 de 12 de octubre de 2011), bajo el entendido errado de que el derecho nació con la ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008, lo cual, como ya se vio, a la luz de los compromisos internacionales adquiridos y los preceptos del estado social de derecho colombiano, reproduce el trato desigual y discriminatorio. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que negó pretensiones para, en su lugar, declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 498 de 18 de abril y Resolución 770 de 17 de junio de 2011, a través de las cuales se le reconoció al señor (...) la sustitución pensional a que tenía derecho a partir del 13 de junio de 2008 (fecha de ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008), para, en su lugar, ordenar que la efectividad de dicha prestación sea desde el día siguiente al del fallecimiento de su compañero (...) (q. e. p. d.) [28 de julio de 1993] con los ajustes correspondientes, tal como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso análogo (Ángel Alberto Duque vs Colombia) [...].”

Problema jurídico 2: ¿Qué tipo de medidas existen para evitar la reiterada vulneración de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas y garantizar efectivamente sus derechos?

Tesis 2: “[...] en este caso no se pudo soslayar que el actor (i) fue pionero en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, (ii) afrontó todos los obstáculos administrativos y judiciales posibles en la consecución de su derecho prestacional, los cuales aún persisten, (iii) acudió

al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano de expertos que evidenció, en su caso, la violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispuso la revisión de su caso sin discriminación alguna, e instó al Estado colombiano a «adoptar medidas para impedir que se cometan [transgresiones] análogas», todo lo cual fue soslayado, (iv) fue revictimizado con la omisión descrita en el numeral que antecede y con la sustitución pensional que finalmente se le reconoció de forma limitada, después de más de 16 años de insistencia y perseverancia, (vi) ha sido referenciado internacionalmente (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos), y (vii) finalmente, murió sin lograr la plena satisfacción de la prerrogativa económica que le asistía. [...] Lo expuesto, hace imperioso adoptar medidas de reparación no pecuniarias que contribuyan de algún modo a (i) superar algunos obstáculos que afrontó en vida el accionante, y (ii) materializar, en debida forma, lo que dispuso el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Dictamen Comunicación 1361/2005. -. La realización, en cabeza del Director de Fonprecon de un acto público de aceptación de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria del señor (...) donde se exalte el rol preponderante que tuvo en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, con la presencia de sus familiares. Lo anterior, siempre que los últimos así lo convengan. -.La construcción, por parte de la entidad demandada, de un instructivo que (i) identifique los obstáculos que aún afrontan las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes, (ii) adopte medidas para conjurarlos, (iii) incluya las obligaciones internacio-

nales adquiridas por el Estado y que desarrollan garantías de igualdad y no discriminación, (iv) oriente y sirva de capacitación obligatoria a los servidores encargados de verificar la procedencia o no de los reconocimientos prestacionales, y (v) de muestra de que lo acontecido en este caso no volverá a repetirse. -. Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada su difusión y publicación por medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo. La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. -. Como consecuencia de esto, se remitirá copia auténtica de esta sentencia (i) a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías-Asofondos con la finalidad de que sea replicada y sirva para corregir prácticas que aún menoscaban derechos con fundamento en la orientación sexual de las personas, (ii) a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que sea utilizada como material de formación de servidores judiciales, y (iii) al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas, en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales, la pongan en conocimiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia [...].”

Omisión de medida de protección de comisaria de familia contra violencia intrafamiliar. Muerte de la querellante. Sanción disciplinaria. Violencia institucional. Perspectiva de género. Exhorto.

1089

RADICADO: 15001-23-33-000-2016-00615-01 [3897-2019]

FECHA: 28/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: María Esperanza Niño Bustamante

DEMANDADO: Nación – Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se incurrió en conducta disciplinable por parte de la comisaria Tercera de Familia de Tunja al omitir dictar medida de protección en atención a la solicitud presentada por la víctima de agresiones físicas, verbales y psicológicas provenientes de su cónyuge y quien falleció 2 días después de la presentación de la petición por conducta imputable al querellado?

Tesis 1: “[...] En criterio de la Sala, revisado el procedimiento y sin inmiscuirse en la potestad valorativa que tiene el investigador disciplinario, siempre y cuando esté dentro de un grado de razonabilidad, encuentra que evidentemente la actuación de la demandante fue ligera en relación con el asunto que se le puso en conocimiento, pues, como mínimo, en entrevista privada con la víctima debió indagar sobre los antecedentes de maltrato que padeció y, en todo caso, no es razonable que ante las visitas recurrentes a esas comisarías territoriales no hubiese indagado sobre ellas, máxime cuando la víctima, en su escrito de «SOLICITUD DE MEDIDA DE PROTECCIÓN, LEY 575 DE 2000, LEY 294 DE 1996», expresamente manifestó «ES UNA PERSONA MUY AGRESIVA, TENGO EVIDENCIAS ANTERIORES» (las mayúsculas de ambas frases son del texto original). Ahora bien, la autoridad disciplinaria observó el debido proceso

y valoró las situaciones que vuelve a aducir en esta instancia de control judicial, como son la insuficiencia de recursos logísticos y estructurales, la inexistencia de una red informática con los antecedentes de los agresores y su autonomía funcional como comisaria de familia, además de las ya indicadas, sin embargo, estas circunstancias resultan fútiles ante el catastrófico desenlace ocurrido en la humanidad de la señora (...). Pero lo que suena aún más ilógico, por decir lo menos, es que la demandante aduzca que el homicidio lo ocasionó la víctima por llegar a altas horas de la noche, cuando soslayó «las recomendaciones de convivencia», con lo que denota un evidente sesgo exculpatorio e indolente ante la evidente negligencia en su actuar. En otras palabras, como los servidores públicos son responsables por acción, omisión o extralimitación en sus funciones, para la Sala no existe duda de que la actora omitió «dar aplicación a las medidas definitivas de protección establecidas en el artículo 5º. de la Ley 294 de 1996, tendientes a impedir la posibilidad de nuevas agresiones a la víctima de violencia intrafamiliar», pues, se insiste, la misma solicitante puso en antecedentes a la demandante y con la entrevista, si se hubiese interesado en proteger a la víctima y si en la correspondiente entrevista se hubiese interesado en proteger a la víctima y no en dar credibilidad a la versión del mitóma-

no agresor de la hoy occisa, hubiese cumplido su función de manera adecuada. No se puede vaticinar que se le salvara la vida a la señora (...) (q. e. p. d.), pero sí que el Estado hubiese brindado una atención oportuna, pertinente y eficaz ante su situación de vulnerabilidad.(...) Para la Sala lo que la señora (...) (q. e. p. d.) padeció, además del maltrato propinado por su cónyuge agresor, fue la denominada «violencia institucional» por parte del Estado, a través de la comisaria de familia, al otorgar una escasa o nula respuesta ante el pedimento de protección como mujer con el fin de obtener una vida libre de violencia.(...) En otros términos, la demandante como comisaria de familia y representante de la institucionalidad, estaba llamada a defender los derechos consagrados constitucionalmente y sancionar su vulneración; y dada su omisión en brindar una respuesta eficaz frente a la situación de maltrato físico y psicológico que padecía la demandante, que ya estaba desbordado, en unas pocas horas (menos de 37) la peticionaria fue asesinada por múltiples heridas ocasionadas por su cónyuge agresor, quien la apuñaló sin piedad [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Es indispensable juzgar con perspectiva de género para la protección del derecho a la vida, la salud y el bienestar en casos de violencia intrafamiliar contra la mujer?

Tesis 2: “[...] Lo que sí observa la subsección es que la demandante, como representante de la institucionalidad y llamada a promover y proteger los derechos de la mujer víctima, en aras de procurar una vida libre de violencia, en condiciones de igualdad, no ejerció su función de manera adecuada y, por su omisión, ocurrió un perjuicio mayor. Empero, para la Sala en asuntos como este resulta indispensable juzgar con «perspectiva de género», con el fin de que se haga una discriminación positiva en relación con las mujeres, como la víctima aquí relacionada, quien obtuvo un manejo ligero ante su situación, se le desconoció su condición de debilidad manifiesta y se le negó

una respuesta institucional eficiente y eficaz. Así las cosas, la Sala no puede obviar el manejo realizado por la comisaría de familia, que tiene el deber de proteger y resguardar la vida, salud y bienestar de las mujeres, por ello es pertinente introducir ese enfoque diferencial para disminuir las tasas de feminicidios y de violencia familiar en su contra, máxime cuando en su labor de garantes de los derechos de las víctimas se encuentran con situaciones que ameritan un tratamiento distinto [...]”.

Problema jurídico 3: ¿La omisión de protección de la mujer como víctima de la violencia de género ocasiona violencia institucional por parte de la comisaria de familia, que debe ser corregida con la adopción de políticas públicas a través del Ministerio de Justicia y del Derecho?

Tesis 3: “[...] Estamos ante el concepto de violencia institucional, porque hubo una omisión del Estado, por la ineficiente e ineficaz respuesta a la situación de violencia de género que sobre la víctima recaía (letra c del artículo 2 de la Ley 248 de 1995). Por tanto, esta Corporación, como lo ha hecho en otras decisiones, rechaza situaciones como la aquí acontecida y, en aplicación del deber de adoptar políticas públicas con el fin de luchar contra la violencia de género conforme al artículo 7º, letras a), b) y f) ibidem, emitirá las correspondientes exhortaciones para que se adopten los respectivos correctivos. Para la Sala, resulta claro que estamos ante una situación que ameritaba un tratamiento diferente, pues las medidas de protección para las mujeres deben ser suficientes y adecuadas y, en todo caso, no deben sufrir violencia intrafamiliar y, por ende, se emitirán recomendaciones para que el Estado, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, proceda a realizar implementaciones y capacitaciones sobre el manejo de las medidas de protección que deben ordenar los comisarios de familia y procurar que dichos funcionarios tengan acceso a una red de información que incluya antecedentes, denuncias, quejas y medidas de protección solicitadas a nivel nacional respecto de los querellados [...]”.

Nulidad del acto administrativo que sancionó con suspensión e inhabilidad especial a capitana de la policía nacional por violación al debido proceso. Perspectiva de género. Mujer en crisis emocional.

RADICADO: 25000-23-42-000-2015-03893-01 [1914-2020]

FECHA: 11/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Tania Rocío Rodríguez Salomón

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos a través de los cuales se sancionó disciplinariamente a la demandante con suspensión e inhabilidad especial por el término de doce meses, conforme a la falta grave prevista en el numeral 10.º del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, concerniente a «Incumplir, modificar, desautorizar, eludir, ejecutar con negligencia o tardanza, o introducir cambios, sin causa justificada, a las órdenes o instrucciones relativas al servicio», en su condición de capitana de la Policía Nacional, se encuentran viciados de nulidad por haberse expedido con violación al derecho al debido proceso?

Tesis: “[...] Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de las autoridades disciplinarias, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse, presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adopta-

das por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso. (...) De las conductas imputadas a la demandante y las conclusiones a las que arribó la inspección delegada regional de policía cinco de Cúcuta (Santander), confirmada en segunda instancia, por el inspector general mayor regional de la Policía Nacional, no está demostrado el incumplimiento a una orden concreta, específica y puntual relacionada con el servicio.(...) Ahora bien, dentro del procedimiento disciplinario no se acreditó que la demandante no estuviera presta a cumplir su turno de disponibilidad, por el contrario, conforme a las asignaciones que tenían los alumnos, las primeras actividades corresponden a actividades físicas y de acondicionamiento corporal, en el que no aparece algún rol a ella asignado; empero, sí se comprobó que estuvo pendiente de la realización del polígono, de acuerdo con el testimonio del intendente (...), quien se entrevistó con la actora antes de que se iniciara. En otros términos, para la subsección también está claro que la accionante debía estar a las 8:00 a. m. para la realización de actividades de polígono, las que, por tratarse del manejo de armas de fuego, son de alto riesgo y la presencia de los oficiales de

turno son indispensables. De ahí que el capitán a cargo de la actividad requiriera la presencia de la demandante en su condición de oficial de turno y ante la presunta omisión en hacerse presente, este le llamara la atención de manera verbal y le solicitara que se retirara. Sin embargo, ni el capitán a cargo de la actividad del polígono ni los investigadores disciplinarios tuvieron en cuenta que la demandante estaba en incapacidad psicológica de suplir el turno, por encontrarse bajo depresión, como lo declaró la señora (...) y lo dictaminó la psicóloga (...). En efecto, la demandante al momento de ser requerida para la realización del polígono estaba bajo depresión, pues presentaba llanto incontrolable, producto de una sensación de persecución en su contra (cuya existencia no es objeto de debate en este proceso), como lo afirmó ella, lo ratificó la señora (...) y lo dictaminó la psicóloga que la atendió ese día. Se destaca el dicho de la profesional en psicología (...), que indicó que a la encartada el 5 de febrero de 2014, luego de atenderla, le dictaminó que tenía «una crisis emocional, estaba llorando [...] la situación se estaba generando porque habían problemas con los oficiales [...] se generó el informe al director de la escuela donde se hacían recomendaciones sobre la situación actual laboral entre los oficiales, de igual forma se informó que la Capitán se encontraba en una crisis emocional la cual debía ser revisada allá en la escuela». Así las cosas, carece de fundamento la sanción impuesta a la demandante pues simplemente no se le puede endilgar el incumplimiento de una orden a quien no está en capacidad de cumplirla. En otras palabras, la actora, pese a que tenía, ab initio, la intención de atender las labores a ella asignadas, por su crisis emocional, no podía ni debía estar en esas actividades de alto riesgo. (...) En este asunto ocurrió que ante el estado mental alterado de la actora, se le hizo un llamado de atención a gritos frente al escarnio de los alumnos y, posteriormente, se prosiguió

con investigaciones penales y disciplinarias, eso sí, dejó de lado la opinión de la psicóloga, con el argumento deleznable de que su perturbación psíquica solo se valoró después de que debió cumplir el horario; se insiste, si carecía del control de sus emociones, no se le podía exigir el cumplimiento de horarios ni mucho menos de obligaciones de alto riesgo, como el manejo del armamento en un polígono. Como se lee, la sanción impuesta fue producto de la exégesis, por lo que resulta injusta, desproporcionada y arbitraria, pues no tuvo en cuenta la situación psicológica de la demandante al estar sometida a una «crisis emocional». [...]».

Problema jurídico 2: Desde la perspectiva de género, ¿carece de fundamento la sanción disciplinaria de suspensión del cargo de la capitana de la Policía Nacional en atención a su estado mental?

Tesis 2: “[...] Carece de fundamento la sanción impuesta a la demandante pues simplemente no se le puede endilgar el incumplimiento de una orden a quien no está en capacidad de cumplirla. En otras palabras, la actora, pese a que tenía, ab initio, la intención de atender las labores a ella asignadas, por su crisis emocional, no podía ni debía estar en esas actividades de alto riesgo. El anterior aserto cobra mayor valor, si se revisa desde la perspectiva de género, como lo ha precisado esta Sala que debe hacerse, puesto que no resulta razonable que a una mujer con «crisis emocional», se le llame la atención delante de los alumnos, se autorice su retiro porque no estaba en condiciones de prestar el servicio, esta situación sea valorada por el profesional en psicología, quien dictamina su existencia, y, luego, con base en estos mismos hechos se proceda a imponer una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por doce (12) meses. Lo que sí evidencia la subsección es que la demandada, en una escuela de formación de

policiales, en lugar de promover y proteger los derechos de la mujer, le llame la atención en público y en voz alta, no hubiese tenido en cuenta su situación psicológica, sino que, además, solicite un procedimiento disciplinario por la misma situación fáctica respecto de la que ya fue sancionada, porque, a no dudarlo, un llamado de atención frente a los alumnos es una sanción. Para la Sala en asuntos como este resulta indispensable juzgar con «perspectiva de género», con el fin de que se haga una discriminación positiva en relación con las mujeres, como la víctima aquí relacionada, quien, amén de ser mujer, tenía su afectación psicológica que le impedía ejercer su función el 5 de febrero de 2014; empero, la institución policial hizo oídos sordos de esa situación, lo que implica un desconocimiento de su condición de debilidad manifiesta y soslayó la valoración integral que debió realizar del acervo

probatorio y, por ende, la sancionó con 12 meses de suspensión e inhabilidad delante de una ausencia que estaba más que justificada por su estado de salud. La Sala no puede dejar pasar por alto el manejo realizado por sus oficinas disciplinarias, en las que con una exégesis sanciona a mujeres con afectaciones psicológicas, sin tener en cuenta sus condiciones personales; en estos casos sus oficiales tienen el deber de introducir ese enfoque diferencial para evitar situaciones arbitrarias y carentes de fundamento a los grupos desprotegidos y débiles, máxime cuando su accionar se hizo ante los alumnos de las escuelas de formación policial. Para la subsección, la situación ameritaba un tratamiento diferente, porque estábamos ante una mujer que aquejaba una afectación psicológica probada, aparentemente ocasionada por haber denunciado situaciones irregulares en contra de sus superiores [...]”.

Comisión de falta disciplinaria en situación administrativa de permiso. Maltrato físico a la pareja sentimental y violencia de género. Decreto y práctica de las pruebas de terminación de la responsabilidad disciplinaria.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-05298-01 [1967-2021]

FECHA: 19/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Jorge Leonardo Lara Corredor

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, se incurrió en vulneración del derecho al debido proceso y, de conformidad con lo expuesto por el tribunal de primera instancia, el operador disciplinario profirió los fallos con pruebas que, en síntesis, no demostraron, con certeza, el reproche disciplinario efectuado al actor?

Tesis: “[...] la Ley 1015 de 2006, por medio de la cual se profirió el nuevo régimen disciplinario para la Policía Nacional, dentro de la cual se señalan como sus destinatarios, el personal uniformado escalafonado y los auxiliares de Policía que estén prestando servicio militar en la Institución Policial. El artículo 3 ibidem dispone que el personal destinatario de esta ley, será investigado y sancionado por conductas que se encuentren descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente al momento de su realización. Ahora, respecto al derecho al debido proceso, el artículo 5 ibidem, dispone que «El personal destinatario de este régimen será investigado conforme a las leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga, ante funcionario con atribuciones disciplinarias previamente establecido

y observando las garantías contempladas en la Constitución Política y en el procedimiento señalado en la ley. La finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen». [...] en cuanto a las pruebas, el Código Disciplinario Único señaló en su artículo 128, que toda decisión proferida dentro de la actuación disciplinaria debe fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa, correspondiéndole la carga de la prueba al Estado. [...] la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el «conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurrido en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener deci-

siones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas» [...] El artículo 4 de la Ley 734 de 2002, dispone que «el servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización», siendo esta la consagración legal que impone la realización de un proceso de subsunción típica en cada

proceso disciplinario, que implica que el operador determine expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, según como haya sido demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica establecida en la ley que se va a aplicar. [...] la Sala considera que no le asiste razón al a quo, por cuanto resulta claro que la señora (...) sufrió unas lesiones en su cuerpo, producto de una agresión causada por su pareja sentimental, el subteniente (...) teniendo en cuenta lo siguiente: Primero, en las diferentes declaraciones presentadas por la señora (...) esto es, la denuncia interpuesta ante la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional y las declaraciones rendidas bajo juramento dentro de la investigación disciplinaria, su relato fue coherente y consistente en señalar que su pareja, el señor (...) la agredió físicamente y le produjo lesiones en su cara y cuerpo. Segundo, lo anterior fue corroborado con el Reconocimiento Médico Legal realizado en el centro de salud El Salvador de Simijaca, el mismo día de la ocurrencia de los hechos, en el que se concluyó que la señora (...) presentaba lesiones en la cara, ojo, cuello y tórax, consistentes en equimosis y edemas, que le generó una incapacidad de 7 días. Tercero, pese a que los patrulleros que atendieron el caso sostuvieron que no observaron que la quejosa presentara golpes en su cara y cuerpo, esto no desvirtúa lo relatado por ésta, por cuanto, ellos no la examinaron exhaustivamente para llegar a tal conclusión y tampoco tenían la experticia para hacerlo, pues, de ello es competente un médico adscrito al Instituto Nacional de Medicina legal o a un centro de salud, quien fue el que, finalmente, determinó que la víctima sí presentaba una agresión. [...] no es dable señalar que el subteniente (...) no incurrió en la falta disciplinaria endilgada y con ello en el delito de lesiones personales, por considerar que existió falta de prueba y, en consecuencia, duda razonable a favor del

investigado, en tanto que está plenamente demostrado con el dictamen médico legal que la quejosa fue víctima de agresiones físicas por parte de su pareja que conllevó a que fuera incapacitada por 7 días, lo cual se corroboró, se insiste, con el relato detallado, consistente y coherente de ésta en las diferentes declaraciones y denuncias interpuestas y con lo señalado por los patrulleros que asistieron al lugar de los hechos, en tanto que éstos refieren que cuando llegaron, la señora (...) les manifestó que su pareja le había propinado una bofetada, circunstancia que no puede desconocerse por el hecho de que ella no se haya ido con ellos, pues, ante el temor de la víctima ésta decidió quedarse y posteriormente acudir a las

autoridades pertinentes. [...] cabe aclarar que en el proceso disciplinario en el que resultó sancionado el demandante se respetaron las garantías fundamentales al debido proceso y defensa, en tanto: i) el trámite administrativo se adelantó de cara a lo dispuesto en las Leyes 734 de 2002 y 1015 de 2006; ii) se le permitió a la disciplinada ejercer su derecho de contradicción formulando descargos, alegando de conclusión, apelando el fallo de primera instancia, es decir, permitiendo su participación activa ante el operador disciplinario; iii) se efectuó una adecuada individualización de la conducta objeto de reproche; y, iv) la sanción impuesta al accionante atendió a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Reconocimiento de la pensión de sobreviviente a pareja del mismo sexo con fundamento en la libre apreciación probatoria a la luz de la sana crítica, sin que tenga incidencia que el juez de familia niegue la existencia de la unión marital de hecho. Acreditación de convivencia en pareja del mismo sexo.

RADICADO: 54001-23-33-000-2017-00245-01[6142-2019]

FECHA: 19/01/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: Rafael de Jesús Barroso Soto

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho. Lesividad

[ENLACE PARA DESCARGA](#)



Problema jurídico 1: ¿Procede declarar la nulidad del acto administrativo demandado que reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes en favor del servidor público, con fundamento en las sentencias, proferidas en el año 2015 por la jurisdicción de familia, que negaron la existencia de la unión marital de hecho entre este y el pensionado ?

Tesis 1: “La Sala dirá en primer lugar, que ha de tenerse presente que la Administración de Justicia es función pública y que sus decisiones son independientes, al tiempo que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en los términos de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política. Siendo así, no se puede perder de vista que el enfoque y análisis efectuado por los operadores judiciales depende del material probatorio arrimado en cada proceso y por contera, del punto de vista o arista del derecho en discusión. Siendo así el juez contencioso al efectuar el control de legalidad de los actos administrativos acusados de nulidad, deberá apreciar y otorgar el valor probato-

rio al acopio arrimado al proceso, entre ellos a los precedentes judiciales proferidos por otras jurisdicciones, con el fin de adquirir los elementos de juicio suficientes que le sirvan para formarse su convencimiento en aras de emitir la decisión que en derecho corresponda. Por lo anterior, es dable el distanciamiento frente a dichos pronunciamientos, con fundamento en la libre apreciación probatoria a la luz de la sana crítica que la conforman la lógica y la experiencia (...) Es así como en el sub judice, mientras en sede administrativa la Resolución RDP 050444 del 30 de octubre de 2013 reconoció la pensión de sobrevivientes a (...) como una prestación social del Sistema de Seguridad Social, por haber cumplido el requisito de la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento de (...), la jurisdicción de familia analizó el incumplimiento de las exigencias para declarar la unión marital de hecho a la luz de la Ley 54 de 1990, es decir, desde el punto de vista del acuerdo de voluntades cuyo fin primordial es el de la elección de una pareja para vivir juntos, conformar una familia y consolidar un régimen patrimonial.

(...). De allí que para la resolución del caso sub judice, la Sala partirá del presupuesto según el cual la respetable determinación adoptada por la jurisdicción de familia que negó la existencia de la unión marital de hecho no ata ni se constituye en camisa de fuerza -en el caso bajo estudio-, para declarar la ilegalidad de la resolución que reconoció la pensión de sobrevivientes al demandado como lo reclama la UGPP. Lo anterior, en vista de las diferencias de perspectivas y enfoques que están en discusión, pues no se puede perder de vista que mientras el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se debe analizar desde la óptica de la seguridad social en los términos del artículo 48 superior, cuyas implicaciones afectan sin duda el erario público, el reconocimiento de la declaratoria de la unión marital de hecho debe mirarse desde el punto de vista del ámbito particular o privado de la pareja, en el que los intereses públicos o de la comunidad en general no se ven afectados. Ello, porque la unión marital de hecho es producto del derecho libre y voluntario de una pareja, que ha optado por convivir sin que medie el matrimonio, con el fin de compartir su vida, conformar una familia y acrecentar el patrimonio económico. De allí que pueda afirmarse, que la declaratoria de la unión marital de hecho afecta los intereses patrimoniales netamente de la pareja, pero no los del Sistema de Seguridad Social en Salud, contraria a la pensión de sobrevivientes por tratarse de una prestación que será pagada por el Estado, con recursos que previamente le fueron descontados al pensionado. Por lo mismo, el concepto de la convivencia entre la pareja, no obstante tener como presupuesto el mismo supuesto fáctico relativo al requisito de la cohabitación en términos de tiempo al exigir que no puede ser inferior a cinco años, lo cierto es que para dicho reconocimiento se deben cumplir también otros requisitos que deberán ser valorados como el de la solidaridad entre la pareja y el de su permanencia en el tiempo, con

el fin de excluir las relaciones pasajeras o esporádicas. Siendo así, para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes el legislador exigió que el beneficiario acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y, que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años con anterioridad a su muerte, con el fin de evitar reclamaciones ilegítimas evitando a toda costa que sean concedidas de manera ilegal, fraudulenta e injustificada, al no acreditarse una convivencia permanente con compromiso real de vida en pareja. (...) En primer lugar, la Sala destaca que la divergencia de criterios incluso judiciales, no se constituye en causal de nulidad de un acto administrativo en los términos del artículo 137 CPACA”.

Problema jurídico 2: ¿Debe exigirse el mismo rigor probatorio para acreditar la convivencia en una pareja heterosexual que a una pareja del mismo sexo, para efecto del reconocimiento de la pensión de sobreviviente?

Tesis 2: “[...] se ha considerado que no se puede tratar con el mismo rigor las exigencias probatorias para demostrar la convivencia en parejas heterosexuales frente a las del mismo sexo, por cuanto resulta incuestionable que en las más de las veces estas parejas mantienen sus relaciones de manera oculta dado el veto social, laboral e incluso familiar al que han sido sometidas. (...) Por tanto, resulta insoslayable que la UGPP en la Resolución 44515 del 25 de septiembre de 2013, revocada con acierto a través de la Resolución RDP 050444 del 30 de octubre de 2013 (acto objeto de la presente acción de lesividad), le hubiera negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al señor(....) con el argumento de que no hacía parte del grupo familiar del causante y que ello desvirtuaba la convivencia con (...), ya que dicha postura resulta obtusa al desconocer la realidad acerca de las prevenciones y cuestionamientos de los que aún siguen siendo objeto las

parejas del mismo sexo. No se puede desconocer, que estas relaciones hasta época reciente, es que han comenzado a reclamar sus derechos jurídicamente ante las distintas autoridades públicas y privadas, razón ésta que seguramente incidió para que el señor (...) no hubiera ingresado en su momento a su pareja, como beneficiaria del sistema de seguridad social integral. Por otra parte, de acuerdo con la regulación legal que reglamenta la pensión de sobrevivientes y de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, sí se encuentra acreditada la convivencia por más de cinco años contados entre el periodo 2008 al 2013 sostenida entre el demandado señor (...) y el causante (...) antes de su fallecimiento. Lo anterior, por cuanto como ya se ha puesto de presente tanto en las declaraciones extra juicio como en los testimonios rendidos por dos de las declarantes dentro del trámite contencioso, las cuales sin duda alguna aportan mayor credibilidad al rendir sus dichos de forma directa y personal ante el juez de primera instancia bajo el apremio de la gravedad del juramento, fueron contestes todos los declarantes en coincidir acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la convivencia entre la pareja, al comportarse como cualquiera otra de sexos distintos, que compartieron el mismo techo de manera singular, al declarar que lo hacían de manera conjunta en las dos viviendas a donde compartían lecho y mesa. Resulta innegable entonces que, en el caso bajo examen, se está ante una relación *sui generis* pero que no se opone a los estándares del concepto de familia que debe evolucionar y ser dinámico, por tener que ajustarse a las necesidades de las parejas de cara a los vetos sociales, esto por cuanto al tratarse de la convivencia de personas del mismo sexo es probable que voluntariamente la pareja conformada por los señores (...) y (...), hubiese adoptado el anterior esquema de cohabitación. Por tanto, a juicio de esta Sala,

el término “bajo el mismo techo familiar” no debe mirarse en términos absolutos en cuanto a un único hogar en una sola vivienda, como quiera que dicho esquema ha sido superado en vista de que los modelos de hogar han cambiado, lo que no deslegitima la estabilidad de su permanencia en la relación de pareja que en el presente caso mantuvieron por décadas los señores (...) contraria a la apreciación de la demandante, la Sala vislumbra que entre la pareja existió una verdadera intención de conformar una familia *sui generis*, al punto que se acreditó que tanto el causante (...) como el demandado (...), no conformaron cada uno por aparte hogares distintos ni procrearon hijos, lo que evidencia que su proyecto fue de vida en común, se insiste no obstante la peculiar forma de convivencia adoptada por la pareja al no habitar bajo un solo y único domicilio sino en el de los dos. (...) Finalmente, la Sala no puede pasar inadvertidas las consecuencias que acarrearía la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, dadas las particularidades que tiene el demandado debido a su condición física -como persona en situación de discapacidad por su limitación auditiva y verbal- además de contar con 64 años de edad a la fecha de la presente decisión judicial, factores que sin duda alguna le restringen -mas no impiden- su manutención por sus propios medios. De tal manera que no se accederá a las pretensiones de nulidad deprecadas, por cuanto en primer lugar, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuado en su momento por la UGPP se ajustó a los requisitos legales según se analizó en el acápite 2.5.2. *ut supra* y, en segundo término, porque la mesada percibida por el demandado hace parte de su mínimo vital, de allí que al revocársela se le estarían vulnerando derechos fundamentales superiores como el de la salud y seguridad social entre otros, aspecto frente al cual no puede ser ciego el juez de lo contencioso administrativo [...].”

DEMANDAS DE NULIDAD Y SOLICITUDES DE SUSPENSIÓN DE NORMAS

Se declaró la nulidad del Acuerdo 06 de 2006, por medio del cual el Concejo Municipal de Chía ordena reorganizar la Personería de dicho ente territorial, así como modificar y adoptar su estructura y su planta de personal, por no elaborarse previamente el estudio técnico que motive y justifique tales decisiones.

RADICADO: 25000-23-24-000-2007-00203-02{3756-2015}

FECHA: 19/01/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Rafael Humberto Jiménez Martínez

DEMANDADO: Municipio de Chía - Concejo Municipal de Chía

MEDIO DE CONTROL: Acción de nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El Acuerdo 06 de 2006, por medio del cual el Concejo Municipal de Chía ordena reorganizar la Personería de dicho ente territorial, así como modificar y adoptar su estructura y su planta de personal, debía estar precedido de un estudio técnico?

Tesis 1: “A las personerías municipales sí se les aplican las «normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública» contenidas en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios. En consecuencia, las modificaciones a sus plantas de personal y las supresiones de sus cargos deben estar obligatoriamente precedidas del estudio técnico que justifique y motive dichas determinaciones, como lo exige las referidas normas. Examinado en su integridad y con detenimiento el acto administrativo demandado, esto es, Acuerdo No. 06 del 19 de diciembre de 2006, «por medio del cual se reorganiza la Personería Municipal de Chía, se modifica y adopta su estructura, la planta de personal y se dictan otras disposiciones», no encontró la Sala en ninguno de sus apartados que se hiciera referencia al cumplimiento del mencionado requisito. De igual

modo, estudiado en su totalidad el expediente tampoco se encontró si quiera copia simple del estudio técnico que soportase motivadamente la modificación a la planta de personal y la supresión de cargos. (...). La Ley 1551 de 2002 fija las pautas para determinar la naturaleza de los empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, resaltándose que al precisar cuáles serían estos últimos no se contemplan los simples profesionales universitarios y auxiliares administrativos. Adicionalmente, en el presente caso resulta virtualmente imposible realizar cualquier análisis en torno a la justificación que tuvo el Consejo Municipal de Chía para clasificar como de libre nombramiento y remoción a todos los empleos de la planta de personal de la Personería de dicho ente territorial, ello ante la ausencia comprobada del estudio técnico correspondiente, que explique, justifique y motive el alcance de las decisiones contenidas en el Acuerdo No. 06 del 19 de diciembre de 2006, «por medio del cual se reorganiza la Personería Municipal de Chía, se modifica y adopta su estructura, la planta de personal y se dictan otras disposiciones», relativas a los cargos a crear o modificar [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La omisión del certificado de disponibilidad presupuestal en el proceso de reestructuración de la planta de personal de la Personería Municipal de Chía hecho bajo el Acuerdo 168 de 2012 vicia de validez el referido acto?

Tesis 2: “De acuerdo con el párrafo 3 del artículo 44 y la Ley 909 de 2004, cuando se supriman empleos ocupados por empleados públicos con derechos de carrera, y con el fin de prever el pago de indemnizaciones a que hubiere lugar, la entidad debe contar con la disponibilidad presupuestal correspondiente,

que asegure la efectiva cancelación del mencionado beneficio laboral. La Sala encuentra que tal como lo sostiene el a quo, no existe prueba alguna que evidencie que en el marco del proceso de reestructuración de la planta de personal de la Personería Municipal de Chía, se hubieren previsto las disponibilidades presupuestales exigidas por el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, para costear las indemnizaciones a que hubiere lugar con ocasión de las supresiones ordenadas. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sección unánime ha sido del criterio que dicha exigencia es puramente adjetiva, y su carencia no afecta la validez del acto [...]”.

Se declaró la nulidad del aparte «no mayor de sesenta y cinco (65) años» contenida en el artículo 83, numeral 2.º del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, así como del artículo 102, numeral 7.º, del mismo decreto, por extralimitación reglamentaria del Ejecutivo, pues la imposición de una edad de retiro forzoso y los requisitos y prohibiciones para concursar y ser designado curador urbano corresponden al legislador.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00942-02[2905-2014]

FECHA: 09/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jairo Benjamín Villegas Arbeláez

DEMANDADO: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

MEDIO DE CONTROL: Acción de nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El ejecutivo excedió la facultad reglamentaria al expedir el aparte contenido en el artículo 83, numeral 2.º «no mayor de sesenta y cinco (65) años», y el artículo 102, numeral 7.º del Decreto Reglamentario 1469 de 2010?

Tesis: “Es válido afirmar que en la configuración y evaluación del régimen legal de los curadores urbanos el legislador, siempre ha hecho referencia a varios asuntos a manera de constantes jurídicas, a saber, i) siempre ha mantenido la definición del curador urbano dentro del marco de la descentralización por colaboración a través de la figura jurídica del particular que presta funciones públicas; ii) de igual manera, siempre ha reconocido la regla general constitucional de regulación de los curadores urbanos a través de la ley; iii) siempre ha establecido que la designación de los curadores urbanos es competencia de los alcaldes, previo concurso de méritos y señalando solo tres requisitos para el desempeño de la función: título profesional, experiencia míni-

ma y un grupo interdisciplinario de apoyo; iv) siempre ha hecho remisión al estatuto de los notarios, iv.a) en algunas oportunidades para solucionar un vacío normativo respecto de las inhabilidades como ocurrió con el artículo 53 del Decreto Ley 2150 de 1995, iv.b) en otras ocasiones para solucionar el vacío normativo respecto de las inhabilidades y también respecto de situaciones laborales como lo son la vacancia en el cargo, las vacaciones, suspensiones temporales y licencias como ocurrió con los numerales 5º y 8º del artículo 101 de la Ley 388 de 1997, y iv.c) en otras oportunidades como en los casos de los numerales 7º y 8º del artículo 9º de la Ley 810 de 2003 donde solamente remitió al estatuto de notariado para regular las mencionadas situaciones laborales y difirió a la ley el asunto de las inhabilidades; lo cual además deja ver claramente, atendiendo a la regla lógica de exclusión que las situaciones laborales en mención son asuntos distintos de las inhabilidades. En concordancia con lo anterior, también es válido concluir que, el régimen normativo constitucional y legal vigente

que rige para los curadores urbanos está compuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución y el artículo 9° de la Ley 810 de 2003, de acuerdo con los cuales se puede establecer: i) una regla general constitucional, según la cual, le corresponde a la ley la regulación de todo lo pertinente a los curadores urbanos; ii) una sub-regla de delegación al ejecutivo para que regule asuntos concretos a través de reglamento administrativo; iii) una sub-regla de remisión legal al estatuto de notariado y registro; y iv) una sub-regla de remisión legal especial para el tema de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. (...) Se tiene que la edad de retiro forzoso como causal de «falta absoluta» del cargo y la exigencia de una edad inferior a 65 años no tienen relación alguna con el recaudo de la Dimar, con el número de curadores urbanos en los municipios y distritos, con las expensas o la remuneración de estos ni con los términos o el procedimiento

para la evaluación del desempeño de los curadores urbanos en caso de una segunda designación. En ese orden se tiene que, atendiendo a las normas constitucionales y legales antes mencionadas, [Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973, Ley 338 de 1997, Ley 9 de 1989, Ley 2 de 1991, Ley 489 de 1998, artículo 210 C.P.], en lo no diferido por el legislador al Ejecutivo en el artículo 9.° de la Ley 810 de 2003 existe reserva de ley, lo cual se ajusta al hecho de que la competencia regulatoria según el artículo 123 de la Constitución, en materia de particulares que prestan funciones públicas, está restringida a los asuntos que específicamente haya determinado el legislador. Así para el caso concreto, la imposición de una edad de retiro forzoso y los requisitos y prohibiciones para concursar y ser designado curador urbano claramente corresponden al legislador y no se encuentran dentro de los asuntos especiales que fueron deferidos por éste al Ejecutivo”.

Nulidad del Decreto 001 de 2006 de la Personería Municipal de Floridablanca (Santander), artículos 1 y 2. Nulidad del Decreto 002 de 2006 de la Personería Municipal de Floridablanca (Santander).

Funciones del personero municipal y atribuciones del Concejo Municipal para ajustar el Manual de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la Personería. No es procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad mediante decreto de la Personería Municipal.

RADICADO: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-2013)

FECHA: 16/02/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Félix Marino Jaimes Caballero

DEMANDADO: Personería Municipal de Floridablanca (Santander)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR

Problema jurídico: ¿Los decretos 001 y 002 de 2006, emitidos por el personero municipal de Floridablanca (Santander), al inaplicar el artículo 1, numeral 2, del Acuerdo 006 de 2006, expedido por el Concejo de esta entidad territorial, y al asignar funciones especiales a un empleo, fueron expedidos sin competencia y con violación de la norma de rango superior? Además, ¿podía aplicar la excepción de inconstitucionalidad a una norma?

Tesis: “[...] la excepción de inconstitucionalidad puede ser ejercida por cualquier autoridad, lo cual coincide con los supuestos fácticos del caso concreto, donde el personero municipal fue quien realizó un control constitucional por vía de excepción, por lo que desde ya se puede decir que no tiene vocación de prosperidad la alegada falta de competencia fundada en que carecía de aquella para inaplicar una disposición por inconstitucional, en atención a que, como ya se vio, puede cualquier autoridad, ya sea judicial o administrativa, hacer uso de esta excepción.[...] Como puede observarse, bien puede la autoridad ejercer esta facultad, pero siempre y cuando sea para proteger derechos fundamentales que se vean en riesgo, en un caso concreto y con efecto inter partes, cuestión que no ocurrió en el sub judice, pues el personero no se encontraba frente a una situación en particular, ya que simplemente procedió a inaplicar en forma general un artículo de un acuerdo expedido por el Concejo Municipal. En efecto, en la práctica lo que hizo el personero municipal fue usurpar la función de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que es la encargada de ejercer control sobre los actos administrativos de las autoridades municipales. [...] Lo anterior se constituye en razón suficiente para confirmar la anulación del artículo 1.º de los de-

cretos demandados. [...] es del caso precisar que el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 establece en su numeral 9.º que es función de los concejos la de «Organizar la Personería y la Contraloría y dictar las normas necesarias para su funcionamiento», por lo que bien podía el Concejo de Floridablanca ajustar el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la personería. Por lo anterior, no le era dable al personero municipal, por medio del artículo 2.º del Decreto 001 de 2006 «señalar» funciones al personero auxiliar diferentes a las establecidas en el manual de funciones que ajustó el órgano competente para ello, que es el Concejo [...] Lo anterior no es óbice para que [...] y 489 de 1998, respecto a la figura [...] ción, el personero municipal, en aras de dar efectividad al artículo 75 del CDU y cuando según la estructura de cada personería lo permita, pueda «delegar», que no «señalar», en otros empleos, funciones que de conformidad con el manual respectivo tiene asignada; pero el artículo 2.º del Decreto 001 de 2006 demandado, está lejos de encajar en lo que es un acto de delegación conforme lo establece el artículo 9.º de la citada ley 489. [...] El personero municipal, al expedir los actos demandados, desconoció los postulados constitucionales citados en párrafos precedentes, pues terminó por ejercer una función que no le era propia, cual era la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con efectos erga omnes; así mismo, desconoció la normativa consagrada en el artículo 32, numeral 9.º de la Ley 136 de 1994, por cuanto la facultad para establecer funciones en las personerías, sí recaía en el Concejo Municipal”.

Se decretó la suspensión provisional de los numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1 del Decreto Reglamentario

1072 de 2015, adicionado por el artículo 1.º del Decreto Reglamentario 583 de 2016, por el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno nacional.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00485-00[2218-2016]

FECHA: 15/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales (ACOSET)

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Acción de Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA

Problema jurídico 1: ¿El Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria al expedir los numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, con el

propósito de desarrollar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que regula lo relacionado con la «contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado»?

Tesis 1: “[...] Los enunciados normativos demandados [numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015] desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, mientras que la norma reglamentaria, regula aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos estos que no están comprendidos en la referida ley. Tampoco una lectura sistemática y de conjunto como la que se acaba de realizar, permite encontrar en el resto del articulado de la Ley 1429 de 2010, enunciado normativo alguno referido al tema de la «tercerización laboral» que el Gobierno reguló en el Decreto Reglamentario 583 de 2016, so pretexto de desarrollar aquella. Así las cosas, para la Ponente es claro en esta etapa procesal, que a través de los apartes normativos demandados del Decreto Reglamentario 583 de 2016, el Gobierno Nacional, con el propósito de desarrollar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, excedió los límites materiales que la misma ley con su contenido le impuso [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El Ejecutivo, al expedir los numerales 4.º y 6.º del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, con el propósito de desarrollar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en los que concibió la viabilidad de que todas las entidades enlistadas en estos artículos puedan realizar labores de intermediación, incurrió en el desconocimiento de las Leyes 50 de 1990 y 1429 de 2010?

Tesis 2: “[...] La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de la Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de Cooperativas y ~~Personas Cooperativas~~, al igual que para Empresas Asociadas, ~~Personas Asociadas~~ y los Fondos Mutuales o similares. Por otro lado, se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, excepto en la norma parcialmente demandada y objeto de estudio de esta providencia. Empero, la doctrina ha definido esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios. (...) Se evidencia de la definición de tercerización realizada por el artículo demandado, que el Ejecutivo asimiló los conceptos de tercerización y de intermediación laboral; toda vez que señala que «Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes», pero previamente había incluido como formas de beneficiario y proveedor casi todas las figuras legales de vinculación de personal. Adicionalmente, al establecer que la tercerización va a ser ilegal cuando no cumpla con dos requisitos, los cuales resultan ser aquellos consagrados para la intermediación laboral en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 que pretende reglamentar, nuevamente confunde la categoría jurídica de intermediación laboral con la de tercerización laboral, generando por lo menos en teoría, la posibilidad hermenéutica de considerar que todas las figuras legales de vinculación de personal enlistadas como beneficiario y proveedor pueden realizar labores de intermediación, siempre y cuando no incurran en las dos prohibiciones mencionadas por la referida norma. La

implicación de ello, en lo relativo al numeral 4 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, es que la lectura de dicho numeral lleva a concluir que todas las entidades enlistadas en dicho artículo pueden realizar labores de intermediación laboral. Con ello, el Ejecutivo incurrió en el desconocimiento de las Leyes 50 de 1990 y 1429 de 2010; toda vez que éstas en forma expresa prohíben el desarrollo de la actividad de intermediación laboral a cooperativas, precooperativas; y otorgándolo exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales. (...) Las empresas de servicios temporales pueden contratar la prestación de servicios con terceros para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales, en los casos puntualmente precisados en dicha normativa. (...) Al revisar el contenido de la norma demandada, la Sala encuentra que del mismo no se evidencia una contradicción con lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, según se analiza a continuación. Efectivamente, las normas que se acusan prevén la posibilidad de que las empresas de servicios temporales

presten servicios misionales temporales. A su vez, el numeral 6º del artículo 2.2.3.2.1. bajo análisis, enuncia los dos elementos que deben presentarse para que la tercerización laboral sea considerada ilegal, esto es: (i) que la vinculación del empleado sea para el desarrollo de actividades misionales permanentes, y (ii) la forma de vinculación afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. De esta manera, vemos que dicho numeral no niega la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales, sino que se limita a señalar cuándo la tercerización laboral, definida como un concepto genérico que comprende a la intermediación, es considerada ilegal. Asimismo, nota la Sala que los dos requisitos para ello no niegan la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales: por el contrario, dichos requisitos están ligados a que los servicios misionales tengan precisamente un carácter permanente, y éstos sean vulneratorios de los derechos previstos en la legislación laboral. [...]"

Nulidad del Decreto 2552 de 2015 que estableció el porcentaje de incremento del salario mínimo del año 2016. Expedición irregular a causa de insuficiente motivación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-2016)

FECHA: 23/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Andrés de Zubiría y otros

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)

Problema jurídico: ¿El Decreto 2252 de 2015 vulneró el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 y las reglas fijadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-815 de 1999 que declaró la exequi-

bilidad condicionada de ese artículo?

Tesis: “[...] los convenios de la OIT ratificados por Colombia tienen el carácter de normas jurídicas vinculantes y, por lo mismo, no pueden

ser considerados como simples parámetros interpretativos. [...] el Convenio núm. 131 y la Recomendación núm. 135 de 1970, previeron la obligación de establecer un sistema de salarios mínimos que se utilice para todos los asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema y señalaron los elementos que se deben considerar al momento de determinar el nivel de los salarios, así como el ajuste periódico de dicho nivel. [...] En consonancia con lo anterior, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 53, consagró el salario mínimo vital y móvil como principio fundamental para ser incluido en el Estatuto del Trabajo. [...] Para la Sala resulta evidente que, en atención a la relevancia y transcendencia del acto administrativo acusado y al deber de motivación (...), la debida y suficiente motivación de este acto es un requisito substancial cuya ausencia genera la expedición irregular del acto por motivación insuficiente, al impedir a los administrados que conozcan los parámetros que llevaron al gobierno nacional a decretar el incremento del salario mínimo, lo cual obstaculiza y hace nugatorio su derecho de controvertir la legalidad del Decreto sub examine. Debe ponerse de relieve que al tenor de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 y teniendo presente su interpretación constitucional, la indicación del peso específico e incidencia de los factores que se deben aplicar para fijar el salario mínimo son garantías que les permiten a los asociados conocer y controvertir la decisión. A juicio de esta Corporación, actos administrativos como el que se cuestiona, afectan los derechos e intereses de los asociados, quienes, al toparse con motivaciones sucintas, lacónicas e incompletas, no van a tener una oportunidad real de conocer los verdaderos fundamentos en los que se apoyó el Gobierno para fijar el salario mínimo. Dicho de otra manera, para que el acto que fija el salario mínimo se encuentre debidamente motivado, es forzoso que en él se plasmen, con

rigurosidad y suficiencia, las verdaderas razones que sirvieron de soporte para llegar a una suma determinada teniendo en cuenta los criterios que para el efecto han fijado tanto la ley como la jurisprudencia. (...) como quiera que el Decreto 2552 de 2015 que estableció el porcentaje de incremento del salario mínimo del año 2016 no se encuentra debidamente motivado, ha de concluirse que su fundamento es manifiestamente precario e insuficiente. En consecuencia, se declaró el nivel de incidencia y el peso específico de los factores tuvo sobre el porcentaje máximo de incremento del salario mínimo del 7%, tal como lo ordenó la sentencia de la Corte Constitucional C-815 de 1999, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 8 de la Ley 278 de 1996. [...] considerando que esta declaratoria de nulidad se fundamenta esencialmente en el vicio de forma consistente en la expedición irregular por insuficiente motivación del acto acusado y pretende en exclusiva la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, sus efectos se contraen a dejar sin efectos el acto”.



Exhortación al Gobierno Nacional – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

“La Sala considera necesario exhortar al Gobierno Nacional para que, cuando quede investido de la facultad de proferir de manera unilateral el decreto que fije el incremento del salario mínimo luego de fracasar la etapa de concertación en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, lo haga en estricto cumplimiento de la carga motiva que le impone el artículo 8º de la Ley 278 de 1996 de conformidad con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-815 de 1999, esto es, teniendo en cuenta con el mismo nivel e incidencia, además de la meta de inflación del siguiente año, la inflación real del año que culmina según el IPC, la productividad acordada por la Comisión Tripartita que coordina el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social; la contribución de

los salarios al ingreso nacional y el incremento del producto interno bruto (PIB). En cuanto se refiere al parámetro de la inflación real del año que culmina de que trata el artículo 8 ejusdem y de conformidad con la interpretación teleológica de esa disposición, debe adoptarse la inflación real del año que va desde el 1° de diciembre del año anterior hasta el 30 de noviembre del año que culmina, según el correspondiente índice de precios al consumidor (IPC). En esos términos, para determinar este parámetro, el gobierno nacional deberá tener presente que no es correcto usar sólo el consolidado de la inflación de los primeros once meses del año (del 1° de enero al 30 de noviembre) o dicho consolidado más una proyección de la inflación para el mes de diciembre del año que culmina. Así mismo, el acto deberá establecer con carácter prevalente la especial pro-

tección constitucional al trabajo (art. 25 C.P.) que deberá reflejarse en el monto del aumento salarial; la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.); la función social de la empresa (art. 333 C.P.) y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado (art. 334 C.P.), uno de los cuales consiste en “asegurar que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos”. En suma, la motivación del acto administrativo mediante el cual se fija el salario mínimo deberá explicitar con la mayor claridad y precisión, los fundamentos económicos, sociales, técnicos y financieros que llevan al Gobierno Nacional a fijar el salario mínimo en una cuantía determinada, de tal suerte que los ciudadanos puedan conocer las razones objetivas de su determinación [...]”.

Se declara la nulidad de los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010, mediante los cuales se fijaron los factores de evaluación de desempeño de los curadores urbanos y se reguló el concurso de méritos para el ingreso al cargo, por exceso de facultad reglamentaria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00213-00[1702-2010]

FECHA: 30/03/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Gloria Stella Ortiz Delgado

DEMANDADO: Gobierno Nacional

MEDIO DE CONTROL: Acción nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR

Problema jurídico: ¿Con la expedición de los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010, se excedió el Gobierno en el ejercicio de la facultad reglamentaria y delega indebidamente funciones a los alcaldes municipales y distritales?

Tesis: “[...] [E]sta disposición [Ley 810 de 2003] prevé tres niveles de competencia para la nueva designación de los curadores: (i) el legislador se reservó la facultad de regular todo lo de las curadurías; (ii) el Gobierno Nacional debe regular los términos y procedimientos para la elaboración de la evaluación de desempeño; y (iii) los alcaldes municipales y distritales se encargan de practicar la referida evaluación. Y bajo este criterio la Sala evidencia que, en efecto, los artículos 96, 98 y 99 del Decreto 1469 de 2010 deben ser declarados nulos por cuanto el Gobierno Nacional al regular la calificación de desempeño, la evaluación anual de servicio y la evaluación anual del servicio en los municipios y distritos con sistema de categorización de trámites por complejidad, se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, conforme a los límites impuestos por el legislador en el numeral 4 del artículo 9

de la Ley 810 de 2003. (...) Y como es competencia del alcalde municipal determinar el número de curadores dentro de su jurisdicción, previo concepto favorable del Ministerio de Desarrollo (numeral 2 del artículo 9 ídem) y designarlos, previo concurso de méritos y verificación de los requisitos para ser designado curador, entre ellos, acreditar la colaboración de este grupo interdisciplinario, que lo apoyará, la Sala considera que se ajusta al ejercicio de la potestad reglamentaria. El Gobierno Nacional le otorgue a los alcaldes la facultad de determinar el número de integrantes y las calidades académicas de este grupo, que no se encuentre fuera de las bases del concurso de mérito para la designación de los curadores. Así las cosas, se declarará la nulidad de la expresión “en las bases del concurso” contenida en el segundo inciso del parágrafo primero del artículo 81 del Decreto 1469 de 2010. (...) En [cuanto] la redesignación de los curadores, el numeral 4 del artículo 9 de la Ley 810 de 2003 no contiene ninguna clase de impedimento para que un curador urbano, al finalizar su periodo, pueda aspirar a una plaza diferente a la que ocupaba [...]”.



Se declaró la nulidad del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012, que exige como requisito para concursar y ser designado en el cargo de dragoneante del INPEC tener menos de 25 años de edad al momento de la firmeza de la lista de elegibles de la convocatoria, por violar los derechos a la igualdad y a acceder al desempeño de función y cargos públicos.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01087-00{2512-2013}

FECHA: 27/04/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: José Gerardo Estupiñán Ramírez

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil - Instituto Nacional

Problema jurídico 1: ¿El numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, suscrito por el presidente de la CNSC y el director general del INPEC, vulnera el derecho a la igualdad y a acceder al desempeño de función y cargos públicos?

Tesis 1: “[...] [L]a Corte encontró, que la expresión «al momento del nombramiento» es inexecutable, por lo siguiente: i) se vulnera el principio constitucional de la carrera administrativa al impedirle al ciudadano el acceso al cargo de dragoneante por motivos ajenos al mérito y a las calidades del aspirante, en atención a circunstancias que escapan a su control y a su voluntad; ii) constituye una discriminación injustificada, dado que si bien persigue un fin legítimo e importante, emplea un medio que no es adecuado ni conducente para alcanzarlo; y iii) exigir de un aspirante que ha superado el proceso de selección previsto en un régimen de carrera especial, tener entre 18 y 25 años al momento de su nombramiento, cuando este requisito ya se ha verificado en un momento anterior de dicho proceso, vulnera el principio de la carrera administrativa y constituye una discriminación injustificada. Sobre el particular, agrega la Sala que si bien es cierto que el INPEC, por tratarse de un cuerpo armado de custodia y cuidado, tiene un carácter especial que le permite exigir requisitos adicionales para ingresar a él, como lo es el no superar una edad máxima, tal como lo indican las entidades accionadas; es también cierto que los requisitos fijados deben ser razonables, no pueden contener discriminaciones injustificadas entre las personas y han de ser proporcionales para la consecución de los fines buscados. Así las cosas, comparte la Sala los argumentos es-

grimidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-811 de 2014, donde se concluye que el requisito de edad se encontraba verificado al momento de ingresar al concurso, razón por la cual resulta inocua la segunda exigencia de acreditar máximo 25 años en otro momento, en este caso, cuando entra en firmeza la lista de elegibles. En este sentido  que el trato dado a los aspirantes en de lo dispuesto en la norma del artículo 20, razón de su edad, es discriminatorio. Por lo tanto, ellos ingresaron al concurso acreditando los mismos requerimientos, realizaron un mismo curso y demostraron sus méritos en virtud de las mismas pruebas. De esta forma, en todos los casos se creó la misma expectativa legítima de hacer parte de las listas de elegibles y consecuentemente de ser nombrados si sus puntajes así lo permitían. (...) Concuera esta Sala con lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias parcialmente trascritas, en el sentido de considerar que los derechos de los aspirantes que se vieron afectados por este requisito, como lo son el derecho fundamental a la igualdad y el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, fueron conculcados por la disposición demandada, pues, su exigencia resulta desproporcionada al ser un impedimento que se sale de la esfera de control de aquella persona que cumplió con todos los requisitos al momento de entrar a concursar y que tiene los méritos necesarios para desempeñar el cargo. Resulta evidente entonces, la vulneración al ordenamiento jurídico alegada por el demandante y sus coadyuvantes, pues los enunciados normativos cuestionados les imponen a los concursantes una carga adicional, que está por fuera de sus capacidades, como lo es el ser menor de 25 años al momento de la fir-

meza de la lista de elegibles, lo cual comporta una flagrante vulneración al derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, así como al principio del mérito. Razón por la cual, se declarará la nulidad parcial del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, suscrito por el Presidente de la CNSC y el Director General del INPEC, «por el cual la CNSC convoca al proceso de selección para proveer por concurso - curso abierto de méritos el empleo Dragoneante, Código 4114 Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC». [...]

Problema jurídico 2: ¿La sentencia que declaró la nulidad del numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, suscrito por el presidente de la CNSC y el director general del INPEC, debe aplicarse con efectos *ex tunc*?

Tesis 2: “[...] Los efectos hacia el futuro o «*ex nunc*» de la declaratoria judicial de nulidad de un acto administrativo, encuentran un sólido respaldo en la realización de valores y principios universales del derecho como los de la separación de poderes, la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la buena fe, el respeto por las situaciones jurídicas consolidadas y la confianza legítima, ello en atención a que hasta el momento de declararse la nulidad, el acto administrativo anulado gozaba de presunción de legalidad y por lo tanto, es legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en su validez. Así mismo, al amparo de la hipótesis «*ex nunc*», es decir, la que estima hacia futuro el alcance de las sentencias de nulidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido en cuenta como sustento para decantarse por dicha postura, consideraciones relacionadas con i) las consecuencias que la decisión judicial pueda tener en los diferentes ámbitos de la vida nacional o local, como por ejemplo, la estabilidad institucional y económica; ii) la naturaleza y contenido del acto administrativo

anulado; iii) la razón, vicio o causal por el cual fue anulado; iv) la existencia comprobada de situaciones jurídicas consolidadas, etc. Anota la Sala adicionalmente, que como soporte de la hipótesis «*ex nunc*», en algunos momentos la jurisprudencia de esta Corporación ha justificado el conferir alcances hacia adelante a las sentencias de nulidad bajo la consideración de que el control de legalidad de los actos administrativos, en especial de los de carácter general, se asemeja al examen de constitucionalidad de las leyes, a partir de lo cual se ha concluido, según esta variante de la regla «*ex nunc*», que al igual que las sentencias que declaran la inexequibilidad de una ley, las que declaran la nulidad de un acto administrativo también debe tener efectos pro futuro. Sobre el particular hay que aclarar, que el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala, que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control «tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario». En razón de dicha norma, la Corte ha señalado, que no siempre las sentencias de inexequibilidad tienen efectos hacia futuro, pues, en algunos eventos, teniendo en cuenta las particularidades del caso y del tipo de norma que se excluye del ordenamiento jurídico, es posible atribuir efectos retroactivos a la declaración judicial de inconstitucionalidad. (...) [S]e predica que existen expectativas legítimas por parte de aquellos aspirantes que figuran en las listas de elegibles ya conformadas para acceder al cargo de dragoneante cuando se abran las vacantes y que existen derechos adquiridos por parte de aquellos que ya fueron llamados para la provisión de estas. Por lo tanto, los efectos de la presente sentencia, tal y como se vio en el estudio realizado con anterioridad, respecto a las personas que integran las listas de elegibles ya publicadas y ejecutoriadas, así como de quienes ya han sido nombrados en periodo de prueba o en propiedad, serán «*ex nunc*», o sea

hacia futuro, toda vez que se deben respetar y proteger los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica de los participantes. Máxime que para los efectos, los derechos de aquellos que se vieron afectados por este requisito adicional fueron protegidos por la misma Corte Constitucional en sentencia T-590 de 2015, como antes se expuso, en la que se inaplicó, para el caso concreto el requisito de edad contemplado en el numeral 2.º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, que en esta providencia se anula. De otro lado, en el caso que queden listas de elegibles pendientes de elaborar, éstas no podrán hacerse con fundamento en la disposición cuya nulidad se declara en

esta providencia. Por lo tanto, los efectos de esta sentencia serán, frente a los concursantes que todavía no forman parte de una lista de elegibles, «ex tunc», y en razón de ello deberán ser incluidos, según su mérito, es decir, en el orden que el puntaje les asigne, todos aquellos aspirantes que hayan sido excluidos en razón de su edad al momento de entrar en firmeza la lista de elegibles. Por último, se advierte a las entidades demandadas, CNSC e INPEC, que en el futuro se abstengan de exigir requisitos contrarios a ordenamiento jurídico, que restrinjan el acceso a la carrera administrativa de los ciudadanos que se prueben meritorios de desempeñarse en los cargos”.

Se declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 por resultar contrario a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política. Vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social.

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-2010)

FECHA: 08/06/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “SEDESOL”

DEMANDADO: Gobierno Nacional

MEDIO DE CONTROL: Acción de nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR

Problema jurídico: ¿El Decreto demandado genera una desmejora salarial y prestacional, el desconocimiento de los derechos adquiridos y del principio de igualdad, así como la proscripción de regresividad de los derechos de contenido prestacional al suprimir el beneficio de subsidio familiar a los soldados e infantes de marina profesionales?

Tesis: “Las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. Se trata de normas regresivas que afectan el derecho al trabajo y a la seguridad social de estos integrantes de las fuerzas militares, y por tanto, deben ser consideradas como inconstitucionales prima facie. (...) La Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: (i) respecto de los sol-

dados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el reconocimiento al derecho subjetivo; (ii) la probabilidad cierta de con- titura del correspondiente derecho al lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, como respecto de los suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo [...]”.



Se declara la nulidad parcial del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, por desbordar materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, o bajo cualquier otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00485-00 [2218-2016]

FECHA: 06/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales, ACOSET

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR

Problema jurídico: ¿El Gobierno, al reglamentar a través del numeral 4.º del artículo 2.2.3.2. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015 el artículo 63 la Ley 1429 de 2010, que regula lo relacionado con la «contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado», rebasó el límite material que el contenido de dicha norma le imponía?

Tesis: “Se tiene que el numeral 4º del artículo 2.2.3.2. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, define al «beneficiario» como la persona natural o jurídica que se favorece directa o indirectamente de la producción de un bien o de la prestación de un servicio por parte de un proveedor. Al «proveedor» lo precisa como la persona natural o jurídica que provee directa o indirectamente la producción de bienes o servicios al beneficiario, bajo su cuenta y riesgo. Igualmente, señala que tanto el beneficiario como el proveedor pueden ser instituciones, empresas, personas naturales o jurídicas, u otras modalidades contractuales, sociales o cooperativas, públicas o privadas; y que pueden tener las modalidades de sociedades anónimas simplificadas, sociedades anónimas, empresas de servicios temporales, sindicatos que suscriben contratos sindicales, agencias públicas de empleo, agencias públicas y privadas de gestión y colocación, bolsas de empleo, servicios de colaboración o manejo de recurso humano, contratistas independientes, simple intermediarios o cualquier otra modalidad de vinculación, sea contractual, social o corporativa, sin que se limiten a estas. El numeral 6º del artículo 2.2.3.2.1. ibídem, [del Decreto Regla-

mentario 1072 de 2015] precisa que se entiende como «tercerización laboral» los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes, y que esta es ilegal cuando en i) una y/o empresa pública y/o privada: a) emplee personal para el desarrollo de las actividades laborales permanentes a través de un proveedor de los ya mencionados; y ii) se vincule personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales. De acuerdo con lo expuesto, encuentra la Sala que los enunciados normativos demandados desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual hace referencia a la prohibición de contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, mientras que la norma reglamentaria, regula aspectos relacionados con la tercerización laboral, dentro de la cual ubica todos los mecanismos legales de intermediación laboral, aspectos estos que no están comprendidos en la referida ley. En igual sentido, al realizar una lectura sistemática y en conjunto, se aprecia que tampoco es posible encontrar en el resto del articulado de la Ley 1429 de 2010, enunciado normativo alguno referido al tema de la «tercerización laboral» que el Gobierno reguló en el Decreto Reglamentario 583 de 2016, so pretexto de desarrollarla. Así las cosas, resulta claro para la Sala, que a través de los apartes normativos



demandados del Decreto Reglamentario 583 de 2016, el Gobierno Nacional, con la excusa de desarrollar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, excedió los límites materiales que ésta con su contenido le impuso; toda vez que el Presidente de la República no tenía las facultades legales para extender la figura de intermediación laboral a otras modalidades de contratación”.

Nulidad del Decreto 357 de 2008 – Artículo 2, inciso 2. Decreto 357 de 2008, artículo 11, inciso 2 parcial (no anulada).

El Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria para establecer calificación insatisfactoria del gerente o director de la ESE. Junta directiva de las empresas sociales del Estado y nombramiento de gerentes - Facultad nominadora del representante legal.

RADICADO: 11001-03-24-000-2008-00390-00(0585-09)

FECHA: 06/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Fernando Quiroga Botero

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social y Departamento Administrativo de la Función Pública

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR

Problema jurídico 1: ¿El artículo 2.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria al establecer que si el gerente o director de la ESE no presenta el plan de gestión dentro de los 30 días siguientes a su posesión en el cargo, dará lugar a evaluación no satisfactoria, por generar consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del gerente o director de las empresas sociales del Estado, materia que solo puede ser reglada por el Estado mediante ley?

Tesis 1: “[...] “El artículo 2.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional, excedió la facultad reglamentaria al establecer que si el gerente o director de la ESE no presenta el plan de gestión dentro de los 30 días siguientes a su posesión en el cargo, dará lugar a evaluación no satisfactoria. Lo anterior en razón a que dicho aparte genera consecuencias jurídicas como la permanencia, remoción o reelección del gerente o director de las empresas sociales del Estado, pues establece una causal de retiro, con vulneración del debido proceso, sin otorgar al evaluado la posibilidad de con-

trovertir y exponer antes sus razones de defensa para no ser objeto de ella, y además, al definir una conducta que conduce a una sanción, incurre en extralimitación del poder de potestad reglamentaria al regu... que es de reserva legal, en los términos del artículo 210 de la Constitución Política, por lo que la responsabilidad de los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado”.

Problema jurídico 2: ¿El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008, expedido por el Gobierno Nacional, atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley otorgó a la Junta Directiva de las empresas sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes?

Tesis 2: “El artículo 11.º del Decreto 357 de 2008 expedido por el Gobierno Nacional no atribuyó al representante legal de las entidades territoriales una facultad que la ley concedió a la junta directiva de las empresas sociales del Estado en relación con el nombramiento de sus gerentes, pues claramente la facultad nominadora está en cabeza del jefe de la administración local o seccional según sea el caso”.

Nulidad parcial del Decreto 4640 de 2005 – Artículo y literal d): La expresión «con posterioridad a la vigencia del decreto Ley 1295 de 1994». Nulidad parcial del Decreto 173 de 2001 – Artículo 1, literal d): La expresión «con posterioridad a la vigencia del Decreto Ley 1295 de 1994».

**Indemnización sustitutiva
por invalidez o muerte
por accidente de trabajo o
enfermedad profesional.
Regulación ilegal por exceder
la potestad reglamentaria
respecto del sistema**

1119

RADICADO: 11001-03-25-000-2010-00279-00[2292-2010]

FECHA: 24/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia**PONENTE:** William Hernández Gómez**DEMANDANTE:** Juan Felipe Blanco Rincón y otros**DEMANDADO:** Gobierno Nacional**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad**ENLACE PARA DESCARGAR**

Problema jurídico: ¿La expresión «con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994», contenida en los artículos 1.º literal d) del Decreto 4640 del 19 de diciembre de 2005 y en el artículo 1.º literal d.) del Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001, dictados por el Gobierno Nacional, impone una limitante temporal para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva que no está prevista en la Ley 100 de 1993 y que vulnera el derecho a la seguridad social de quienes se invalidaron o de sus beneficiarios por enfermedad profesional o accidente de trabajo antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 1294 de 1994?

Tesis: “El artículo 189, ordinal 11.º, de la Constitución Política dispone que le corresponde al presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la ejecución de las leyes. [...] Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las

asignadas por la Constitución al legislador. [...] el artículo 53 del Decreto Ley 1295 de 1994 no prevé una exigencia en cuanto a la fecha en que debió estructurarse la indemnización sustitutiva, por lo tanto, la muerte del trabajador no impide la indemnización sustitutiva. [...] el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. [...] el texto demandado genera la consecuencia de que si la invalidez o muerte se presentó antes de que entrara en vigencia el Decreto Ley 1295 de 1994 entonces no será posible obtener la indemnización sustitutiva, resultado que no está previsto por la norma que consagra la prestación misma. [...] no les asiste razón a los ministerios que suscribieron los actos demandados en el sentido de considerar que la previsión debe estar supeditada a la expedición del Decreto Ley 1295 de 1994, como quiera que antes no existía la indemnización sustitutiva, pues, como se dijo, la Ley 100 de 1993 y en general el Sistema General de Seguridad Social tienen plena efectividad a partir de su vigencia y por ello se deben garantizar las prestaciones que ella consagra tal y como sucede con la indemnización sustitutiva. En consecuencia, habrá de declararse la nulidad de la expresión «con posterioridad a la vigencia



del Decreto-Ley 1295 de 1994» contenida en el literal d) del artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, pues excluye las situaciones consolidadas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, cuya protección se garantizó al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social Integral. [...] Tal y como se hace evidente, la Ley 776 de 2002 tampoco contiene la limitación que introduce el Decreto 4640 de 2005 para que se genere el derecho a la indemnización sustitutiva en caso de invalidez o muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, habida cuenta de que la ley solamente exige que se estructure una invalidez o se presente la muerte como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, de manera que el Decreto demandado no podía incluir un requisito adicional que no estaba contenido en la ley. [...] le asiste razón a los demandantes cuando afirman que los apartes acusados introducen una exigencia no prevista por las normas superiores que reglamentan, consistentes en que la invalidez o muerte por riesgo profe-

sional debe presentarse con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley 1295 de 1994, es decir, el 22 de junio de ese mismo año, lo cual implica que la solicitud de nulidad de la expresión demandada contenida en el literal d) del artículo 1.º del Decreto 4640 de 2005 deberá prosperar. Conclusión: La expresión «con posterioridad a la vigencia del Decreto Ley 1295 de 1994» contenida en los artículos 1.º literal d) del Decreto 4640 del 19 de diciembre de 2005 y en el artículo 1.º literal d.) del Decreto 1730 del 27 de agosto de 2001, dictados por el Gobierno Nacional, impone una limitante temporal para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva que no está prevista en la Ley 100 de 1993 ni en la Ley 776 de 2002 que regula la prestación en caso de invalidez o muerte por riesgos profesionales, además tal requisito genera un enriquecimiento sin causa para la entidad de previsión social que recibió los aportes y desconoce los principios de universalidad, eficiencia, integralidad y progresividad de la seguridad social [...]”.

Se aclara el numeral 2.º de la parte resolutive de la sentencia de 6 de julio de 2017, proferida en el proceso de nulidad simple con radicado 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16), por citarse de manera errada la norma suspendida y la providencia que dispuso la suspensión.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00485-00 [2218-2016]

FECHA: 27/07/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto de aclaración de sentencia**PONENTE:** Sandra Lisset Ibarra Vélez**DEMANDANTE:** Asociación Colombiana de Empresas de Servicios**Temporales, ACOSET****DEMANDADO:** Ministerio del Trabajo**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad simple**ENLACE PARA DESCARGA**

Problema jurídico 1: ¿Procede aclarar el numeral 2.º de la parte resolutive de la sentencia de 6 de julio de 2017 por citarse de manera errada la norma suspendida y la providencia que lo dispuso?

Tesis 1: [...] [E]n el numeral segundo de la sentencia de 6 de julio de 2017, se ordenó lo siguiente: «SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del Decreto Reglamentario 1469 de 2010, ordenada en auto de 6 de abril de 2015, y en consecuencia, la Corporación se INHIBE de resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de ob-

jeto.». El numeral transcrito al digitar lo relacionado con la norma suspendida y la providencia que lo dispuso, razón por la cual se ordena en los siguientes términos: «SEGUNDO.- LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos de los apartes anulados del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,95 el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016,96 en sus numerales 4.º y 6.º, ordenada en auto de 15 de marzo de 2017, y en consecuencia, la Corporación se INHIBE de resolver el recurso de súplica interpuesto contra la referida providencia, por sustracción de materia o carencia de objeto».



Nulidad del Acuerdo 005 de 2008 del Consejo Superior Universitario de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

Autonomía y régimen especial de las universidades del Estado y su régimen disciplinario. Consejo Superior Universitario incompetente para elegir al censor universitario. Reforma del Estatuto General

RADICADO: 25000-23-24-000-2009-00068-02(2635-2013)

FECHA: 07/12/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Distrito Capital de Bogotá

DEMANDADO: Universidad Distrital Francisco José de Caldas

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR

Problema jurídico: ¿El acuerdo 005 del 11 de diciembre de 2008 está viciado de nulidad por haber sido expedido por un organismo incompetente o en desconocimiento de las normas en que debía fundarse?

Tesis: “[...] la autonomía que se les reconoce a las instituciones universitarias del Estado se proyecta en múltiples aspectos, entre los cuales está comprendido el ámbito disciplinario como quiera que la Ley 30 de 1992, en sus artículos 75 y 79, le asignó al Consejo Superior Universitario la facultad de establecer su propio régimen en dicha materia. (...) No obstante lo anterior, esta competencia suscitó cuestionamientos en cuanto al alcance que tenía para permitirle a las universidades dictar sus propias normas en materia disciplinaria habida cuenta de la existencia del Código Disciplinario Único, cuyo rango es legal. El estudio de esta cuestión fue abordado por la Corte Constitucional en la sentencia C-829 de 2002 en la que se examinó la constitucionalidad de las expresiones arriba resaltadas. Se abogó allí por una posición intermedia que permitiera tanto el respeto de la autonomía universitaria como de aquellos aspectos esenciales de la Ley 734 de 2002, «por la cual se expide el Código Disciplinario Único», que por tener la calidad de tal constituyen un mí-

nimo al que deben ajustar: lones que en virtud de aquella a sidan las universidades. [...] cons a que si los estatutos generales de la universidad le otorgaron a una autoridad directiva como el rector el ejercicio de «la capacidad nominadora de la universidad» (Art. 16, lit. b) no resulta viable que la misma sea exceptuada para confiársele al nuevo cargo de censor universitario, pues la única salvedad que a este respecto se consagra por obvias razones es la de la designación del rector, que corresponde al Consejo Superior Universitario según el literal e) del artículo 65 de la Ley 30 de 1992. Lo anterior denota igualmente la forma en que el artículo 2 del acto acusado desconoce dichos preceptos ya que, como lo señaló el a quo, el Consejo Superior Universitario se atribuyó para sí la facultad de elegir al censor universitario cuanto este solo gozaba de la que legal y estatutariamente se le asignó para elegir al rector. Asimismo, se observa que varias de las funciones que le fueron entregadas al censor universitario pueden ubicarse dentro de otras que ya correspondían a cargos de naturaleza directiva como el rector y el mismo Consejo Superior Universitario, circunstancia que no es de recibo pues ello conduce a un vaciamiento de competencias en la medida en que aquellos, sin fundamento legal alguno, pier-



den la titularidad, el control y el direccionamiento de las actividades que originalmente les habían sido atribuidas. (...) Finalmente, es del caso centrar la atención en el artículo 6 del Acuerdo 005 del 11 de diciembre 2008, según el cual «El censor asumirá las funciones actualmente asignadas a la Oficina de Quejas y Reclamos -atención al ciudadano-, definidas en la Resolución 1101 de 2002 manual de funciones de la Universidad, las cuales comprende la dirección, coordinación, evaluación y control, de Quejas, Reclamos, y atención al ciudadano, así como la recepción y trámite de las quejas y reclamos que presenten los ciudadanos sobre los servicios y el funcionamiento de la Universidad o sus funcionarios [...]». A juicio de la Sala, esta determinación comporta la usurpación de competencias por parte del Consejo Superior Universitario al rector pues

aquel previó la modificación del manual de funciones de la universidad a pesar de que es a este último a quien corresponde «Expedir manuales de cargos, funciones y procedimientos administrativos» (art. 16, lit. g, Acuerdo 003/97). Establecido lo anterior, se advierte que el contenido del acto administrativo demandado sobrepasa las facultades propias de la autonomía universitaria que se le concede constitucional, legal y estatutariamente a la referida institución educativa toda vez que riñe con algunos de los postulados mínimos que consagran las Leyes 30 de 1992 y 734 de 2002. En conclusión, el Acuerdo 005 del 11 de diciembre de 2008 es nulo en tanto se expidió por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en desconocimiento de las normas legales y reglamentarias en las que debía fundarse”.

Nulidad del artículo 50 del Decreto 758 de 1990. El derecho al reconocimiento de la pensión es imprescriptible. Nulidad del artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998 del instituto de seguros sociales. Ilegalidad del término de prescripción de un año para la

RADICADO: 11001-03-25-000-2008-00013-00(0353-2008)**FECHA:** 08/02/2018**TIPO DE PROVIDENCIA:** Sentencia**PONENTE:** Gabriel Valbuena Hernández**DEMANDANTE:** Sandra Patricia Ávila González**DEMANDADO:** Instituto de Seguros Sociales (ISS)**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad**ENLACE PARA DESCARGAR**

Problema jurídico 1: ¿El artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 de 1990, adolece de nulidad por ilegalidad al infringir las normas en las que deben fundarse, cuando establecen un término de prescripción diferente al trienal ordenado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral?

Tesis 1: “[...] el artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990 deviene en ilegal al constituirse en una rústica reproducción del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo, y es por tal motivo que se declarará su nulidad. El artículo 50 del Acuerdo instaura en 4 años el término de «prescripción para el reconocimiento de una mesada pensional», con lo que desconoce que el derecho al reconocimiento de la pensión, es imprescriptible, porque se trata de una prestación social de naturaleza periódica o de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, que según los mandatos de la Carta Política es irrenunciable, tal como lo establece su artículo 48 y cuyo pago debe ser oportuno según lo determina su artículo 53. A contrario, lo que legalmente bien puede someterse al término prescriptivo, es el derecho al cobro de las respectivas mesadas pensionales. Como se anticipó, el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 en lo pertinente señaló «... la acción para el

reconocimiento de las pensiones y el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidos, prescribe en un (1) año». De esta suerte, válidamente se puede afirmar, que el artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990 deviene en ilegal al constituirse en una rústica reproducción del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo, y es por tal motivo que se declarará su nulidad”.

Problema jurídico 2: ¿El artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998 adolece de nulidad por ilegalidad al infringir las normas en las que deben fundarse, cuando establecen un término de prescripción diferente al trienal ordenado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral?

Tesis 2: “[...] el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, preceptúa: «De los términos para la transcripción y cobro de incapacidades o licencias por maternidad. El afiliado dispone de un año a partir de la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia por maternidad para solicitar la transcripción del certificado y el pago del subsidio correspondiente, siempre y cuando haya cumplido los períodos de cotización respectivos para tener derecho a éste». dicho término de prescripción deviene en ilegal, habida cuenta de que tanto la incapacidad

como la licencia de maternidad se constituyen en derechos de carácter social, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, se encuentran sometidos a la prescripción trienal, sin que le sea permitido a la presidencia del Seguro Social a través de una resolución, con claro desconocimiento de la normativa superior a la cual debe sujetarse, desconocer la naturaleza de tales derechos para asignarles un menor tiempo de prescripción, en claro detrimento de los afiliados”.

Se declaró la nulidad del artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, que consagra la prima de dirección sin carácter salarial a favor de los servidores que ejercen funciones de jefaturas en la Dirección de

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00167-00(0580-2011)

FECHA: 19/02/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Zoila María Salazar Carreño y Luz Hermelinda Castri-
llón de Amaya

DEMANDADO: Gobierno Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad Simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, al consagrar a favor de los servidores públicos con funciones inherentes a las jefaturas de la DIAN la prima de dirección sin alcance salarial, incurre en una causal de nulidad?

Tesis: “Constituye un criterio de esta Sección, que la naturaleza salarial de un pago se deriva de la retribución directa por los servicios del trabajador que no sea ocasional. En el caso bajo análisis el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala

resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas. Se trata de un pago como retribución de la prestación del servicio, esto es, que remunera de forma periódica el ejercicio de las funciones de los servidores que hayan sido designados en las jefaturas de la entidad. En este orden de ideas, (...) concluye la Sala que la prima de dirección es factor salarial, de modo que la expresión “no constituye factor salarial”, está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos señalados”.

Se declaró la nulidad de los artículos 1, 2, 4, 5, 9 y 10 del Decreto 2025 de 2011 por exceso del ejercicio de la facultad

reglamentaria del Gobierno al regular la prohibición de intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00390-00{1482-2011}

FECHA: 19/02/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Jorge Eliécer Manrique Villanueva, Laura Orjuela Albarracín, Diana Estefany Segura Castañeda y Sandra Lucía Tovar Reyes

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social (Hoy del Trabajo)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los artículos 1, 2, 4, 5, 9 y 10 del Decreto 2025 de 2011 están incurso en causal de nulidad por extralimitación de la facultad reglamentaria del Ejecutivo al violar la unidad normativa en que debía fundarse e imponer sanciones más allá de las contenidas en la norma sustantiva?

Tesis: “[...] Encuentra la Sala que los enunciados normativos contenidos en los artículos 2, 4 (incisos primero y tercero), 5, 9 y 10 del Decreto

2025 de 2011 desbordan materialmente el contenido esencial del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que prohíbe contratar personal a través de cooperativas de trabajo asociado, ni bajo ninguna otra forma de vinculación de intermediación laboral, para desarrollar actividades misionales permanentes en los sectores público y privado, y, en conclusión, se decretará la nulidad de las referidas normas reglamentarias, puesto que con su expedición el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria [...]”.

Se declaró la nulidad del numeral 3 del artículo 2 de la Resolución 258 de 2012 que reglamentó parcialmente los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley 715 de 2001, en relación con el fondo de

servicios educativos de los establecimientos educativos estatales, por infringir el artículo 3 del Decreto 4791 de 19 de diciembre de 2008, norma en la que debió fundarse.

1129

RADICADO: 66001-23-33-000-2013-00106-01(3877-2014)

FECHA: 01/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Blanca Mery Jiménez de Gómez

DEMANDADO: Departamento de Risaralda

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“El acto acusado (Resolución 258 de 2012 del secretario de educación de Risaralda, en su artículo segundo, numeral 3, infringe el artículo 3 del Decreto 4791 de 2008, «por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley 715 de 2001 en relación con el Fondo de Servicios Educativos de los establecimientos educativos estatales”?

Tesis: “Los niveles técnico y asistencial se caracterizan, en términos globales, por efectuar tareas de apoyo o simple ejecución; pero no funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos, que son propias del nivel directivo. En efecto, conforme se encuentra redactado el numeral 3 del artículo segundo del acto demandado: «Manejar y administrar los fondos con el fin de verificar los pagos y los egresos para llevar un control

financiero y contable, firmar los cheques de las órdenes de pago previa verificación de los requisitos de ley», se infiere que son oficios de la órbita del rector o director de instituciones educativas, en concertación con el consejo directivo del establecimiento educativo, tal como lo establece el artículo 10 de la Ley 715 de 2001, sobre recursos y competencia en la prestación de servicios de educación y salud. (...) estima la Sala que el numeral 3 del artículo segundo de la Resolución 258 de 16 de febrero de 2012, del secretario de educación de Risaralda, infringe el artículo 3 del Decreto 4791 de 19 de diciembre de 2008, en que debió fundarse, porque «el rector o director rural en coordinación con el consejo directivo del establecimiento educativo estatal administra el Fondo de Servicios Educativos de acuerdo con las funciones otorgadas por la Ley 715 de 2001 y el presente decreto»; en consecuencia, ha de declararse nulo dicho numeral [...]”.

Se declaró la nulidad parcial del artículo 1, numeral 1, del artículo 3 y la nulidad de los artículo 6, 7, parágrafo 1, artículo 1 de la

Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, proferida por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes. La prima técnica de la Cámara de Representantes de la planta administrativa no puede ser objeto de reconocimiento a los funcionarios que desempeñen cargos del nivel profesional o asesor, o a quienes sean designados en encargo. Asimismo, no procede la compensación del título de formación avanzada por experiencia, por expresa prohibición legal.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00171-00[0415-2013]

FECHA: 08/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Cámara de Representantes, en lesividad

DEMANDADO: Cámara de Representantes

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿“La Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010 demandada, transgredió los Decretos 1724 de 1997, 1335 de 1999, 1336 de 2003 y 2177 de 2006, al establecer como beneficiarios de la prima técnica a funcionarios de la planta administrativa de la Cámara de Representantes, pertenecientes a niveles diferentes a los señalados en los referidos decretos”?

Tesis 1: “[...] Los artículos 1º y 7º de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, desconoce el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1336 de 2003, puesto que nivel Profesional en la planta administrativa de la Cámara de Representantes, contrariando el referido artículo 1º del Decreto Reglamentario 1336 de 2003, que establece que la prima técnica solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuando se encuentren adscritos a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro,

Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.(...) Se ordenará decretar la nulidad de la expresión «profesional», contenida en el artículo 1º de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, así como la totalidad de su artículo 7º, en la medida que, contrariando la normatividad señalada, especialmente el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1336 de 2003, extienden la prima técnica a los servidores de la planta administrativa de la Cámara de Representantes del nivel Profesional (..)De acuerdo con el parágrafo del artículo 4º del Decreto 770 de 2005, los cargos de Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial, a los cuales deben estar adscritos los funcionarios del nivel Asesor para que puedan acceder a la prima técnica, hacen parte de una categoría de empleados denominados «empleos de alta dirección de la rama ejecutiva», respecto de los cuales, revisado el manual de funciones de la

Cámara de Representantes, contenido en la Resolución MD 1095 de 2010, no existen cargos equivalentes en dicha entidad. (...) Por lo tanto, en la parte resolutive de la presente providencia se ordenará decretar la nulidad del artículo 6º de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, pues, asigna prima técnica a funcionarios que ocupan cargos del nivel Asesor, diferentes a los señalados en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1336 de 2003 [...].

Problema jurídico 2: ¿“La Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010 demandada, al permitir que para efectos del reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, el requisito de título de formación avanzada fuese homologado por 5 años de experiencia, trasgredió los Decretos 1724 de 1997, 1335 de 1999, 1336 de 2003 y 2177 de 2006”?

Tesis 2: “[...] El numeral 1º del artículo 3º de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, demandada, desconoce el artículo 1º del Decreto 2177 de 2006, puesto que este, además de no contemplar la posibilidad de compensar el título de estudios de formación avanzada por experiencia, expresamente lo prohíbe. Así las cosas, en la parte resolutive de esta providencia, se dispondrá decretar la nulidad parcial del numeral 1º del artículo 3º de la Resolución 1101 del 28 de junio de 2010, proferida por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, en cuanto a la expresión «el cual podrá compensarse por

5 años de experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo» [...]”.

Problema jurídico 3: ¿“La Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010 demandada, al permitir que los funcionarios designados «en encargo» devenguen la prima técnica, contraría los Decretos 1724 de 1997, 1335 de 1999, 1336 de 2003 y 2177 de 2006”?

Tesis 3: “[...] Según el párrafo 1º del artículo 11 de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, demandada, los funcionarios de la planta administrativa de la Cámara de Representantes designados en encargo, también tienen derecho a la prima técnica señalada para el empleo que desempeñan temporalmente en calidad de encargados, mientras su titular no la esté devengando. De acuerdo con el marco normativo fijado por el Gobierno Nacional para regular lo relacionado con el régimen de prima técnica en todas las entidades públicas del orden nacional, dicha prestación sólo se otorgará a los servidores (...), siempre que estén designados con carácter permanente o en propiedad, lo cual excluye, en virtud del principio de identidad, a quienes estén designados en calidad de provisionales o en encargo. Por lo tanto, en la parte resolutive de la presente providencia, se dispondrá decretar la nulidad del párrafo 1º del artículo 11 de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010 [...]”.

Se declaró la nulidad del artículo 2 del Acuerdo 20 del 1.º de julio de 2011, expedido por el Consejo Superior de la

Universidad Tecnológica de Pereira, por medio del cual se adoptó la edad de retiro forzoso para algunos servidores de las universidades públicas, por falta de competencia.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00213-00[0832-2012]

FECHA: 11/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Gonzalo Arango Jiménez

DEMANDADO: Universidad Tecnológica de Pereira (UTP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“El Acuerdo 20 de 1º de julio de 2011, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica de Pereira se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia del órgano que lo profirió, contraviendo el inciso 4º del artículo 125 de la Constitución Política, el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 19 de la Ley 344 de 1996”?

Tesis: “[...] La Sala destaca que la fijación de la edad retiro forzoso de los servidores públicos es una prerrogativa del Congreso de la República, órgano al que le corresponde expedir las leyes que rigen el devenir del Estado.(...) [por lo que] es menester concluir que no son de recibo los argumentos planteados por la Universidad Tecnológica de Pereira, según los cuales le compete fijar la edad de retiro forzo-

so de sus servidores amparados en el principio de autonomía universitaria, pues se reitera, ese postulado no puede desdibujar la competencia de otras Entidades.(...) La edad de retiro forzoso de los servidores públicos se encuentra contenida en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, el cual lo estableció en 65 años, sin que a ese efecto hubiese hecho salvedad alguna, sobre los rectores de las Universidades Públicas.(...) la Sala no puede pasar por alto que lo dispuesto por esa norma [artículo 19 de la Ley 344 de 1996] respecto de los docentes universitarios, [75 años de edad], constituye una excepción a la edad de retiro forzoso, que rige a la generalidad de los servidores públicos, por lo que su interpretación debe ser restringida y aplicada únicamente a los sujetos determinados por la Ley [...]”.

Nulidad de las ordenanzas 031, 033 y 034 de 1973 de la Asamblea Departamental de Antioquia.

Nulidad del Decreto 001 bis de 1981 del gobernador de Antioquia – Artículo 1, numerales 4 y 5.

1133

Prima de vida cara, prima de clima y bonificaciones salariales establecidas mediante ordenanza departamental. Competencia para crear factores salariales y prestaciones sociales.

RADICADO: 05001-23-31-000-2005-00974-01(1231-2014)

FECHA: 12/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Auditoría General de la República y Ministerio de Educación Nacional

DEMANDADO: Asamblea Departamental de Antioquia - Departamento de Antioquia

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Asamblea Departamental de Antioquia tenía competencia para ordenar el pago de una prima de vida cara para los servidores públicos de dicho departamento, a través de las Ordenanzas 034 de 1973, 033 de 1974, 31 de 1975 y 17 de 1981?

Tesis 1: “[...] la Constitución Política de 1991, reservó la facultad de fijar el régimen prestacional de los empleados públicos en cabeza del Congreso y del Gobierno Nacional. Empero, asignó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales la función de determinar las escalas salariales, esto es, para señalar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos, pero no para crear elementos salariales o factores prestacionales. En virtud de la norma constitucional en comento, el Congreso de la República, mediante la Ley 4.^a de 1992, determinó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Con-

greso Nacional y de la Fuerza Pública. [...] la prima de vida cara de que tratan las Ordenanzas 034 de 1973, 033 de 1974, 31 de 1975 y 17 de 1981, así como las primas de que tratan los numerales 3, 5 y 6 del Decreto 001Bis de 1981, son emolumentos mensuales que se constituyen en remuneración directa del servicio de los servidores que son destinatarios de las previsiones en él contenidas, por lo tanto se trata de factores salariales, pues no se infiere que están destinadas a cubrir algún riesgo. En cuanto a la prima de clima señalada en el mismo Decreto 001Bis de 1981, debe anotarse que en anteriores oportunidades esta corporación ha analizado la naturaleza de estipendios con las mismas características a la sub examine y ha entendido que se trata de una prestación social, habida cuenta de que su finalidad no es la de remunerar el trabajo en sí mismo, conclusión que se desprende del hecho de que su asignación no guarda una relación directa ni con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario de la prestación, sino que pretendía compensar espe-

ciales condiciones a las que se verían sometidos los docentes que laboraran en ciertos sectores o municipios del departamento de Antioquia. De lo anterior, se concluye que la prima de vida cara así como las sobre remuneraciones señaladas en los numerales 3 y 5 del Decreto 001 Bis de 1981 son factores salariales, mientras que la prima de clima tiene la naturaleza de prestación social. [...] La Asamblea Departamental de Antioquia no tenía competencia para ordenar el pago de una prima de vida cara para los servidores públicos de dicho departamento, a través de las Ordenanzas 034 de 1973, 033 de 1974, 31 de 1975 y 17 de 1981 [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El gobernador de Antioquia tenía competencia para expedir los numerales 3, 5 y 6 del artículo 1 del Decreto 001 Bis del 7 de enero de 1981 a través de los cuales estableció una prima de clima y otras bonificaciones en favor de los docentes del ente territorial?

Tesis 2: “[...] en vigencia de la Carta Política de 1886 las entidades territoriales tuvieron com-

petencia para fijar las escalas salariales de los empleados públicos del nivel departamental, hasta la expedición de la reforma constitucional de 1968, con la cual fue radicada la competencia definitivamente en el Congreso de la República y dejó claro que la competencia para instituir el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos era del legislador, razón suficiente para decretar la nulidad de los actos administrativos objeto de censura. [...] el gobernador de Antioquia [no tenía competencia] para expedir los numerales 3, 5 y 6 del artículo 1 del Decreto 001 Bis del 7 de enero de 1981 a través de los cuales estableció una prima de clima y otras bonificaciones en favor de los docentes del ente territorial, pues de conformidad con la reforma introducida por el Acto Legislativo 1 de 1968 a la Constitución Política de 1886, las autoridades administrativas del orden territorial no estaban habilitadas para crear factores salariales ni prestacionales, dado que aquella estaba atribuida, de manera privativa, en el Congreso de la República [...]”.

Se declaró la nulidad del Acuerdo 036 de 16 de noviembre de

1995, expedido por el Concejo Municipal de Medellín, por fijar los viáticos del alcalde, el contralor y el personero municipal por un monto superior al límite fijado por el Gobierno Nacional.

1135

RADICADO: 05001-23-31-000-2004-06740-01[1416-2015]

FECHA: 18/05/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Auditoría General de la Republica

DEMANDADO: Concejo Municipal de Medellín

MEDIO DE CONTROL: Nulidad Simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“El Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995, proferido por el Concejo de Medellín, se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia de la autoridad que lo expidió y al mismo tiempo desconoce las normas superiores en las que debió fundarse”?

Tesis: “[...] Las autoridades Municipales carecen de competencia para crear salarios y prestaciones sociales, pues sus potestades por mandato constitucional se limitan a determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate, teniendo en cuenta los límites máximos establecidos por el Gobierno Nacional (...) la Sala advierte que, si bien, el Concejo Municipal de Medellín tenía competencia legal para fijar el monto de los viáticos a favor del Alcalde, el Contralor y el Personero Municipal,

esta facultad excedió los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, pues sin justificación alguna válida, la Corporación demandada fijó un valor por concepto de viáticos superior, en comparación con lo referido por el Gobierno Nacional en el Decreto N° 072 . En este orden de ideas, teniendo en cuenta que resulta evidente que el valor de los viáticos fijados por el Concejo Municipal de Medellín a través del Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995 sobrepasan los límites previstos por el Gobierno Nacional, la Sala considera el cargo de nulidad planteado por la actora, que denominó expedición con desconocimiento de las normas superiores en las que debió fundarse, está llamado a prosperar [...]”.

Se declaró la nulidad parcial del artículo 2.º del Acuerdo PSAA 12-9698 de 20 de septiembre de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. La facultad nominadora del juez coordinador del Centro de Servicios de los juzgados penales de Manizales para designar a los empleados que lo integran no debe limitarse por el concepto previo y favorable del comité coordinador.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-01103-00(3476-2014)

FECHA: 31/05/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Judicial – Asonal Judicial – Seccional Caldas

DEMANDADO: Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La limitación de la facultad discrecional del juez coordinador del Centro de Servicios de los juzgados penales de Manizales al concepto previo del comité coordinador se ajusta a los lineamientos del artículo 131 de la Ley 270 de 1996?

Tesis: “[...] La Sala considera que la cita anterior [La provisión de cargos en el Centro de Servicios Judiciales y Administrativos y la respectiva expedición de los actos administrativos, la efectuará el Coordinador del Centro de Servicios, en su calidad de superior funcional] no contradice las normas superiores en que debió fundarse, pues fija en cabeza del “coordinador”, figura esta que debe entenderse como el Juez Coordinador del Centro de Servicios de los Juzgados Penales de Manizales la potestad nominadora, con el fin de nombrar a los empleados del centro, con las limitaciones antes anotadas, es decir, las particularidades sobre el carácter provisional o permanente del cargo, que deben ser

respetadas. De otro lado, el aparte “(...) previa revisión, valoración y selección de las hojas de vida por parte del Comité Coordinador del mismo” no encuentra asidero jurídico alguno, toda vez que pretende condicionar el ejercicio de la potestad nominadora para designar a los empleados del Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados Penales de Manizales, sometiendo su ejercicio al concepto previo y favorable del Comité Coordinador, hecho que no resulta admisible. En suma, la Sala encuentra que el aparte “(...) previa revisión, valoración y selección de las hojas de vida por parte del Comité Coordinador del mismo” del artículo 2º del Acuerdo PSAA 12-9698 de 20 de septiembre de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desconoce las disposiciones contenidas en el artículo 131 de la Ley 270 de 1996, y de contera, quebranta lo dicho en el Acuerdo 2765 de 23 de diciembre de 2004 en materia del ámbito de aplicación de la potestad nominadora en cabeza [...]”.

Se declaró la nulidad parcial del literal a) del artículo 7.º de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, por exceder la facultad reglamentaria y desconocer el derecho a la igualdad, al fijar un puntaje superior al 90 % en la calificación de servicios del año anterior, para efecto del reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño a los empleados que desempeñan cargos en propiedad en el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS).

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-01192-00{3850-2014} y 11001-03-25-000-2015-00733-00{2379-2015}

FECHA: 26/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Lilia Beatriz Rojas González y Leonor Ramírez Rodríguez

DEMANDADO: Instituto Nacional de Vías

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿“INVIAS excedió la facultad reglamentaria conferida al Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores en el artículo 7º del Decreto 2164 de 1991, al establecer en la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994 un puntaje superior al que contempla dicha norma para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño a los funcionarios que desempeñen cargos en propiedad de los niveles, directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo en dicha entidad”?

Tesis 1: “[...] La facultad reglamentaria atribuida al Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores en materia de prima técnica fue conferida con el fin de que determinaran los niveles, escalas o grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de su asignación; razón por la cual, no podía hacerse

extensiva a la fijación de los porcentajes de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior que los beneficiarios de dicho incentivo debían acreditar para su obtención por el criterio de evaluación de desempeño.(...) se impone la obligación de declarar la nulidad del aparte enjuiciado, [artículo 7º literal a) de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994] toda vez que su contenido contraría lo previsto por el Decreto 2164 de 1991 en cuanto establece unas exigencias superiores para el reconocimiento del incentivo económico de la prima técnica por evaluación de desempeño, lo cual, desborda los límites de la norma general objeto de reglamentación [...]”.

Problema jurídico 2: ¿“Establecer, si la mencionada disposición normativa [artículo 7.º del Decreto 2164 de 1991] desconoce el derecho a la igualdad de los funcionarios de carrera administrativa del INVÍAS, frente a los de libre nombramiento y remoción de la entidad”?

Tesis 2: “[...] Del contenido de la norma transcrita, [el artículo 8º de la Resolución 1229 de 1994] se colige que los empleados de libre nombramiento y remoción del INVIAS, tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño siempre y cuando ocupen cargos de los niveles asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y obtengan evaluación satisfactoria con un puntaje superior al 90% del total máximo de puntos de la escala. No obstante lo anterior, y al contrastar lo previsto por la norma analizada frente a lo que establece el aparte demandado, esto es, el literal a) del artículo 7º de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, la Sala advierte que aquella prevé unas condiciones más favorables para el otorgamiento del citado incentivo económico en pro de los empleados de libre nombramiento y re-

moción, mientras que en lo concerniente a los demás servidores del INVIAS la resolución demandada establece el requisito de acreditar la obtención de más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento. Lo que en criterio de la Sala vulnera el derecho a la igualdad de éstos últimos servidores a quienes se le impone una exigencia mayor sin que exista una justificación para ello, y con lo cual se desconoce la finalidad de la prima técnica que es precisamente atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad [...]”.

Se declaró la nulidad del Instructivo 4 del 30 de diciembre de 2002, expedido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por exceder el Ministerio de Hacienda su competencia al fijar parámetros no consagrados en la ley para la liquidación de los bonos pensionales, e imponer sanciones y obligaciones adicionales a los empleadores y a los fondos de pensiones.

RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00290-00{1087-2011}

FECHA: 26/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Humberto Jairo Jaramillo Vallejo

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Oficina de Bonos Pensionales (OBP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“[E]l instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, está incurso en causal de nulidad por falta de competencia, ya que el jefe de la oficina de bonos pensionales (OBP) de esa cartera se excedió en sus facultades al imponer a los empleadores y administradoras de fondos de pensiones obligaciones y sanciones no contenidas en la norma sustantiva”?

Tesis: “Durante la fecha en que el instructivo aquí demandado se expidió (30 de diciembre de 2002) y la declaratoria de inexequibilidad (14 de julio de 2005) la OBP desbordó sus competencias, porque mientras el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 señala que para fijar el valor del bono se tiene como referencia la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, que en armonía con el artículo 20 de la Ley 90 de 1946, correspondía a las categorías fijadas para esa época, en el acto demandado se extiende al salario devengado, por ello, en con-

sideración a que la base de liquidación ya había sido definida por el legislador, resulta contrario y por fuera de las facultades de la OBP, imponer requisitos adicionales a los establecidos en la ley, por lo que se extralimitó en sus competencias, tal como lo afirma el accionante, (...) el instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es nulo, no solo en los apartes indicados por el demandante, sino en su integridad, en uso de su facultad oficiosa del juez respecto del control de legalidad del acto administrativo objeto de censura, porque: (i) las normas con base en las cuales se expidió se declararon inconstitucionales o fueron objeto de anulación, modificadas o derogadas, razón por la que ha perdido su fuerza ejecutoria frente a los asuntos que aquellas normas regulaban; (ii) la OBP excedió sus facultades al imponer requisitos adicionales, que no estaban contemplados en el artículo 117 de la ley 100 de 1993 ni eran indispensables, al

exigir soportes y documentos que no eran requeridos, comoquiera que reguló asuntos por fuera de los parámetros establecidos en la ley; (iii) las sanciones a que se hace referencia en el instructivo censurado no tienen fundamento legal, por cuanto las únicas vigentes al momento de la expedición del acto demandado, son las contenidas en el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales; y (iv) tampoco tiene justificación legal, la no emisión del bono pensional, como lo indica el instructivo censurado, por cuanto según el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 se puede expedir de manera provisional hay un término adicional de un mes para su emisión definitiva, cuando se necesiten adelantar trámites adicionales, el cual inclusive se puede reajustada en cualquier momento”.

Se declaró la nulidad parcial de los artículos 1.º (parágrafo) y 2.º (numerales 3.º y 4.º) del Acuerdo 2021 de 2014, ya que la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro no tenía la facultad para expedir el reglamento del crédito laboral de vivienda de los empleados públicos, extendiendo los efectos de la convención colectiva sobre la materia aplicable a los trabajadores oficiales de la entidad, así como para consagra la modificación unilateral de la tasa de interés de los créditos como consecuencia del retiro del servicio del servidor.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-01511-00[4912-2014]

FECHA: 26/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jairo Benjamín Villegas Arbeláez

DEMANDADO: Fondo Nacional del Ahorro (FNA)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El acuerdo demandado desconoció la prohibición de extender a los empleados públicos prerrogativas obtenidas y reguladas por obligaciones pactadas en una convención colectiva de trabajo?

Tesis 1: “[...] El hecho de que en el artículo 14 de la Convención Colectiva de 2012 se defina el beneficio crediticio aludido, como un componente para asegurar un mejor «bienestar social» de los empleados y para aumentar su «calidad de vida», no puede llevar a desconocer que tanto para los trabajadores oficiales de la entidad, que son sus genuinos receptores iniciales, como para los empleados públicos del ente, el origen de dicha facilidad crediticia es la mencionada Convención Colectiva suscrita en el año 2012 entre el FNA y sus trabajadores oficiales, la cual, sólo es aplicable a los trabajadores oficiales de conformidad con los artículos 467 a 480 del Código Sustantivo del Trabajo, y no puede ser extendida a los emplea-

dos públicos de la entidad demandada, quienes de acuerdo con lo establecido en los artículos 414 y 416 del citado Código, no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, y en consecuencia, tampoco pueden favorecerse de los beneficios en ellas pactadas.(...) para la Sala, el acto administrativo parcialmente demandado concede de manera injustificada, un privilegio o facilidad crediticia a los empleados públicos del FNA, incluso, por qué no decirlo, también para los trabajadores oficiales del Fondo, confiriéndoles un trato desigual respecto de la generalidad de los empleados públicos y trabajadores oficiales de otras entidades; prodigando además, se insiste, una ventaja crediticia originada en una convención colectiva, para quienes por disposición legal, están impedidos para presentar pliegos de peticiones, celebrar convenciones colectivas y beneficiarse de ellas [...]”.

Problema jurídico 2: ¿“La Junta Directiva del FNA expidió el Acuerdo 2021 de 2014 sin

tener la competencia para hacerlo, en razón a la materia; pues el Estatuto Interno de la entidad no la faculta para modificar los beneficios obtenidos en virtud de Convenciones Colectivas de Trabajo ni a extenderlos a los empleados públicos de la entidad”?

Tesis 2: “[...] La Sala encuentra, que de acuerdo con lo establecido en las Leyes 432 de 1998 y 546 de 1999, así como en el Decreto Reglamentario 1454 de 1998, que entre otras, regulan lo relacionado con el objeto, naturaleza, funciones del FNA y de su junta directiva, la entidad sólo está facultada para expedir reglamentos para regular los créditos de vivienda de sus afiliados, pero no para regular créditos de vivienda para sus empleados públicos, y mucho menos para, por esa vía, extenderles a estos, beneficios crediticios concedidos a sus trabajadores oficiales, pactados en convención colectiva.(...) En conclusión, para esta Sala, el parágrafo del artículo 1º del Acuerdo 2021 de 2014, demandado, en virtud del cual se extiende el beneficio crediticio pactado entre el FNA y sus trabajadores oficiales en la Convención Colectiva de 8 de marzo de 2012, desconoce entre otros, los artículos 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo y el postulado constitucional de la igualdad, por lo tanto se declarará su nulidad.”

Problema jurídico 3: ¿ “[Se] justifica la alteración de la tasa de intereses de los créditos de vivienda, cuando se dé la terminación del vínculo laboral entre el FNA y el beneficiario del crédito”?

Tesis 3: “[...] Las disposiciones demandadas contemplan que, en el caso de que el empleado beneficiario de un crédito se retire del FNA, inclusive una vez aceptadas las condiciones del mismo cuando no se haya desembolsado el monto del crédito, la tasa aplicable no será la especial que se pactó convencionalmente sino la que le es conferida a los afiliados a través de las cesantías. De manera tal que contemplan un cambio uni-

lateral de las condiciones pactadas en la oferta de los créditos de vivienda concedidos por el FNA. (...) De la providencia en cita [Corte Constitucional en la sentencia T-328 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa] se resalta que el cambio unilateral por parte de la entidad crediticia, de las condiciones del crédito acordadas, es vulneratorio de los derechos fundamentales del beneficiario del crédito, como lo son el debido proceso, la vivienda digna y la buena fe; por cuanto es la parte débil del contrato. En este sentir, para la Sala es claro que la modificación unilateral de las condiciones del crédito que prescribe el FNA en el numeral 3.º que se acusa, altera las condiciones acordadas en un contrato de crédito ya perfeccionado; y por lo tanto, es clara su ilegalidad, a la luz del criterio establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-328 de 2014. (...) En concordancia con lo dispuesto por la normativa expuesta, [artículos 845, 846 del Código de Comercio] cuando se pactan las condiciones de la oferta y son aceptadas por las partes, surgen obligaciones que no pueden ser modificadas de manera unilateral, so pena de tener que reparar los perjuicios causados (...) Así las cosas, en el caso concreto, se tiene que las estipulaciones fijadas para el otorgamiento del crédito al que se refiere el artículo 14 de la Convención Colectiva, entre las cuales encontramos la oferta y su aceptación para obtener el beneficio de la tasa de interés especial, descritas en el reglamento en cuestión, específicamente en el numeral 6.2, se señaló que las ofertas deberán contener «las condiciones de la oferta, finalidad, monto, tasa, plazo y sistema de amortización». Por lo tanto, en coherencia con la normativa que regula la institución comercial de la oferta, y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, ésta resulta de obligatorio cumplimiento para las partes y no pueden ser modificadas de manera unilateral; como lo pretende hacer el FNA a través de la novedad incorporada por el numeral 4º, artículo 2º del Acuerdo 2021 de 2014”.

Se decreta la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, expedido por el Gobierno Nacional, por exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria al fijar un tiempo superior de servicio para acceder a la asignación de retiro al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional con vinculación directa y activos al 30 de noviembre de 2004.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-2013)

FECHA: 03/09/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Julio César Morales Salazar y otros

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Vulnera el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 los límites materiales establecidos por el legislador en el artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004, al exigir un tiempo superior de servicio para acceder a la asignación de retiro del personal ejecutivo con vinculación directa a la Policía Nacional y activos al 30 de noviembre de 2004?

Tesis: “[...] La Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal. (...) Dado que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 señala de manera diáfana que el personal de la Policía Nacional que ingresó

al Nivel Ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, podrán acceder a la asignación de retiro cuando quiera que cumplan con un mínimo de 20 años de servicio por una causal de desvinculación distinta a la de voluntad propia y con un máximo de 25 años tratándose del retiro por solicitud de parte o destitución; es dable concluir que los presupuestos normativos en ella contemplados se encuentran en abierta contradicción con aquellos previstos a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior. Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental [...]”.

Nulidad del Decreto Reglamentario 0969 de 2013, expedido por el Gobierno Nacional, por exceder la facultad reglamentaria al no ser posible utilizar la lista de elegibles para proveer cargos de carrera no contemplados inicialmente en la oferta pública de empleos en concurso de méritos de la DIAN.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01304-00{3319-2013}

FECHA: 27/09/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), Miryam Leonor Riaño Coy y Piedad Milena Aguilar Sanjur

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas (DIAN)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En el marco de la carrera administrativa especial de la DIAN, es legalmente posible utilizar las listas de elegibles para proveer cargos que no fueron inicialmente ofertados en la Oferta Pública de Empleos del respectivo concurso, siempre y cuando sean iguales o equivalentes?

Tesis: “La comparación entre el acto administrativo demandado, esto es, Decreto Reglamentario 0969 de 2013, con la norma en que debía fundarse, o sea, Decreto Ley 765 de 2005, que era la que se encontraba vigente al momento de su expedición, y con la Ley 1739 de 2014, que reguló la materia con posterioridad a la presentación de la demanda, muestra de manera clara, que el contenido normativo del mencionado Decreto Reglamentario 0969 de 2013, es contrario tanto al referido Decreto Ley 765 de 2005, como a la Ley 1739 de

2014, pues, mientras estos permiten proveer la lista de elegibles para proveer cargos de carrera no contemplados inicialmente en la oferta pública de empleos, el decreto reglamentario aquí demandado lo prohíbe. De lo hasta aquí expuesto se concluye, que al prohibir la utilización de las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados en el respectivo concurso, el decreto reglamentario demandado contradice el artículo 34.55 del Decreto Ley 765 de 2005, que regula el régimen de carrera administrativa especial de la DIAN, y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el Estatuto Tributario, normas de superior jerarquía que de manera expresa permiten que los registros de elegibles sean utilizados para cubrir plazas que no hicieron parte de la Oferta Pública de Empleos del respectivo concurso, siempre que exista las notas de equivalencia o similitud”.

**Nulidad del artículo 11 inciso final de la Resolución número 043 de 2006 de la Contraloría General de la República.
Nulidad de las convocatorias nros. 001-13, 002-13, 003 - 13, 004 - 13, 005-13 y 006-13 del concurso abierto de méritos 2013-2014 de la Contraloría General de la República.**

1145

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00203-00{0521-14}

FECHA: 15/11/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Nydia Marisol García Garnica y otros

DEMANDADO: Contraloría General de la República y Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Las convocatorias cuestionadas fueron expedidas sin competencia por parte del Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República y con violación directa de las normas constitucionales, convencionales y legales “(1) Por haber excluido algunos de los perfiles profesionales establecidos para el desempeño de los cargos de Director Grado 03; (2) Por haber violado el derecho a la igualdad y restringido el acceso a los cargos convocados; (3) Por haber adoptado esa decisión con fundamento en un estudio adelantado por la Gerencia de Talento Humano que carece de soporte técnico que justifique la exclusión de algunos perfiles profesionales; (4) Por haber cambiado el requisito de “experiencia relacionada” por el de “experiencia específica” al disponer que “para validar la experiencia relacionada en las convocatorias 2 a 6 del Concurso abierto de méritos 2013 - Nivel Directivo, se tendrá en cuenta la experiencia adquirida en el desarrollo proveer...”; (5) Por haber

modificado las fechas de las convocatorias y haber incluido dos cargos directivos más para las Direcciones de Apoyo Técnico al Congreso y de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico y (6) Por haber delegado por vía general por parte del Contralor General de la República en la Gerencia de Talento Humano y la Dirección de Carrera Administrativa de la Contraloría la facultad de expedir y firmar las convocatorias”?

Tesis 1: “Respecto a los perfiles profesionales que fueron materia de las convocatorias, el órgano competente está en la facultad de priorizar aquellos que considere razonadamente que son los que demanda la entidad para su funcionamiento, para lo cual, se basa en criterios objetivos que consulten la naturaleza de los empleos a partir de estudios técnicos y dentro del marco de las funciones y la misión de la entidad y de las áreas específicas de desempeño. [...] los elementos analizados en el estudio de los empleos de Director Grado 03

efectuado en la sentencia C-284 de 2011 de la Corte Constitucional, se corresponden con la orientación seguida en la definición de los perfiles profesionales requeridos para proveer los empleos convocados, conforme a la estructura de la entidad y las funciones de las respectivas dependencias a las que esos empleos pertenecen. [...] En lo que respecta al tipo de experiencia exigida, la Sala encuentra razonable (...) que más que la evaluación de conocimientos específicos de cada perfil profesional, lo que se buscó a través del concurso fue evaluar el desempeño de los aspirantes precisamente en la demostración de las habilidades y competencias que se orientarán a conseguir el logro de los resultados institucionales. [...] En conclusión, fue justificada la exclusión de perfiles profesionales que a criterio del Consejo Superior de Carrera Administrativa no estuvieron acordes a los fines misionales de la entidad. [...] no se configura una vulneración al principio de igualdad ni se desatendió el consecuente derecho a que éste fuera garantizado, como quiera que el Consejo Superior de Carrera Administrativa estableció en las convocatorias las normas o reglamentos generales con arreglo a los cuales se desarrolló el concurso o proceso de selección por mérito para proveer empleos de carrera, con la aplicación de las diferentes etapas y el desarrollo y evaluación de las pruebas establecidas en condiciones de igualdad para todas las personas que fueron admitidas al correspondiente proceso. [...] el juicio de igualdad solo debe realizarse entre quienes una vez inscritos en las convocatorias participaron en el respectivo proceso, y no entre éstos y quienes no se presentaron o no fueron admitidos por no reunir una o varias de las condiciones determinadas en dichas convocatorias. [...]. Con respecto a la fecha de convocatoria, entiende la Sala que la misma tuvo que modificarse en virtud del fallo de la Corte Constitucional mediante sentencia

C-284 del 13 de abril de 2011 que declaró la inexequibilidad de la expresión "Director Grado 03" del artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, razón por la cual el cargo pasó a ser de carrera administrativa. En consecuencia, podía acarrear inconvenientes para la entidad si se continuaba con la convocatoria sin realizar un estudio juicioso de los efectos de dicho fallo dentro de su proceso de selección. De ahí que resultara conveniente aplazar la fecha de las convocatorias del nivel directivo y asesor para evitar una nulidad sobreviniente. [...] considera la Sala que la publicación se realizó a tiempo y con los medios adecuados (...) dando a conocer las situaciones que conllevaron a su aplazamiento. [...]. Con respecto a la inclusión de dos cargos más del nivel directivo, encuentra (...) que la decisión tomada por parte de la administración fue coherente con el fallo mencionado, toda vez que incluyó tanto los empleos de Director grado 3 que creó el estatuto anticorrupción como los que existían con anterioridad. De haberse realizado de otra manera, se habría transgredido los principios de igualdad, de acceso a los cargos públicos y de mérito. [...] quien expidió los actos administrativos demandados no fue competente para hacerlo es decir, no fue el Consejo Superior de Carrera Administrativa sino la Gerencia de Talento Humano y la Dirección de Carrera Administrativa, previa delegación del Contralor General de la República. [...] la delegación realizada por el Contralor General de la República (...) no fue legalmente efectuada (...) en consideración el carácter restrictivo que rige la interpretación constitucional y legal en materia de delegación. [...] la Sala encuentra que no hay norma de rango legal que habilite al Contralor General de la República para trasladar «la facultad de suscribir la convocatoria en el Gerente de Talento Humano y en el director de Carrera Administrativa» ni en otro funcionario de la entidad. [...] Consecuente con el

análisis precedente, la Sala declarará la nulidad del inciso final del artículo 11 de la Resolución número 43 de 2006 expedida por el Contralor General de la República, en lo referente a la expresión «Se delega la facultad de suscribir la convocatoria en el Gerente del Talento Humano y en el Director de Carrera Administrativa». Igualmente, declarará la nulidad de las Convocatorias números 01, 02, 03, 04 05 y 06 del 2 de diciembre de 2013. debido a que la Gerente de Talento Humano y la Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República no pueden asumir la competencia para suscribir los actos administrativos mencionados por ser las convocatorias reglamentos de carácter general, facultad que el Contralor General de la República no podía delegar, como lo hizo, mediante el artículo 11 de la Resolución 043 de 2006 que reglamentó el proceso de selección o concurso abierto de méritos de la entidad [...]”.

Problema jurídico 2: ¿[E]l Convenio interadministrativo No. 452 de 2013 celebrado entre la Contraloría General de la República y la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, el cual tuvo por objeto adelantar el proceso de selección de personal por el sistema de concurso abierto de méritos para la provisión de 26 cargos del nivel directivo y 2 del nivel asesor del sistema de carrera administrativa especial de ese organismo de control, contravino o no el artículo 25 del Decreto Ley 268 de 2000. [...] se debe establecer si en su celebración se contravino o no lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley 268 de 2000, en donde se prescribe que la elaboración y aplicación de pruebas o instrumentos de selección deberán estar a cargo de universidades públicas previa suscripción de los convenios o contratos interadministrativos respectivos, por cuanto la ESAP no es una universidad pública sino un establecimiento público nacional adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP?

Tesis 2: “[...] la ESAP no carece de ningún elemento de los exigidos por la ley para desarrollar los concursos por cuanto es una universidad pública según lo expresan los artículos 1 y 2 del Decreto 219 de 2004. En esa medida, la ESAP no tenía impedimentos para celebrar con el fin de desarrollar procesos de selección como el convocado por la Contraloría General de la República [...] el artículo 24 de la Ley 443 de 1998, sobre concursos generales abiertos, señala que la ESAP directamente o mediante contratación con entidades especializadas podrá realizar concursos generales para proveer empleos de carrera administrativa de las entidades del orden nacional. [...] Las disposiciones aquí relacionadas son suficientes para comprobar que la ESAP ostenta la condición de institución estatal u oficial de educación superior, pese a que su organización sea la de un establecimiento público y no la de ente universitario autónomo. [...] reúne las condiciones y los requisitos exigidos en el artículo 25 del Decreto Ley 268 de 2000 en cuanto a la elaboración y aplicación de pruebas o instrumentos de selección, las cuales deben ser practicadas por parte de las universidades públicas, el cual no fue vulnerado con la celebración del convenio interadministrativo demandado. En consecuencia, con lo expresado, la Sala no declarará la nulidad del contrato interadministrativo 45 de 2013 suscrito entre la Contraloría General de la República y la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP. De conformidad con las consideraciones que anteceden, la Sala declarará la nulidad del inciso final del artículo 11 de la Resolución 043 de 2006 que expresa “Se delega la facultad de suscribir la convocatoria en el Gerente del Talento Humano en el Director de Carrera Administrativa” Como quiera que, al desaparecer la norma del ordenamiento jurídico desde el momento mismo de su expedición y promulgación, no puede producir efecto alguno, la

consecuencia que de ello se sigue es que se declare también la nulidad de las Convocatorias números 001-13, 002-13, 003-13, 004-13, 005-13 y 006-13 del Concurso Abierto de Méritos 2013 de la Contraloría General de la República. En cuanto al efecto de esta decisión, el mismo es de carácter inmediato respecto de las situaciones jurídicas particulares no consolidadas al momento de quedar en firme esta sentencia; asimismo, la decisión adoptada no afecta las situaciones jurídicas particulares que se encuentren consolidadas en la misma oportunidad, esto es, aquellas cuyos plazos para ser demandadas judicialmente se encuentran vencidos, conforme a las normas legales aplicables como resultado de la ejecutoria y ejecutividad de los actos administrativos particulares y concretos”. [...] La presente sentencia de nulidad tendrá los siguientes efectos: a) Ex nunc, o ha-

cia futuro, respecto de aquellos participantes que fueron incluidos en listas de elegibles o que fueron nombrados en período de prueba o en propiedad en los cargos de Asesor Grado 1 y Director Grado 3 de las Convocatorias números 001-13, 002-13, 003-13, 004-13, 005-13 y 006-13 del Concurso Abierto de Méritos 2013-2014 de la Contraloría General de la República. b) Ex tunc, o con efectos retroactivos desde la expedición y promulgación de la Resolución 043 de 2006 de la Contraloría General de la República, en lo referente al inciso final del artículo 11, respecto de las convocatorias que se encuentren pendientes de elaborar y suscribir en concursos que se hayan iniciado con posterioridad a los que se declaran nulos en esta sentencia para cuya expedición no se podrá aplicar el aparte normativo anulado de la resolución”.

Nulidad del Decreto 1128 de 2012. Nulidad parcial de la Resolución 257 de 2012.

1149

Modificación de la estructura organizacional y funcional de la planta de personal. Justificación técnica de perfiles y cargas de trabajo resulta insuficiente para demostrar la necesidad de la medida.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00369-00(0793-13)

FECHA: 04/07/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Jairo Villegas Arbeláez

DEMANDADO: Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública y Agencia Nacional de Hidrocarburos

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El Decreto 1128 del 30 de mayo de 2012 [...] y la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, por la cual el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos distribuyó los cargos de la planta de personal de la entidad, deben ser declarados nulos por haber sido expedidos con falsa motivación y vulneración de las normas en que debieron fundarse, especialmente, del artículo 46 de la Ley 909 de 2004?

Tesis: “Toda entidad del Estado tiene dispuesto un número determinado de empleos a través de los cuales satisface los fines y las funciones que le han sido atribuidas desde el ordenamiento jurídico. Este concepto responde a lo que en materia de función pública, se conoce como planta de personal. El factor concluyente en su creación está dado por las necesidades del servicio ya que la definición clara de estas permite el diseño de la estructura organizacional a nivel global, lo que conduce a decidir aspectos como la cantidad, la naturaleza y el contenido funcional de los empleos requeridos, con su

respectiva clasificación. En esos términos, por planta de personal puede entenderse la determinación, tanto cualitativa como cuantitativa, de los empleos públicos que integran una entidad estatal a efectos de lograr el cumplimiento de los fines constitucionales y legales a los que responde su creación y funcionamiento. [...] la planta de personal puede verse expuesta a reformas, como ocurre en los eventos de supresión o creación de cargos, o incluso puede extinguirse como una consecuencia inexorable de la liquidación de la entidad estatal. [...] la modificación de las plantas de personal es una actuación esencialmente reglada, en la cual la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, así las cosas, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, pues sus actuaciones en esta materia están desprovistas de discrecionalidad. En efecto, la medida debe ser razonable y proporcional dando prevalencia al interés general, para lo cual es preciso que esté justificada y basada en estudios técnicos elaborados de acuerdo con los parámetros lega-

les antes vistos, de manera que no solamente se trata de un requisito meramente formal, sino que también debe presentarse como el sustento técnico para la modificación de la planta de personal. En otras palabras, tal documento contiene la aptitud técnica y legal del proceso, pues en él se debe ver reflejada la motivación que lleva a la modificación de la organización o entidad y que se erige como presupuesto sine qua non de la legalidad de la actuación. [...] el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos hizo consistir la necesidad de modificación de la planta en dos puntos esenciales: El hecho de que los cargos de gerente de proyectos o funcional, experto G3-8, experto G3-7 y experto G3-6 tienen funciones de trascendencia con un nivel de responsabilidad de importancia y de especial confianza del presidente de la ANH. 2. La desmejora salarial que conlleva el hecho de estar sometidos al régimen de carrera administrativa, pues ello impide que continúen devengando la prima técnica de que trata el artículo 1 del Decreto 1336 de 2003. Sobre el punto, se advierte que tales aspectos no se encuadran en los ítems que señala el artículo 96 del Decreto 1227 de 2005, para que se pueda entender que la modificación estuvo fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración [...] en cuanto al contenido de la justificación técnica, se observa que no contienen los aspectos indicados por el artículo 97 ejusdem, pues la evaluación de la prestación de los servicios y la de las funciones, perfiles y cargas de trabajo resulta insuficiente para demostrar la necesidad de la medida, pues se hace una descripción general de las labores asignadas a los empleos creados en el despacho de Presidencia, pero ni siquiera se precisan de manera específica cuáles son o por lo menos cuáles son sus cargas de trabajo y su incidencia en el desarrollo de la misión de la entidad. [...] el que no se hubiera presentado una supresión efectiva de cargos, por haberse previsto el mis-

mo número pero en distinta dependencia, no exonera a la entidad del cumplimiento de los requisitos legales para adelantar la actuación, habida cuenta de que el artículo 88 del Decreto 1227 de 2005, en cuanto a dicha situación prevé que en ese caso los titulares de derechos de carrera deberán ser incorporados en la situación en la que venían, sin que se les puedan exigir requisitos mayores para su desempeño, pero [no] exonera de los requisitos legales previos a la actuación. Tampoco se puede admitir que no fuera necesario un estudio o justificación técnica para el traslado de las plazas, porque la Ley 909 de 2004 no contiene excepciones que eximan de la aplicación del artículo 46 cuando se trate de modificaciones de las plantas de personal, máxime si se tiene en cuenta que una modificación en la naturaleza de los cargos tiene implicaciones en cuanto al acceso al empleo, la expectativa de permanencia, los derechos y prerrogativas que surgen para los servidores que ingresan por el sistema de concurso o incluso aquellos nombrados en provisionalidad y en la remuneración, razón suficiente para admitir que una decisión como la adoptada debe estar sustentada suficientemente, teniendo en cuenta que existió supresión definitiva de empleos de carrera administrativa, lo cual implica un cambio sustancial para sus titulares. De lo expuesto en precedencia se encuentra probado el desconocimiento del artículo 46 de la Ley 909 de 2004, en lo relativo a la existencia de un estudio técnico que justifique la supresión de cargos de carrera administrativa y la creación de empleos de libre nombramiento y remoción, razón suficiente para declarar la nulidad del Decreto 1128 de 2012. [...] En relación con la Resolución 267 del 13 de julio de 2012, por medio de la cual se distribuyeron los cargos de la planta Global de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, debe decirse que dado que la creación de cargos de libre nombramiento y remoción en el despacho de Presidencia, a través del

Decreto 1158 de 2012, fue ilegal, y que tal declaratoria de nulidad tiene efectos ex tunc, ello conllevaría a que también debe declararse la nulidad del acto en mención, en cuanto asignó los cargos creados por el Decreto 1128 de 2012 al despacho de Presidencia. [...] aplicar la regla general de retroactividad de la declaratoria de nulidad a la Resolución 257 del 13 de julio de 2012, implicaría que las plazas afectadas por el vicio de ilegalidad no estarían asignadas a ninguna dependencia dentro de la estructura de la

entidad, lo cual conllevaría a una situación de indefinición que traería inconvenientes mayores en la organización y a su funcionamiento, aspecto que claramente atañe al interés general, de manera que, en esta oportunidad, se considera necesario diferir los efectos de la decisión anulatoria de esta resolución, otorgando un término razonable de seis meses, dentro de los cuales el presidente de la Agencia Nacional de Hidrocarburos deberá expedir un acto en el que se regule nuevamente esta materia”.

Se declaró la nulidad del Decreto 0216 de 1991, proferido por el alcalde municipal de Santiago de Cali, por carecer de competencia el alcalde municipal para crear factores salariales y prestaciones sociales a nivel territorial.

RADICADO: 76001-23-31-000-2010-01485-01(0046-2013)

FECHA: 08/08/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Ministerio De Educación Nacional

DEMANDADO: Municipio de Santiago de Cali

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico: ¿Es competente el alcalde del municipio de Santiago de Cali para crear factores salariales y prestaciones sociales en el sector territorial?

Tesis: “[...] Se tiene que en el sistema jurídico creado a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, existe una competencia concurrente entre el Congreso y el Presidente de la República para fijar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores públicos del orden territorial; puesto que al primero le corresponde la expedición de la Ley marco con los aspectos generales sobre la materia y al segundo la reglamentación de la normativa, llevando al detalle lo dispuesto por el órgano legislativo. También resulta importante destacar que hay una prohibición expresa de índole constitucional, para que las entidades territoriales puedan pronunciarse sobre ese particular. (..) El alcalde del municipio de Santiago de Cali (Valle del Cauca) profirió el Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991, me-

dante el cual fijó una serie de factores o elementos de salarios o prestaciones sociales para los empleados públicos de ese ente territorial. Sin embargo, la Sala advierte que el alcalde municipal de Santiago de Cali carecía de competencia para expedir dicho acto administrativo, pues la prerrogativa de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los diferentes niveles territoriales estaba en cabeza del Congreso de la República, sin dejar de lado las potestades específicas del Presidente de la República para regular sobre la materia en particular y las atribuciones de las asambleas departamentales y concejos municipales para determinar los sueldos de los servidores públicos del nivel territorial correspondiente. En ese orden de ideas, la Sala destaca que en ausencia de una norma que permitiera crear prestaciones sociales o factores de salario, le estaba vedado al alcalde municipal de Santiago de Cali expedir acuerdos que crearan prestaciones sociales o factores salariales en favor de los servidores públicos [...]”.

Se declaró la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 542 de 2015, contenidos en los artículos 31, 40 y 44. La prueba de entrevista en concurso de mérito de carrera administrativa no puede tener carácter eliminatorio.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016- 00988-00 (4469-2016)

FECHA: 10/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Gustavo Adolfo Briceño Patarroyo y otros

DEMANDADO: Comisión Nacional de Servicio Civil y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad Simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Se desconocieron los principios de objetividad e imparcialidad en el Acuerdo 542 de 2015, identificado como convocatoria 328 en el concurso de méritos de la Secretaría Distrital de Hacienda, al otorgar carácter eliminatorio a la entrevista y, en consecuencia, excluir del proceso de selección a quien no la superara?

Tesis: “Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la prueba de la entrevista se aviene a los principios, valores y derechos constitucionales, siempre que su diseño y realización cumpla con las siguientes reglas generales: La realización de la entrevista no puede implicar la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según la simpatía o animadversión personal que generen los aspirantes, lo cual significa, en criterio de esta Sala del Consejo de Estado, que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, es decir, que los resultados de su realización, nunca pueden significar la exclusión de un concursante, aseveración que para esta Sección tiene el carácter de regla jurisprudencial; Previo a la realización de la entrevista,

se deben publicar los parámetros y condiciones de su realización y evaluación; Las demás pruebas o instrumentos de selección no pueden ser desconocidos a costa de los resultados que arroje la entrevista, ni puede la administración sobrevalorar la calificación en ella obtenida de tal manera que se distorsione o desconozca la relevancia de las demás pruebas, es decir, que la entrevista es una prueba accesoria y secundaria, lo que a juicio de esta Corporación, también implica que la prueba de entrevista no puede tener carácter eliminatorio, sino clasificatorio, porque lo contrario, implicaría desconocer los resultados de las demás pruebas a aplicar; No son admisibles preguntas sobre el ámbito personal del aspirante, porque atentan contra derechos como el de la intimidad; Los entrevistadores deben dejar constancia por escrito y de manera motivada de las razones de la calificación de un aspirante; Previo a la realización de la entrevista se deben publicar mecanismos idóneos de verificación y control del papel de los entrevistadores, de manera tal que estos no desarrollen de manera arbitraria, subjetiva e imparcial su rol; y Los nombres de los jurados entrevistadores deberán publicarse varios días antes de la realización de la entrevista y pueden ser recusados

si existen razones válidas, objetivas y probadas que pongan en duda su imparcialidad.(...) Los apartes normativos demandados establecen, en líneas generales, entre otras, que en la Convocatoria 328 de 2015 de la CNSC, los cargos ofertados fueron agrupados en 4 grupos y que la prueba de entrevista con «análisis de estrés de voz» sólo se les realizaría, con carácter eliminatorio, a los participantes que aplicasen para los empleos ofertados en los Grupos I y II. La lectura de los apartados normativos transcritos evidencia, que la forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 328 de 2015 desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la jurisprudencia reseñadas, puesto que contrariando la reglas contenidas en las

fuentes normativas analizadas y al criterio pacífico y reiterado de la Corte Constitucional al que se ha hecho referencia en líneas anteriores, la CNSC dispuso en el demandado Acuerdo 542 de 2015, que dicha prueba tendría carácter eliminatorio. En definitiva, como los parámetros fijados por las normas y la jurisprudencia reseñadas, no fueron colmadas por las reglas de la Convocatoria 328 de 2015, en cuanto a la prueba de entrevista se refiere, las anteriores consideraciones son suficiente para ordenar, luego del análisis realizado, la nulidad de los apartados normativos del Acuerdo 542 de 2015 que disponen que la prueba de entrevista tiene carácter eliminatorio, contenidos en los artículos 31, 40 y 44 de las reglas de la Convocatoria”.

Nulidad parcial de la Resolución 9317 de 2016, Anexo I, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en lo que respecta a los requisitos de formación académica exigidos a los profesionales no licenciados para ocupar los cargos de rector, director rural y coordinador.

Sistema especial de carrera docente. Manual de funciones, requisitos y competencias para cargos de directivos docentes y docentes. Ejercicio de la potestad reglamentaria para determinar los requisitos de formación académica para profesionales no licenciados aspirantes a cargos directivos docentes. Juicio integrado de igualdad y afectación injustificada del derecho de acceso a cargos públicos.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00722-00(3233-16)

FECHA: 10/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Fernando Muñoz Castrillón

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El Ministerio de Educación Nacional gozaba de competencia para expedir la Resolución 9317 del 6 de mayo de 2016 «Por la cual se adopta e incorpora el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos de directivos y docentes del sistema especial de carrera docente y se dictan otras disposiciones»?

Tesis 1: “El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración pública como sujeto activo al que, en dicha sede, se le ha asignado la competencia necesaria para adoptar decisiones unilaterales por medio de las cuales se creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas. De acuerdo con ello, para que esa manifestación de voluntad estatal

sea válida se requiere, entre otros, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia, que no es otra cosa que la capacidad jurídica que se predica de los sujetos particulares en el derecho privado. Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones administrativas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa. [...] es importante tener en consideración que la asignación de

competencias a la administración pública atiende a diferentes factores que pueden identificarse como el funcional, el material, el territorial y, en algunos casos, el temporal. La expedición de un acto administrativo en ausencia de cualquiera de ellos da lugar a la anulabilidad de la decisión. [...] el Ministerio de Educación Nacional gozaba de facultad para expedir el acto administrativo demandado toda vez que los artículos 2.2.2.6.1. del Decreto 1083 de 2015 y 2.4.6.3.8. del Decreto 1075 de 2015 le atribuyen expresamente la responsabilidad de adoptar el manual de funciones y competencias del sistema especial de la carrera docente. En tales condiciones es plausible sostener que la agencia ministerial actuó dentro del campo de acción en el que le corresponde desenvolverse como autoridad administrativa. Además, el contenido del artículo 2.4.6.3.8. del Decreto 1075 de 2015 permite establecer que el desarrollo de tal labor no comporta el vaciamiento de la competencia que por disposición del artículo 10 del Decreto Ley 1278 de 2002 radica en el Gobierno Nacional para definir los perfiles y experiencia exigidos a cada uno de los cargos de directivo docente. Por el contrario, cuando aquel precepto indica que el Ministerio debe expedir el referido manual atendiendo los parámetros fijados por el Gobierno Nacional en los artículos 2.4.6.3.6 y 2.4.6.3.7., deja claro que se trata de atribuciones perfectamente distinguibles, cuya titularidad radica en autoridades administrativas igualmente distinguibles [...] En conclusión, la Nación, Ministerio de Educación Nacional tenía plena competencia para expedir la Resolución 9317 del 6 de mayo de 2016, «Por la cual se adopta e incorpora el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias para los cargos de directivos y docentes del sistema especial de carrera docente y se dictan otras disposiciones», sin que el ejercicio de aquella implicara la intromisión en las competencias del Gobierno Nacional”.

Problema jurídico 2: ¿El Ministerio de Educación Nacional excedió el ejercicio de la facultad

reglamentaria a través de la Resolución 9317 del 6 de mayo de 2016?

Tesis 2: “Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico. [...] Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. [...] para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las dis-

posiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias. [...] al estudiar el contenido de los artículos 116 de la Ley 115 de 1994 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, se observa que ni el legislador ordinario ni el extraordinario previeron como requisito para que los profesionales no licenciados ejercieran la docencia en los cargos directivos que acreditaran un título profesional en un área determinada de conocimiento [...] la entidad no exhibió ninguna carga argumentativa que cumpliera con criterios de razonabilidad y proporcionalidad entre el perfil exigido y su pertinencia, necesidad y adecuación al cargo de directivo docente. Nótese que las áreas de conocimiento que admite dicho anexo para poder ejercer cargos directivos docentes no necesariamente tienen una relación inmediata entre sí [...] Por lo que no se evidencia cómo las áreas de conocimiento exigidas en el acto demandado satisfacen la necesaria garantía de idoneidad, calidad y competencia que el desempeño del cargo directivo docente conlleva, lo que sin duda, comporta una restricción injustificada en la base de profesionales que puedan ocupar dichos cargos [...] la Corte Constitucional ha sido enfática al destacar el carácter pluralista de la educación en la Constitución y, con base en ello, la importancia de que profesionales de diferentes disciplinas ejerzan el servicio educativo. Por ello, este tipo de restricciones deben ser objeto de un control riguroso, en la medida en que están de por medio valores fundantes del Estado Social de Derecho como la democracia y el pluralismo, al igual que los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 13 superior) y al acceso a cargos públicos (artículo 40-7 superior) [...] en el presente caso hay lugar a un test de proporcionalidad en todas sus

etapas, de manera que debe estudiarse la satisfacción de los mandatos de (i) adecuación, idoneidad o congruencia; (ii) necesidad, intervención mínima o menor lesividad y; (iii) proporcionalidad en sentido estricto [...] la Sala advierte que el requisito de acreditar un título profesional en un área de conocimiento particular para poder aspirar a un cargo directivo docente no cumple con el test de necesidad. Esto porque el ordenamiento jurídico consagra otros mecanismos que, sin afectar el pluralismo ni el derecho de acceso a cargos públicos, permiten asegurar la calidad en la prestación del servicio educativo y dignificar la profesión docente. Así pues, aunque es cierto que no cualquier docente tiene la vocación de ejercer un cargo de naturaleza directiva y que ello justifica la consagración de un perfil distintivo entre uno y otro tipo de empleo, no es menos cierto que el cumplimiento de los requisitos para ejercer como directivo no solo se garantiza con la acreditación de un título profesional en un determinado campo de conocimiento sino a través del sistema de concurso público de méritos que contempla el artículo 105 de la Ley 115 de 1994, el cual asegura el mérito como fin esencial de la carrera docente [...] Por lo anterior, la Subsección A negará la pretensión principal y, en su lugar, resolverá favorablemente la pretensión subsidiaria de la demanda que instauró el señor Carlos Fernando Muñoz Castrillón en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional. En consecuencia, declarará la nulidad parcial de la Resolución 9317 del 6 de mayo de 2016, Anexo I, en lo que respecta a los requisitos de formación académica exigidos a los profesionales no licenciados para desempeñar los empleos de (i) rector, (ii) director rural y, (iii) coordinador. Lo anterior bajo el entendido de que para satisfacer tales requisitos basta con que acrediten en debida forma cualquier título profesional [...].”

Se declaró la nulidad del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por falta de competencia para regular el ejercicio del derecho de petición en torno a las cesantías parciales y definitivas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00992-00[4473-2016]

FECHA: 31/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Luis Alonso Aristizábal Marín

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Educación Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La norma contenida en el inciso primero del artículo 5 del Acuerdo 34 de 1998 fue expedida por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin tener competencia para ello, al disponer que en el trámite de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo no pueden radicarse solicitudes por el trámite ordinario sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior?

Tesis: “[...] Tomando como punto de partida el artículo 121 de la Constitución Política, que dispone que “[n]inguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, la Subsección no advierte que del artículo 4 de la Ley 91 de 1989 se desprenda la competencia del Consejo Directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para proferir el enunciado normativo cuestionado en el presente proceso, pues, tal como lo adujo la parte actora, las funciones previstas en la mencionada Ley están relacionadas con la administración del fondo, sin que impliquen la

facultad para regular el ejercicio del derecho de petición en torno a las cesantías parciales y definitivas, a tal punto de invadir la órbita de competencia del legislador. Efectivamente, la disposición demandada constituye una restricción al derecho fundamental de petición, por cuanto impide presentar las solicitudes relacionadas con las cesantías parciales de los docentes en cualquier tiempo, pues, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición “la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas”; por lo cual el hecho de que al interesado no se le permita presentar una solicitud, ya sea porque la autoridad se niegue a recibirla o que impida su presentación, implica una limitación a ese derecho fundamental y, en consecuencia es un asunto que debe ser regulado por el Legislador. En ese orden, se evidencia que al establecer un límite temporal a la radicación de solicitudes de cesantías parciales a través de la disposición demandada,

el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vulnera los derechos de los docentes a requerir sus prestaciones a las cuales tienen derecho, especialmente, se advierte una transgresión al derecho fundamental de petición, el cual, además, constituye un asunto que se encuentra bajo reserva de Ley, por lo cual las autoridades administrativas no pueden sustituir al Legislador en lo relativo a la restricción del ejercicio del derecho fundamental de petición [...]”.

Se declaró la nulidad del Memorando OTH 20153119026 del 26 de mayo de 2015 Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. No se encontraba facultada la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, dado que la normatividad aplicable establece que dicha evaluación procede únicamente respecto de empleados públicos de carrera administrativa y en periodo de prueba.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00040-00(0112-2016)

FECHA: 06/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Jairo Benjamín Villegas Arbeláez

DEMANDADO: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Debe declararse la nulidad del Memorando OTH 201531190 de 26 de mayo de 2015 (...), con su instructivo y formulario, por medio del cual se conciertan los compromisos laborales “prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad”, por haber sido expedido con falta de competencia y extralimitación de funciones?

Tesis: “[...] La Sala advierte, que tanto la Ley 909 de 2004 como el Decreto 1083 de 2015 regularon todo lo relacionado con la evaluación del desempeño de los empleados públicos de carrera administrativa y que se encuentren en período de prueba. Así, de su contenido puede concluirse que ninguna de las dos normas dispuso que dicha evaluación también debía hacerse sobre los empleados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción. Adicionalmente, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla. Adicionalmente, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla.(...) la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, no estaba facultada para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, pues es evidente que se arrogó competencias que no le correspondían, toda vez que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, regularon únicamente en sus artículos 37 a 40 y 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12 respectivamente; que la evaluación del desempeño procede respecto de empleados públicos de carrera administrativa y en período de prueba, sin incluir a empleados vinculados en libre nombramiento y remoción y en provisionalidad [...]”.

culo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla. Adicionalmente, es claro que, las entidades a quienes se les aplica esta normativa y las directrices de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al desarrollar los sistemas de evaluación del desempeño de estos servidores públicos, por mandato del artículo 40 de la Ley 909 de 2004, deben sujetarse a lo regulado en esta y en su reglamentación, sin que puedan modificarla o adicionarla.(...) la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, no estaba facultada para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, pues es evidente que se arrogó competencias que no le correspondían, toda vez que la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, regularon únicamente en sus artículos 37 a 40 y 2.2.8.1.1. al 2.2.8.1.12 respectivamente; que la evaluación del desempeño procede respecto de empleados públicos de carrera administrativa y en período de prueba, sin incluir a empleados vinculados en libre nombramiento y remoción y en provisionalidad [...]”.

Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013 «por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la de la carrera administrativa de la Contraloría General de Antioquia – Convocatoria 258 de 2013», expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y de la Oferta Pública de Empleo de Carrera OPEC, que según el Acuerdo 477 de 2013 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, rige y soporta la Convocatoria 258 de 2013 (no anulado).

Carreras administrativas especiales. Administración y vigilancia de la carrera de las Contralorías Territoriales. Potestad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dictar los lineamientos de los procesos de selección. Limitación a la inscripción a un solo cargo en los concursos.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00294-00(0595-2015)

FECHA: 20/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Sergio Antonio Hernández Botero y otros

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y Contraloría General de Antioquia

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿El Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013 fue expedido con falta de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar la carrera de las contralorías territoriales?

Tesis 1: “[...] El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración, como sujeto activo al que se le ha asignado la competencia necesaria para adoptar decisiones unilaterales por medio de las cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. De acuerdo con ello, para que esa manifestación de voluntad estatal sea válida se requiere, entre otros, que

al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia, que no es otra cosa que la capacidad jurídica que se predica de los sujetos particulares en el derecho privado. [...] la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones administrativas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado

desenvolverse a una autoridad administrativa. [...] la Constitución Política de 1991, en el artículo 130, prevé la existencia de una entidad responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, con excepción de las de carácter especial, esto es, la Comisión Nacional del Servicio Civil [...] En lo atinente a las carreras especiales de origen constitucional, la Corte Constitucional explicó que su creación tiene su razón de ser en la especificidad de las funciones que pretende regular, de manera que la selección de personal con fundamento en las normas generales obstaculiza el cumplimiento de esas tareas tan particulares, sin embargo, consideró que ello no es óbice para que también estén sometidas a los principios y reglas de la carrera administrativa. Así mismo, la Corte aclaró sobre las carreras de origen constitucional, que deben ser vigiladas y administradas por un órgano diferente a la Comisión Nacional del Servicio Civil y ameritan la existencia de un ente especial que lo haga; no obstante, también sostuvo que ello no impide que la ley le pueda asignar tal función de manera transitoria y excepcional, como lo previó el artículo 3.2 de la Ley 909 de 2004, en el cual extiende de manera supletoria sus disposiciones a los regímenes que tienen esta naturaleza. En cuanto a las carreras especiales de origen legal, son las que el artículo 4 de la Ley 909 de 2004 identifica como sistemas específicos de carrera administrativa, como especies dentro del régimen general, cuya determinación se debe cimentar en la evaluación sobre la singularidad y la especialidad de las funciones que deben ejecutar, las cuales ameritan regulaciones particulares para el ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, contenidas en leyes distintas a las que aplican a la generalidad de la función pública, puesto que ello debe tenerse como la razón suficiente para su existencia. Frente a estos regímenes, tanto el artículo 4-3

de la Ley 909 de 2004 como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han definido que deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. [...] la Corte indicó que aunque el Congreso de la República omita expedir las normas que regulen el sistema de carrera de las contralorías territoriales, ello no implica que la competencia temporal que legalmente le fue conferida a la Comisión Nacional del Servicio Civil se extinga y destacó que uno de los efectos de una interpretación en contrario sería dejar sin régimen jurídico la materia, en detrimento del mandato del artículo 125 Superior. [...] la Comisión Nacional del Servicio Civil sigue siendo el ente responsable de administrar y vigilar la carrera especial de las contralorías territoriales, mientras el Congreso regula, en definitiva, el órgano en el que recaerá tal labor. Así pues, la pérdida de competencia de la demandada solamente podría verificarse si en el momento en el que expidió la convocatoria a concurso para la Contraloría Departamental de Antioquia el legislador ya hubiera designado otro órgano para el ejercicio de dicha función, lo cual no ha sucedido. [...] la Sala estima que en efecto, el tiempo que ha transcurrido desde la expedición de la Carta Política hasta que se profiere esta providencia ha excedido un término que pueda concebirse como razonable, pues son 29 años sin que se haya dado cumplimiento al mandato constitucional de determinar un régimen especial de carrera administrativa para las contralorías territoriales, no obstante, debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, en el párrafo transitorio del artículo 2, que modificó el artículo 268 Superior, concedió facultades extraordinarias al presidente de la República para regular la materia [...] En esas condiciones, en obediencia de la obligación que el artículo 2 de la Carta impone a las autoridades de la República

de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, se considera conveniente atender la solicitud del Ministerio Público y se exhortará al presidente de la República para que dé cumplimiento a lo previsto por el Acto Legislativo 04 de 2019, así como al Congreso de la República para que en caso de que lo anterior no se cumpla, adelante el trámite de la ley que regule el régimen especial de carrera de las contralorías territoriales”.

Problema jurídico 2: ¿Se vulneran los artículos 40, 121 y 125 de la Constitución Política y los artículos 27 y 28 de la Ley 909 de 2004 al limitar la inscripción de cada aspirante a solo un cargo?

Tesis 2: “[...] la Ley 909 de 2004, en el artículo 27 define la carrera como un sistema técnico de administración de personal en el que el criterio esencial en la provisión de cargos públicos está dado por el mérito y la calidad de los aspirantes, lo que redundando no solo en beneficio del interés general y de los fines del Estado, quien tendrá a su servicio a los más calificados, sino también en el de los trabajadores, a quienes de esta forma se les garantiza estabilidad laboral e igualdad de oportunidades de cara al empleo. En ese orden, resulta plausible afirmar que el mérito es un principio que, por disposición del constituyente y del legislador, se encuentra inserto en la esencia misma de los empleos de carrera, apareciendo como una de las formas en las que se proyecta la satisfacción de las necesidades del servicio y de los intereses de la comunidad. Lo anterior puesto que el hecho de que las calidades intelectuales, académicas y laborales aparezcan como criterios inherentes en su provisión, juega tanto a favor de los empleados como en beneficio del Estado. Entendido así, el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada

por los mejores y más capacitados funcionarios. [...] la Subsección A se aparta de la lectura que proponen los demandantes pues entiende que el derecho de acceso a cargos públicos se respeta con la garantía de inscripción de los aspirantes en igualdad de condiciones a un concurso público de méritos, exigencia que se satisface aun cuando, como en el caso de marras, se restringe la inscripción a un solo cargo. Debido a que el alcance que pretende darle la demanda al derecho de acceso a cargos públicos no se acompasa con lo normativo y jurisprudencialmente se ha definido como el núcleo esencial de aquel, tampoco podría afirmarse, como sugiere aquella, que la entidad demandada se arrogó competencias propias del legislador al limitar, a través de un acto administrativo, un derecho que por ser de rango fundamental solo podría restringirse a través de una ley estatutaria, por lo que queda descartada la configuración de dicho vicio. Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que, la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene una amplia libertad de configuración que le permite definir el contenido y alcance de todo el proceso de selección, incluida la fase de inscripción, teniendo como única limitante el sometimiento a la Constitución Política, los principios en los que se cimienta el sistema de carrea administrativa y las reglas básicas que define la Ley 909 de 2004. En punto a lo que es objeto del presente proceso, se advierte que las referidas disposiciones no regularon la manera en que debe surtir la inscripción de los participantes al proceso de selección, lo que, en armonía con lo ya señalado, permite que el vacío normativo sea suplido con la reglamentación que para tales efectos profiera la CNSC [...]”.

Problema jurídico 3: ¿La expresión «el interesado deberá escoger y decidir su participación, solo en UNA (1) Convocatoria», contenida en el parágrafo del artículo 9 del Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013, contiene una limitación al derecho fundamental de acceso a funciones pú-

blicas que no podía ser introducida por la Comisión Nacional del Servicio Civil por tratarse de una materia de reserva de ley estatutaria?

Tesis 3: “[...] en cuanto a la limitación de la inscripción a una sola convocatoria, tampoco puede admitirse que vulnera el artículo 40 de la Constitución Política, en la medida en que el mismo artículo 9 del Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013 expone las razones por las cuales la disposición resulta adecuada, necesaria y proporcional a su fin, esto es, el hecho de que simultáneamente adelanta varias convocatorias para contralorías territoriales y que las pruebas escritas serían aplicadas el mismo día. Lo anterior resulta perfectamente compatible con el principio de eficiencia en los procesos de selección, como un aspecto de innegable interés general, puesto que busca permitir que se procure de la manera más ágil posible la selección del personal que demuestre el mayor mérito para el ejercicio de la función pública, sin que pueda admitirse que aquel afecta el de libre concurrencia, el cual supone que quienes demuestren los requisitos definidos por las convocatorias pueden participar en los concursos sin discriminación alguna, toda vez que la razón por la cual no es viable la participación en más de una convocatoria no se enmarca en un criterio sospechoso de aquella. En ese orden, comoquiera que quedó definido que la limitación a la inscripción por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil no vulne-

ra los artículos 40-7 y 125 de la Constitución Política y que la medida acusada se ajusta a la legalidad, queda por señalar que tampoco desconoce el artículo 121 ibidem que prohíbe a las autoridades actuar por fuera de las funciones asignadas por la Constitución y la ley. Conclusión: El Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013 de la Comisión Nacional del Servicio Civil no vulnera los artículos 40, 121 y 125 de la Constitución Política ni los artículos 27 y 28 de la Ley 909 de 2004 al limitar la inscripción de cada aspirante a solo un cargo, contrario a ello, además de consagrar una medida que respeta el principio de proporcionalidad, fue expedido con sujeción al marco constitucional y legal, en ejercicio de la competencia atribuida a la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar la carrera administrativa. [...] al limitar la inscripción de los participantes del concurso de méritos a un solo cargo no restringió el derecho fundamental de acceso a cargos públicos y, por consiguiente, tampoco se arrogó facultades propias del legislador estatutario”.

Exhorto

“[...] Se exhortará al presidente de la República para que dé cumplimiento a lo previsto por el Acto Legislativo 04 de 2019, así como al Congreso de la República para que en caso de que lo anterior no se cumpla, adelante el trámite de la ley que regule el régimen especial de carrera de las contralorías territoriales [...]”.

Pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad de disposiciones subrogadas. Potestad reglamentaria del Gobierno Nacional y respeto de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-01159-00{5211-2016}

FECHA: 26/03/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Francisco Javier Giraldo Gómez

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, desbordó su potestad reglamentaria al disponer en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, que los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes, con títulos profesionales diferentes al de licenciado en educación, debían cumplir con exigencias mayores a las definidas en los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994, y los artículos 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, configurándose con ello un desconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas a la igualdad y al trabajo consagrados en los artículos 13 y 25 de la Constitución, respectivamente?

Tesis: “Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por

consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico. [...] Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación cuando se requiera, por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. [...] La Sala encuentra que, en efecto, le asiste razón al demandante, pues

al estudiar el contenido de los artículos 116 (modificado por el artículo 1 de la Ley 1297 de 2009) y 118 de la Ley 115 de 1994, y 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, se observa que ni el legislador ordinario ni el extraordinario previeron un criterio para brindar un trato dispar a aquéllos profesionales con títulos diferentes al de licenciado en educación, en lo relativo a las condiciones de acceso mediante concurso a cargos de directivos docentes. [...] es preciso entender que el derecho de acceso a cargos públicos se ve indebidamente restringido cuando se condiciona la posibilidad de aplicar al desempeño de un determinado empleo público al cumplimiento de requisitos que carecen de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las funciones atribuidas al mismo. [...] es importante señalar que el Ministerio tiene la competencia para definir los requisitos mínimos de habilidad que han de cumplir quienes se postulan a un determinado empleo y que estos resultan esenciales para garantizar la calidad en la prestación del servicio educativo. Sin embargo, en el caso objeto de estudio, la delimitación de la experiencia específica solo para los aspirantes a los concursos, con título profesional diferente

al de licenciado en educación, se traduce en una restricción desproporcionada en la medida en que no asegura la concurrencia de una mayor cantidad de profesionales interesados en desempeñarse como directivos docentes y restringe la posibilidad de ocupar un empleo público sin que ello redunde necesariamente en la medición adecuada y confiable del mérito, propósito que puede cumplirse a cabalidad con la realización del respectivo proceso de selección. En conclusión: El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional, excedió el ejercicio de su potestad reglamentaria al disponer en el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7 del Decreto 1075 de 2015, una exigencia de experiencia específica de mínimo dos años en manejo de personal, finanzas o planeación, exclusivamente para los aspirantes al concurso de docentes y directivos docentes, con títulos profesionales diferentes al de licenciado en educación, pues con ello se configuró un desconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas a la igualdad (art. 13 CP) y al trabajo (art. 25 CP), este último en estrecha conexidad con el derecho de acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 40 de la Constitución [...].”

Efectos de las sentencias de inexequibilidad sobre la fuerza ejecutoria de los actos administrativos. Desarrollo normativo de la carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y la exigencia de tiempo de servicios para la asignación de retiro. Competencia para establecer el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-01107-00[3494-2014]

FECHA: 16/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Manuel Ignacio Rodríguez Manosalva

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Debe declararse la nulidad del artículo 53 del Decreto 1029 del 20 de mayo de 1994 como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad parcial del Decreto Ley 41 del 11 de enero de 1994 por medio de la Sentencia C- 417 de 1994 de la Corte Constitucional?

Tesis 1: “[...] si la Corte Constitucional declara la inexequibilidad de una norma con fuerza de ley, que, a su vez, le dio sustento jurídico a un acto administrativo, se presenta el presupuesto previsto por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha de expedición del Decreto 1029 de 1994, reproducido por el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, disposición según la cual los actos administrativos son obligatorios siempre que no se hubieren anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo que se presente alguno de los eventos

en los cuales pierden su fuerza ejecutoria , dentro de ellos incluye: “[...] Cuando desaparezcan los fundamentos de hecho o de derecho [...]”. Ahora bien, cuando opera el decaimiento de los actos administrativos por la causal en mención, el Consejo de Estado ha sostenido que aquella situación no vicia de nulidad el acto, ni impide que sea demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues sigue amparado por la presunción de legalidad, de manera que “[...] su enjuiciamiento debe efectuarse con base en los fundamentos de hecho y de derecho existentes en el momento de su expedición; máxime si se considera que sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que los acompañó mientras produjeron efectos. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El artículo 53 del Decreto 1029 del 20 de mayo de 1994 debe ser declarado nulo porque reguló el tema de la asignación de retiro para el personal del nivel

ejecutivo de la Policía Nacional, el cual fue previsto legalmente solo hasta la expedición de la Ley 180 de 1995?

Tesis 2: “[...] Del recuento normativo y jurisprudencia expuesto en precedencia, se puede colegir que la expedición del Decreto 1029 de 1994 se fundó en el Decreto Ley 41 de 1994, norma que fue declarada inexecutable en la sentencia C-417 de 1994, situación que generó el decaimiento del primero, como se expuso previamente. Así las cosas, no puede admitirse que el Decreto 1029 de 1994 reguló un supuesto fáctico que no existía (el nivel ejecutivo) y que solo fue creado con la Ley 180 de 1995, pues la situación que reglamentó era anterior, cosa distinta es que más adelante hubiera sido retirada del ordenamiento, con efectos ex nunc por la sentencia C-417 de 1994 [...]”.

Problema jurídico 3: ¿El artículo 53 del Decreto 1029 del 20 de mayo de 1994 fue expedido con infracción de las normas en que debió

fundarse, porque al establecer el requisito de 25 años de servicio para acceder a la asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria de que trata el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política, al desarrollar la Ley 4.ª de 1992?

Tesis 3: “[...] En esas condiciones, es forzoso inferir que el artículo 53 del Decreto 1029 de 1994 fue expedido con exceso en la potestad reglamentaria de que trata el artículo 150, numeral 19, literal e), pues no podía regular la materia, sin atender los parámetros de una ley marco que lo habilitara para tal efecto. En efecto, tal y como lo anotó la Sala en anteriores oportunidades la regulación de los requisitos para acceder a la asignación de retiro del nivel ejecutivo no podía ser desarrollada a través de decretos administrativos expedidos con fundamento en la Ley 4 de 1992, disposición que no habilitaba al Gobierno para hacerlo, pues sobre esta materia existe una cláusula de reserva legal [...]”.

Se declaró la nulidad de la Resolución 02457 de 2016, expedida por la Fiscalía General de la Nación. Los parámetros de evaluación de desempeño de los servidores vinculados en carrera administrativa o en periodo de prueba de la Fiscalía General de la Nación no son aplicables a los servidores vinculados a dicha entidad con nombramiento en provisionalidad.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00281-00(1363-2017)

FECHA: 24/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Mónica Juliana Pacheco Orjuela

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es posible extender los parámetros de calificación de desempeño laboral de los servidores en carrera y en periodo de prueba de la Fiscalía General de la Nación a los servidores que se vinculen a esa entidad en forma provisional?

Tesis: “[...] En la medida en que la Resolución 2457 de 2016 hace extensivos los mecanismos, parámetros e instrumentos previstos para la evaluación del desempeño y del servicio de los funcionarios vinculados mediante carrera administrativa y en periodo de prueba a aquellos nombrados en provisionalidad, vulnera ostensiblemente el derecho de igualdad, antes que garantizarlo, como lo dice en el cuerpo mismo de su articulado; lo que ocurre cuando quiera que se equipara a todos los funcionarios de la Entidad en condiciones y responsabilidades, sin otorgar los mismos beneficios, pues es claro que la estabilidad propia de la carrera administrativa no es ni será predicable para quien ocupa el cargo en provisionalidad; propiciando también un desequilibrio en las cargas públicas imputable a la Fiscalía General

de la Nación y a sus servidores públicos, quien teniendo el deber jurídico de proveer la totalidad de sus cargos mediante el sistema de concurso no lo hace, bajo el amparo de un sistema de calificación del servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad, cuya reglamentación legítima en apariencia su proceder. Razón por la cual el cargo estará llamado a prosperar y el acto administrativo compelido a perder su presunción de legalidad. Finalmente, el Consejo de Estado llama la atención en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad que se dictará mediante este acto administrativo no implica que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación sea contrario a derecho, toda vez que lo que jurídicamente se reprocha es que dicha calificación se realice equiparando a este tipo de funcionarios con los de carrera mediante la aplicación de los mismos criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos que para medir su desempeño se utilizan, desnaturalizando por ende la razón de ser de unos y otros [...]”.

Se declaró la nulidad parcial del artículo décimo noveno del Acuerdo PSAA10-6837 de 2010, artículos décimo octavo y décimo noveno del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, por exceder la facultad reglamentaria al consagrar como requisitos para el traslado de los servidores judiciales que el puntaje de la calificación de servicios sea igual o superior a 80 puntos y el rechazo de la petición cuando no se acompañe de todos los documentos pertinentes.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-01080-00(4748-2015)

FECHA: 24/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Zulima Cecilia Torres Fontalvo y Otros

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Excede la facultad reglamentaria otorgada al Consejo Superior de la Judicatura, al exigir como requisito de traslado un puntaje igual o superior a 80 puntos en la calificación de servicios y la presentación de la petición con todos los documentos, so pena de rechazo?

Tesis: “[...] Esta Sala considera que por disposiciones constitucionales y legales, el Consejo Superior de la Judicatura, puede dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la administración de justicia, la organización, funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se surtan en los despachos judiciales, pero ninguna disposición le autoriza en aras de “administrar”, establecer requisitos adicionales que la ley no contempla en materia laboral, pues esto significa el ejercicio de una función legislativa que no le es propia y la evidente vulneración de los derechos fundamentales de quienes por

motivos ajenos a la consideración y evaluación de sus méritos, resultan impedidos hasta que obtengan una calificación de servicios igual o superior a 80 puntos para solicitar su traslado para un cargo que se encuentre vacante en forma definitiva, o bien por razones de servicio. De manera que, ni la Ley 270 de 1996, ni la modificación establecida en la Ley 771 de 2002 imponen una condición de “calificación de servicios igual o superior a 80 puntos” para el traslado de un empleado de carrera, y si bien se autoriza al Consejo Superior de la Judicatura en aras de no afectar el servicio de administración de justicia, para que emita su “concepto previo” sobre los traslados, este concepto no puede basarse en requisitos adicionales a los previstos por el Legislador para la concreción de dicho derecho del trabajador, ni suplantar la labor del nominador del cargo, por cuanto que de hacerlo, se estaría abrogando la función de autorización del traslado y no la de calificar la

solicitud como de aceptable o no, que es específicamente lo que le corresponde por mandato del artículo 134 de la mencionada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Máxime si se tiene en cuenta que dentro de la Rama Jurisdiccional del Poder Público los traslados de funcionarios es una de las maneras por medio de las cuales quienes se encuentran en carrera judicial acceden a otros cargos que se hallan vacantes de manera definitiva, por lo que al reglamentar este procedimiento con requisitos que desbordan los exigidos por la ley, el Consejo superior de la Judicatura se inmiscuyó indebidamente en la regulación del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, atribución predicable solamente del legislador. Del mismo modo, no puede esta Colegiatura pasar por alto lo previsto en el artículo décimo noveno del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, al considerar que “debido a la celeridad que conlleva el trámite de traslado, las peticiones presentadas deberán estar acompañadas de todos los

documentos en los términos requeridos que permitan determinar su viabilidad, de lo contrario serán rechazadas”; requisito que a todas luces transgrede los derechos de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial contemplados en el numeral 6 del artículo 152 de la Ley 270 de 1996; constituyéndose en una exigencia adicional para conceptuar sobre la aceptabilidad del traslado, que tampoco está inmerso dentro de las causas específicas y precisas establecidas en Ley Estatutaria cuando se regula la materia. (...) Ahora bien, precisamente debe recabar la sala en que la decisión de autorizar o no el traslado pedido, resulta ser de exclusiva competencia de la respectiva autoridad nominadora, previo la realización del trámite previsto por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia para el efecto, y la aceptación de la solicitud por parte del Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales, según sea el caso, sin que en efecto sea posible establecer requisitos adicionales a los allí previstos [...]”.

Nulidad parcial de la Resolución 000571 de 2013 – Artículo 7 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC: la expresión «expedición».

Obligatoriedad y publicidad de los actos administrativos de carácter general. Promulgación normativa.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00675-00(2084-2014)

FECHA: 30/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Asociación Sindical Unitaria de Servidores Públicos
del Sistema Penitenciario (UTP) y otro

DEMANDADO: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y
Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Resolución 000571 del 7 de marzo de 2013, proferida por el INPEC, infringe las normas en que debía fundarse, específicamente el artículo 65 del CPACA, por haber dispuesto que entraría en vigencia el día de su expedición?

Tesis: “En el ordenamiento jurídico colombiano, los vicios invalidantes de los actos administrativos aluden a todas aquellas circunstancias que tienen la capacidad de suprimirles validez a las manifestaciones de voluntad de la administración a raíz del incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para que estas se produzcan conforme a derecho. Se trata entonces de una teoría que entra en juego cuando las decisiones de la administración desconocen el valor normativo del ordenamiento y, en consecuencia, pueden catalogarse como antijurídicas. [...] es pertinente advertir que no basta con que se presente una de aquellas irregularidades para que el acto administrativo pierda su validez ya que, debido a la presunción de legali-

dad que los cobija, la nulidad requiere de una declaratoria en sede jurisdiccional. Ahora, la anulación judicial no es la única vía para hacer frente a la ilegalidad de los actos administrativos pues, con tal fin, también se han previsto mecanismos como la revocación directa de la decisión por la autoridad que la adoptó o su interpretación conforme a la Constitución o inaplicación a través de la excepción de inconstitucionalidad, al igual que la llamada excepción de la de ilegalidad de que puede hacer uso el juez contencioso administrativo. [...] a través de dicha resolución, el INPEC ajustó el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos del personal administrativo y que, en efecto, el artículo 7 precisó que la entrada en vigencia sería «a partir de su fecha de expedición». Como es sabido, la vigencia de las normas jurídicas alude a su obligatoriedad, es decir, a la aptitud que tienen aquellas para generar un efecto vinculante frente a los asociados y frente a las autoridades mismas [...] por expresa disposición del artículo 65 del CPACA,

la eficacia, oponibilidad o, si se quiere, el carácter obligatorio de los actos administrativos de contenido general, se encuentra condicionado a que se haya surtido su publicación, lo que claramente denota la contrariedad parcial del artículo 7 de la resolución acusada, en cuanto consagró que dicho acto estaría vigente y, por ello, sería vinculante desde el momento en que se profirió y no desde aquel en que se publicó. De acuerdo con ello, la tesis que sostendrá la Sala es que, en efecto, aquel precepto desconoce manifestamente el artículo 65 del CPACA. Sin embargo, es importante explicar que, como la irregularidad en comento se contrae a la expresión «expedición» contenida en el artículo 7 de la Resolución 000571 del 7 de marzo de 2013, la validez del contenido restante del acto

demandado no se ve afectada. En tales condiciones, por mandato del referido artículo 65, ha de entenderse que el acto administrativo objeto de controversia entró a regir a partir de la fecha de su publicación, última que según aquella norma y su interpretación constitucional pudo efectuarse bien sea a través de su difusión en el diario oficial o bien, en uso de cualquier otro medio que haya garantizado su divulgación en forma efectiva y masiva [...] este vicio, que afecta parcialmente el acto demandado, no radica en la presunta falta de publicación de la Resolución 000571 del 7 de marzo de 2013, toda vez que, según quedó anotado, la ausencia de dicho requisito no tiene la capacidad de afectar la validez de las manifestaciones de voluntad de la administración [...].”

Nulidad parcial del Acuerdo 540 de 2015 – Artículo 9, numeral 5, de la Comisión Nacional del Servicio Civil: la expresión «por alguna».

Sistemas específicos de carrera administrativa. Comisión Nacional del Servicio Civil, funciones de administración y vigilancia. Potestad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para dictar los lineamientos de los procesos de selección. Oferta pública de empleos de carrera administrativa, pruebas específicas dentro del proceso de selección y principio del mérito.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00997-00[4252-2015]

FECHA: 14/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Asociación Sindical de Empleados de la Superintendencia de Sociedades (ASESS)

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y Superintendencia de Sociedades

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿“La expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, acto que contiene la Convocatoria 329 de 2015 para proveer cargos de carrera administrativa en la Superintendencia de Sociedades, crea una inhabilidad que no está prevista por el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005, que establece el sistema específico de carrera de las superintendencias, en relación con el requisito de no haber sido sancionado administrativamente por una superintendencia, dentro de los 5 años anteriores, con lo cual se configura la causal de anulación de desconocimiento de las normas en que debió fundarse”?

Tesis 1: “El artículo 125 de la Constitución Política dispone que, como regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, lo cual implica que el ingreso a ellos requiere del previo cumplimiento de las exigencias y

condiciones que fije la ley para «determinar los méritos y calidades de los aspirantes». Para dicho fin, el artículo 130 de la Carta Política señaló que la Comisión Nacional del Servicio Civil sería la entidad responsable de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas que tengan carácter especial. En desarrollo de lo anterior, la Ley 909 de 2005 definió, entre otros aspectos, las normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa y en el artículo 4 precisó que los sistemas específicos de carrera son aquellos que contienen regulaciones específicas en cuanto al ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, en consideración a la especialidad de las funciones que algunas entidades cumplen, entre ellas las superintendencias (numeral 2). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la vigilancia y administración de aquella también está a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil. [...] el análisis de

las expresiones bajo estudio conlleva a la conclusión de que la expresión «alguna» contenida en el Acuerdo 540 de 2015, al referirse a un número plural e indeterminado de superintendencias cuya sanción administrativa imposibilita al aspirante para hacerse parte del concurso, amplía el ámbito de restricción que contiene el Decreto Ley 775 de 2005, en razón a que, de acuerdo con este último, solo inhabilita a quien hubiera sido sancionado directamente por la Superintendencia de Sociedades, entidad que en este caso adelanta el concurso, en tanto que la convocatoria demandada extendió la restricción a quien hubiera sido sancionado por cualquier superintendencia. [...] si bien se dejó claro que la Comisión Nacional del Servicio Civil goza de autonomía para administrar la carrera, también lo es, que para este ejercicio, la Constitución le impone la sujeción a la ley para determinar las calidades de los aspirantes, además de que las competencias que le hubieran sido asignadas a otras autoridades, ello quiere decir que la determinación de tal aspecto no está dentro del radio de acción de sus potestades. De manera que al ampliar la restricción impuesta por la norma superior se hace evidente que la Convocatoria 329 de 2015 se excedió en el ejercicio de la función de dictar los lineamientos de la convocatoria del concurso. [...] se infiere que con la expresión acusada contenida en el Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, la Comisión Nacional del Servicio Civil se extralimitó en el ejercicio de su función de administrar la carrera específica de la Superintendencia de Sociedades, pues al introducir un requisito negativo en la convocatoria, creó una inhabilidad, asunto que está sometido a reserva de ley y desconoció el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005. Con todo, lo anterior no obsta para señalar que la decisión que se adoptará no puede desconocer situaciones particulares que se hubieran llegado a consolidar como consecuencia de los efectos que este acto ha causado. Conclusión: La expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9 del Acuerdo 540 de

2015 debe ser anulada, puesto que creó una inhabilidad, asunto que está sometido a reserva de ley y desconoció el artículo 5 del Decreto Ley 775 de 2005, con lo cual la Comisión Nacional del Servicio Civil se extralimitó en el ejercicio de su función de administrar la carrera específica de la Superintendencia de Sociedades [...]”.

Problema jurídico 2: ¿“La Oferta Pública de Carrera contenida en el artículo 11 del Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015, fue expedida con vulneración de las normas en que debió fundarse, especialmente, de los artículos 3 y 5 del Decreto Ley 775 de 2005, por haberse elaborado con base en las tareas especiales asignadas por el superintendente a las áreas de trabajo y no de conformidad con las funciones asignadas por el Decreto 1023 de 2012, en el artículo 6, que definió la estructura administrativa de la Superintendencia de Sociedades”?

Tesis 2: “[...] un alto grado de especificidad de las funciones o la exigencia de experiencia relacionada y ubicación del cargo dentro de la estructura de la entidad para la cual se adelanta el concurso no se observa como vulneradora del principio del mérito (artículo 3 del Decreto Ley 775 de 2005), pues aquel está referido precisamente a la demostración permanente de la idoneidad de la persona para el cumplimiento de las funciones, en términos de capacidades, habilidades, competencias, conocimientos y experiencia, finalidad que es la que persigue la aplicación de pruebas específicas dentro del proceso de selección. Además, el hecho de que existan normas que describan de manera general las funciones que le corresponden a cada nivel jerárquico, como el Decreto 1083 de 2015, se impone como marco para el ejercicio de la competencia del superintendente de expedir el manual de funciones, pero no quiere decir que el desarrollo del concurso deba estar dirigido solo a ellas, pues precisamente lo que busca es seleccionar al personal más idóneo para el desarrollo de funciones específicas asignadas a cada cargo. [...]”.

Nulidad de la Circular 01, código 21000, del 23 de julio de 2015, emanada del Comité de Evaluación y Asignación de Puntaje de la Universidad Francisco de Paula Santander, numeral 1.2 ,reconocimiento por libros (investigación, texto, ensayo), subnumeral «4. Certificación de vice-rectoría de investigaciones en donde conste que la investigación fue avalada por el Comité Central de Investigación mediante acta».

Certificación para obtener puntajes por libros producto de investigación, texto o ensayo en la Universidad Francisco de Paula Santander. Competencia del Consejo Superior Universitario, del Comité Central de Investigaciones y del Comité Interno de Asignación y Reconocimiento de Puntaje para reglamentar el procedimiento para el reconocimiento y liquidación de puntos salariales.

RADICADO: 54001-23-33-000-2015-00513-01(0519-2017)

FECHA: 28/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Dinael Guevara Ibarra

DEMANDADO: Universidad Francisco de Paula Santander

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Es procedente exigir certificación expedida por la Vicerrectoría de Investigaciones en donde conste que la investigación fue avalada por el Comité Central de Investigación de la universidad, para la asignación de puntos por concepto de libros resultado de investigaciones?

Tesis 1: “[...] el libelista sostiene que exigir un formato de cesión de derechos de autor contraviene el artículo 61 de la Constitución Política, la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina, que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor, toda vez que, en su sentir, tales derechos son

irrenunciables; además, este tipo de derechos no pueden ser ostentados por personas jurídicas sino naturales. En torno a lo expuesto, la Sala observa que las normas enunciadas por el demandante no resultan vulneradas con el requisito que se cuestiona, pues si bien es cierto esa condición irrenunciable de los derechos de autor se predica respecto de aquellos de índole moral, esto es, del reconocimiento de la autoría como tal, según lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, también lo es que ello no ocurre frente a los patrimoniales que de allí se derivan y, menos aún, cuando se trata de obras de tal naturaleza, que hubieran sido elaboradas en desarrollo de funciones por parte

de servidores públicos adscritos al ente universitario. En efecto, y contrario a lo afirmado por el recurrente, tanto la Decisión Andina 351 de 1993, sobre derecho de autor, en su artículo 9, como la Ley 23 de 1982, que rige la materia, en su artículo 4, literal f), entre otros, prevén la posibilidad de que los derechos de autor puedan ser ostentados por personas jurídicas y no solo naturales, de manera que la postura que sostiene el demandante, al respecto, no tiene sustento legal. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la titularidad de derechos patrimoniales y la posibilidad de cesión, tal aspecto está regulado en el artículo 30 de la Decisión 351 de 1993, el cual otorga a las legislaciones internas de los países miembros, la autonomía de regir sobre esa materia. Además, y frente a la titularidad de derechos sobre las obras creadas en el marco de una relación laboral, el artículo 10 de la Decisión 351 de 1993, de la Comunidad Andina, prevé que «las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral». En idéntico sentido está contemplado en los artículos 20 y 91 de la Ley 23 de 1982, el primero de ellos modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011, los cuales establecen que «En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador [...] Las normas en cita permiten inferir que la ley contiene la presunción legal en el sentido de que los derechos patrimoniales de autor de las obras que han sido creadas bajo subordinación han sido transferidos al empleador; sin embargo, para que esa presunción tenga ple-

nos efectos, es necesario que ello conste por escrito y es esa la orientación que se dio en el aparte censurado de la circular bajo análisis, por lo que una directriz en ese sentido no contraviene la ley; por el contrario, tiende a normalizar o ritualizar una disposición de orden legal. Adicionalmente, es preciso indicar que el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 establece, sin requisito adicional alguno, que tales obras, creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales son de propiedad de la entidad pública correspondiente; por lo que esa titularidad aplica de pleno derecho y sin acto de cesión que medie para que surta los efectos pertinentes. [...] Las anteriores consideraciones, permiten concluir que el requisito del formato de cesión de derechos de autor que se enuncia en la circular cuyos apartes se censuran no constituye algo diferente a la reproducción de un requisito que proviene de disposiciones superiores, con miras a la asignación de puntaje salarial por productividad, de manera que con su exigencia en la circular sub examine no se están quebrantando las normas que le sirven de sustento y, por ende no es viable su anulación. [...] en lo que atañe a la exigencia de la Certificación de Vice-Rectoría de Investigaciones en donde conste que la investigación fue avalada por el comité Central de Investigación mediante acta, contenida en el subnumeral 4 de la circular que se analiza, -que se impone para el reconocimiento de puntajes por libros producto de investigación, texto o ensayo- la entidad accionada, al contestar la demanda, aseguró que tal exigencia deviene del requisito contemplado en el artículo 51 del Acuerdo 063 de 2002, emanado del Consejo Superior Universitario, razón por la cual se considera indispensable citar lo que al respecto se exige en la norma que, en sentir de la entidad, le sirve de sustento: “5. Certificación de Vice-Rectoría de Investigaciones en donde

conste que la investigación se inscribió, en el banco de proyectos.” Como se puede notar en el requisito contemplado en el numeral 5 antes transcrito, el cual está orientado a la asignación de puntos, por concepto de libros resultado de investigaciones, se refiere a la certificación que tiene como propósito constatar que la investigación se inscribió en el banco de proyectos, mientras que la certificación a que alude el numeral 1.2. subnumeral 4, de la circular cuyos apartes se censuran, como requisito para el reconocimiento de puntos salariales por libros de investigación, texto y ensayo, tiene como propósito hacer constar que la investigación fue avalada por el Comité de Investigación mediante acta, lo que quiere decir que se trata de una exigencia diferente a la contenida en la norma que sirve de fundamento a la circular en cuestión. Para clarificar la conclusión anterior se hace necesario señalar que las diferencias a que se hace alusión se concretan en lo siguiente: i) la certificación que exige el Consejo Superior Universitario en el acuerdo debe provenir de la Vice Rectoría de investigaciones, mientras la que se exige en la Circular, se predica del Comité de Investigación; ii) la certificación del acuerdo tiende a constatar, únicamente, el acto de inscripción del proyecto en el banco correspondiente, mientras que la que se exige en la circular está encaminada a que se verifique que el Comité le dio el aval a la investigación, mediante acta y iii) el primer requerimiento lo hace el Consejo Superior Universitario a través del Acuerdo citado, mientras que el segundo se incluyó en la Circular en mención, por parte del CIARP -Comité Interno de Asignación y Reconocimiento de Puntajes decir, que no proviene de la autoridad que, al interior de la Universidad, está facultada para ello, que es el Consejo Superior Universitario, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 del Decreto 1279 de 2002. Ahora bien, es necesario resaltar que al revisar el con-

tenido del Acuerdo 063 de 2002, la Sala advierte que a efecto de tener en cuenta un libro que resulte de la labor de investigación, con miras a obtener puntos por productividad académica, sí se exige un concepto por parte del Comité Central de Investigaciones de la Universidad; sin embargo, ello está restringido al siguiente caso contemplado en el artículo 31, parágrafo 2 (...) se emite a solicitud del Comité Interno de Evaluación y Asignación de Puntaje o el órgano interno que la universidad designe y en la medida en que no haya claridad sobre el carácter investigativo de un libro; siendo así, no constituye un requisito que deba ser impuesto a todo tipo de investigación, con miras de asignación de puntaje, como de manera generalizada se indicó en el aparte censurado. Lo anterior lleva a concluir lo siguiente: i) el requisito que se exige en el aparte cuestionado no es igual a aquel contemplado en el artículo 51 del Acuerdo 063 de 2002, como erradamente lo aseguró la entidad demandada y ii) el presidente y secretario del CIARP incluyeron en el numeral 1.2. subnumeral 4, de la Circular 01, Código 21000, del 23 de julio de 2015, un requisito que no es exigible a todos los libros de investigación y, por ende, procede declarar su nulidad”.

Problema jurídico 2: ¿Estaba facultado el Comité Interno de Asignación y Reconocimiento de Puntaje de la universidad para reglamentar el procedimiento para el reconocimiento y liquidación de puntos salariales por productividad académica por libros producto de investigación, texto o ensayo?

Tesis 2: “[...] el Acuerdo 063 de 2002 sí contempla la posibilidad de que el Comité Central de Investigaciones de la Universidad emita un concepto, con fines de asignación de puntaje, cuando se trata de obras de carácter investigativo; sin embargo, este solo se emite a solicitud del Comité Interno de Evaluación y Asignación de

Puntaje o el órgano interno que la universidad designe y en la medida en que no haya claridad sobre el carácter investigativo de un libro; siendo así, no constituye un requisito que deba ser impuesto a todo tipo de investigación, con miras de asignación de puntaje, como de manera generalizada se indicó en el aparte censurado. Lo anterior lleva a concluir lo siguiente: i) el requisito que se exige en el aparte cuestionado no es igual a aquel contemplado en el artículo 51 del Acuerdo 063 de 2002, como erradamente lo aseguró la entidad demandada y ii) el presidente y secretario del CIARP incluyeron en el numeral 1.2. subnumeral 4, de la Circular 01, Código 21000, del 23 de julio de 2015, un requisito que no es exigible a todos los libros de investigación y, por ende, procede declarar su nulidad. [...] La decisión anulatoria anunciada con antelación obedece no solo a que el CIARP desatendió las normas de orden superior en que debía fundarse, sino a la falta de competencia, en la medida en que el Consejo Superior de la Universidad Francisco de Paula Santander es el que tiene atribuida la competencia para reglamentar el procedimiento para el reconocimiento y liquidación de puntos salariales, mientras que al CIARP, que fue la autoridad que expidió la circular censurada, tan solo le compete realizar la asignación de puntajes con base en las directrices impuestas por la ley y por el

Consejo Superior Universitario, de modo que al hacer una exigencia adicional, desbordó su ámbito de competencia. [...] la Sala estima necesario indicar que el artículo 5929 del Acuerdo 063 de 2002 delegó en el CIARP la función de elaborar, establecer y aplicar el manual de procedimientos necesario para dar aplicabilidad al contenido de ese Acuerdo, y, para ello, el aludido Comité, en la circular cuestionada, lo que hizo fue un compilado de los requisitos y exigencias contenidas en diferentes disposiciones para efecto de que se puedan acreditar las publicaciones de investigaciones, ensayos y libros de texto, con el propósito de asignar el puntaje por productividad, lo que no comporta quebranto de las disposiciones legales que le sirven de sustento. [...] De acuerdo con lo expuesto, se concluye que los apartes enunciados de la circular censurada no están viciados por ilegalidad, con excepción del contenido en el numeral 1.2 Reconocimiento por Libros (investigación, Texto, Ensayo), subnumeral «4. Certificación de Vice-Rectoría de Investigaciones en donde conste que la investigación fue avalada por el comité Central de Investigación mediante acta», razón por la cual se revocará, parcialmente, la sentencia de primera instancia, en cuanto mantuvo la legalidad de ese requisito y se confirmará en lo demás, esto es, en la denegación de las demás súplicas de la demanda [...]».

Nulidad del Decreto 288 de 2014 – Artículo 2, literal (e), y artículo 3, literal (d).

Derecho fundamental a la seguridad social y Sistema General de Pensiones. Requisitos de la pensión familiar.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00816-00[3740-2016]

FECHA: 12/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Nelson Esteban Gómez Portillo

DEMANDADO: Acto Administrativo Expedido por el Gobierno Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Las expresiones «que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad cada uno», contenida en el artículo 2.º literal (e), y «que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad», incluida en el artículo 3.º literal (d) del Decreto 288 de 2014, están viciadas de nulidad por vulnerar directamente los artículos 13 y 48 de la Constitución Política de 1991 y el precedente jurisprudencial fijado en la Sentencia C-504 de 2014?

Tesis: “[...] la Sala estima conveniente emitir una decisión de fondo sobre la validez de las partes demandadas de los artículos 2, literal e), y 3, literal d) del Decreto 288 de 2014, ya que respecto de estos solo se produjo la pérdida de su fuerza ejecutoria con la expedición de la sentencia C-504 de 2014; empero, no se han sometido a un juicio de legalidad. Para esta corporación ello es relevante en aras de mantener la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico y expulsar de este, de ser viable, las normas que lo contradigan. [...] en la demanda se alega que los apartes destacados de los artí-

culos 2, literal e), y 3, literal d) del Decreto 288 de 2014 están viciados de nulidad por vulnerar directamente la Constitución Política, específicamente los derechos a la igualdad y a la seguridad social al excluir un sector de la población de la pensión familiar y por contradecir el precedente constitucional fijado en la sentencia C-504 de 2014. [...] las normas se acusaron por excluir del beneficio pensional de manera injustificada a las parejas conformadas después de cumplir tal edad, en contravía de los derechos a la igualdad y la seguridad social. Frente a estos argumentos la Corte Constitucional, como se indicó, señaló que i) aunque la norma buscaba un fin legítimo e imperioso (proteger la sostenibilidad financiera del sistema y evitar fraudes), no era una medida necesaria y útil, ya que la protección se lograba con la aplicación de otras normas incluidas en la ley demandada; y ii) no era proporcionada, pues sacrificaba el derecho fundamental a la seguridad social de las personas mayores de 55 años en situación de vulnerabilidad económica. [...] existe unidad normativa entre los apartes declarados inexecutable de los literales (a) de los artículos

2 y 3 de la Ley 1580 de 2012 y las disposiciones acusadas de los artículos 2, literal (e), y 3, literal (d) del Decreto 288 de 2014. Ello es así, porque los segundos reglamentan a los primeros. En esa medida, la inconstitucionalidad que afecta las normas reglamentadas por guardar identidad con las demandadas las afecta en su validez de manera directa. [...] para la Sala es imperativo acoger las razones de derecho plasmadas en la sentencia C-504 de 2014 que sustentaron la declaratoria de inexequibilidad de los apartes destacados de los literales (a) de los artículos 2 y 3 de la Ley 1580 de 2012, puesto que las disposiciones acusadas de los artículos 2, literal (e), y 3, literal (d) del Decreto 288 de 2014 las reglamentaron y reprodujeron su contenido. [...] se concluye que los preceptos acusados desconocen los derechos a la igualdad y la seguridad social de los cónyuges

o compañeros permanentes que iniciaron su vida en común después de cumplir los 55 años de edad, en razón a que sin una justificación constitucionalmente válida los excluyó de la posibilidad de obtener la pensión familiar, aun cuando su situación socioeconómica y las dificultades para materializar la pensión de vejez es igual a la de quienes la Ley 1580 de 2012 y el Decreto 288 de 2014 les otorgaron tal derecho. De esta manera, las expresiones «que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad cada uno» contenida en el artículo 2.º literal (e) y «que debió haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de edad» incluida en el artículo 3.º literal (d) del Decreto 288 de 2014 están viciadas de nulidad por haber sido expedidos con desconocimiento de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política [...]».

Nulidad del Acuerdo 118 del 9 de septiembre de 2009 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila.

Principios de transparencia, imparcialidad, moralidad, igualdad y el debido proceso de los participantes en los concursos de méritos para acceder a cargo público. Ponderación de los puntajes obtenidos en las pruebas de aptitudes, conocimientos y entrevista.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-01035-00(4501-15)

FECHA: 26/11/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Bernardo Méndez Cuervo

DEMANDADO: Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La no determinación de la asignación porcentual de las pruebas de aptitudes y de conocimientos, previa su realización, afecta la legalidad del concurso de méritos?

Tesis 1: “El artículo 125 de la Constitución Política de 1991 estableció la carrera administrativa como la regla general para la vinculación laboral con el Estado con el fin de garantizar que quienes ingresen al servicio público sean los mejores, los más idóneos y eficaces. Su fundamento es el mérito y la capacidad del funcionario para ejercer sus funciones, criterios que determinan el ingreso, permanencia y retiro del servicio. La carrera administrativa, como norma y principio constitucional cuyo valor normativo limita la actuación política, busca la consecución de intereses superiores como son i) la selección del mejor personal para la función pública; ii) la realización de los principios de eficiencia y eficacia; iii) garantizar la igualdad entre

quienes aspiren a acceder al ejercicio público; iv) la conformación de una planta de personal en pro del interés general; y v) la estabilidad laboral de los servidores. Con el sistema de la carrera administrativa se premia el mérito y, por eso, en el inciso 2.º del artículo 125 superior se estableció el concurso público como la garantía de que el ingreso, permanencia y ascenso de los servidores públicos se base en criterios objetivos y las decisiones no se permean por aspectos ajenos a este. Su objetivo es «comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos». De esta manera, el concurso público «se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos», de suerte que la selección del personal no obedezca a favoritismos, caprichos del nominador y se erradique el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo. De conformidad con los artículos 256, numeral

1, de la Constitución Política; 85, numeral 17, y 174 de la Ley 270 de 1996, corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura administrar la carrera judicial. [...] En el acto de la convocatoria se fijan las bases y reglas del concurso público de méritos. Incluye las condiciones o requisitos para participar en él, así como el procedimiento a cumplir tanto por la administración como por los participantes, los requisitos y tiempos de inscripción, los cargos ofertados, los requisitos para ocuparlos, las pruebas que se realizarán, los modos de evaluar etc. [...] Las reglas que contiene la convocatoria son inmodificables y obligatorias, salvo que sean contrarias a la Constitución Política, la ley o que quebranten derechos fundamentales. Estas vinculan y controlan el actuar de la administración que debe acatarlas, y que no puede proceder discrecionalmente en el desarrollo del concurso, pues su actividad está reglada. En esa medida, la autoridad encargada de adelantar el proceso de selección le corresponde hacerlo sin variar las condiciones inicialmente impuestas; de lo contrario, vulneraría los derechos al debido proceso, el trabajo y la igualdad de quienes concurren a ella y comienzan el proceso de selección, al igual que se apartaría de los principios de buena fe y los que rigen la actividad administrativa establecidos en el artículo 209 Constitucional. [...] en el proceso de selección regido por el Acuerdo 118 de 2009 (...) estaba claro que la sumatoria de los puntajes de los factores de experiencia, capacitación adicional y publicaciones y la entrevista correspondía a un porcentaje del 40% del total de la prueba y que el factor conformado por las pruebas de aptitudes y de conocimientos representaba el 60% restante. [...] el Acuerdo 118 de 2009 no indicó la manera en que el restante 60% del puntaje total del concurso de méritos debía distribuirse entre las pruebas de aptitudes y de conocimientos.

[...] Este aspecto debió ser regulado en el acto de convocatoria, no obstante, no se incluyó. [...] Ahora bien, la entidad distribuyó este porcentaje en la Resolución CSJHR15-9611 del 11 de mayo de 2015, después de efectuar las dos últimas pruebas referidas. [...] La no determinación de la asignación porcentual de las pruebas de aptitudes y de conocimientos previo a que se efectuaran es una falla en el concurso de méritos que desplaza el carácter objetivo e imparcial que debe tener. [...] Lo anterior significa que la entidad dejó de regular un aspecto fundamental que garantizaba la objetividad, transparencia e imparcialidad del proceso de selección. [...] Para la Sala, la indeterminación del peso porcentual respecto de las pruebas de aptitudes y de conocimientos antes de que éstas se realizaran atenta contra los principios de transparencia, imparcialidad, moralidad, igualdad y el debido proceso de los participantes, en tanto que su posterior fijación podía modificar su posición dentro del concurso de méritos y podría, de manera discrecional, beneficiar un sector de los que concursaron en detrimento de otro, de acuerdo con el porcentaje asignado [...].”

Problema jurídico 2: ¿La práctica de la entrevista sin existir criterios técnicos preestablecidos, lo que significa la necesidad de reglas claras y precisas sobre las directrices y tipos de preguntas que eventualmente se podrían formular, afectan la validez de su realización?

Tesis 2: “[...] En la convocatoria (...) no se regularon criterios técnicos sobre los tipos de preguntas que se formularían, los parámetros de evaluación de las respuestas para otorgar puntajes, el marco en el que los evaluadores debían valorar la entrevista; tampoco se estableció un mecanismo de control sobre la prueba por parte de los aspirantes, tales como la posibilidad de recusar a sus entrevistadores o impugnar la valoración hecha por estos y no

se indicó la manera en que los participantes conocerían estos requisitos y mecanismos. [...] Para la Sala todo lo anterior otorga un margen de subjetividad de tal magnitud al calificador de la entrevista que va en detrimento de los principios de transparencia e imparcialidad, dado que el puntaje que puede obtener un concursante depende, únicamente, de la percepción que el entrevistador tuvo de él. Si bien la entrevista no deshecha del todo la discrecionalidad, el que se encuentre su resultado sujeto en un todo a ésta sí la aleja de los principios aludidos, pues se corre el riesgo de que en la calificación se apliquen criterios distintos al mérito. [...] Se sometió entonces a los participantes a una prueba que carecía de los elementos técnicos y objetivos que garantizaran la objetividad, la imparcialidad, el mérito y el debido proceso dentro del desarrollo del

Decreto 2489 de 2006 – Artículos 2 y 4 (no anuladas).

Requisitos y funciones del cargo público de defensor de familia. Diferencia de grados y salarios establecidos por el Gobierno Nacional.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-2012)

FECHA: 21/09/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Darío Gaitán García

DEMANDADO: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“[E]l Decreto 2489 de 2006 fue expedido con desconocimiento de las normas constitucionales y legales en que debería fundarse, al establecer para el empleo de defensor de familia código 2125 unos grados (20, 19, 18, 17, 16, 15, 14, 13, 11 y 09) con una asignación salarial independiente respecto de cada uno de ellos, en criterio del actor sin justificación alguna, pues los requisitos y funciones son los mismos para el desempeño del cargo de defensor de familia”?

Tesis: “[...] el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, entre ellos los de la Rama Ejecutiva, debe atender, además de los requisitos y competencias exigidos para el cargo a desempeñar, factores y criterios como la modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública, la competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales y la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño [...] no puede concluirse que

porque los requisitos sean los mismos para desempeñar el cargo de defensor de familia y sus funciones se enlisten de manera general para dicho empleo, se esté frente a una clasificación discriminatoria o sin justificación alguna, puesto que, se repite, el decreto demandado se expidió con fundamento en la Ley 4 de 1992, que en su artículo 2, como ya se explicó, atiende criterios adicionales como lo son la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales y la naturaleza de las funciones, sus competencias y responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño, entre otras. En otras palabras, tal como se precisó en la sentencia referida, no es dable concluir que por el solo hecho de que los requisitos y algunas funciones sean iguales en determinados grados, se configure una desigualdad de grado sumo que haga anulable el decreto acusado. Tampoco es viable pregonar una desigualdad en materia salarial en cuanto, esa igualdad que pretende el actor, no se limita simplemente a una similitud numérica sino a una igualdad real que evidencie un trato seme-

jante a personas que se encuentren bajo unas mismas condiciones laborales, las cuales claramente no se observan entre los distintos defensores de familia. Así las cosas, no se evidencia una ilegalidad en la norma acusada en tanto no existe una desigualdad que haga imperiosa la declaratoria de nulidad de dicho acto; por el contrario, se demostró que las funciones desarrolladas por los defensores de familia pueden llegar a ser tan disimiles que ameritan una clasificación como la efectuada en el decreto demandado, pues como se explicó, no basta la similitud en los requisitos exigidos para desempeñar un cargo ni un listado general de funcio-

nes aplicables a todos, ya que la propia Ley 4ª de 1992 es clara en determinar bajo cuales otros

criterios se puede fijar la escala salarial y prestacional de los servidores públicos”.

1187

Decreto 758 de 1990 (11 de abril) Gobierno Nacional – Artículos 21 y 22 (no anulados).

Los incrementos por personas a cargo, establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de los Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

RADICADO: 11001-03-25-000-2008-00127-00[2741-2008]

FECHA: 16/11/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Instituto de Seguros Sociales (ISS)

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 son nulos por ilegalidad porque los incrementos de las pensiones de vejez y de invalidez que consagran perdieron su vigencia debido a que se produjo su derogatoria orgánica al entrar a regir la Ley 100 de 1993?

Tesis: “[...] de conformidad con los derechos y los principios que consagra la Constitución Política en lo que atañe a los derechos laborales, que están orientados a que no se desconozcan o lesionen las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa anterior, con el fin de que impere el respeto por los derechos adquiridos; se debe tener en cuenta, que los incrementos por personas a cargo que en el pasado fueron establecidos por el Consejo Nacional del Instituto de los Seguros Sociales a través de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, aún permanecen vigentes como parte integrante del régimen de transición que esta-

bleció la Ley 100 de 1993 en su artículo 36. Lo anterior implica que quien es beneficiario de la pensión de invalidez o de la pensión de vejez conforme al régimen anterior consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos siempre y cuando reúna los requisitos para el efecto, que son los contemplados en su artículo 21, y sin que sea posible aplicar el término de prescripción trienal a las peticiones que se presenten en torno a este reconocimiento, aunque si se debe aplicar dicha prescripción a las mesadas correspondientes, tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia SU 310 de 2017. En otras palabras, a quienes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o de invalidez antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al incremento de las mismas, siempre que sus familiares, es decir sus hijos o su cónyuge o compañe-

ro o compañera permanente, se encuentren en las precisas condiciones que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 determina, esto es, que se trate de hijos menores de 16 años, o de hijos de 18 años que se encuentren estudiando, o hijos de cualquier edad en condición de invalidez y que dependan económicamente del beneficiario de la pensión, o cónyuge o compañero o compañera permanente que dependa económicamente del jubilado y que además no disfrute de ninguna pensión [...]”.

La falta de suscripción del acto de convocatoria a concurso de méritos por el jefe de la entidad beneficiaria no constituye requisito de existencia y validez.

1189

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-01017-00 [4574-2016]

FECHA: 31/01/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Ginna Johanna Riaño García

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Por el hecho de encontrarse el Acuerdo 534 del 10 de febrero de 2015 (Convocatoria 326 de 2015) suscrito (firmado) por el presidente (e) de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por el director del DANE, se vulneran los artículos 2, 6, 29 y 209 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004?

Tesis: “[...] Para efectos de la construcción misma del proceso de convocatoria a concurso de méritos se hace necesaria la participación activa de la entidad beneficiaria del mismo, como expresión del principio de coordinación a que se refiere el artículo 209 superior. Por lo que, tratándose de la emanación del acto administrativo que contiene dicha convocatoria, como lo ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tanto la CNSC como la entidad beneficiaria deben “agotar una etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta”, conducente a la suscripción final del acto que la incorpo-

ra, lo que como se dijo se puede materializar mediante la emanación que profiera la mencionada Comisión con la concurrente firma de la entidad beneficiaria para formalizar su manifestación de voluntad. No obstante, la ausencia formal de este requisito puede subsanarse, de tal manera que la voluntad de la entidad beneficiaria pueda ser verificada a través de otros medios probatorios encaminados a demostrar su participación e intervención en el iter administrativo que culminó con la convocatoria pública, como de hecho ocurriera en el caso estudiado. A esta conclusión se debe arribar en la medida en que tanto desde el punto de vista del Derecho Administrativo como Constitucional no ofrece controversia alguna el hecho de sostener que la firma por parte de la entidad beneficiaria del concurso no se erige como requisito sine qua non para la existencia y validez del acto administrativo que incorpora la convocatoria a concurso de méritos, por cuanto que no tiene poder suficiente para perturbar su legalidad, siendo por tanto un elemento para ser tenido en cuenta al momento de auscultar su eficacia [...]”.

Potestad reglamentaria de la carrera judicial. Derecho fundamental de acceso a cargos públicos y principio de proporcionalidad.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-01014-00(3094-14)

FECHA: 27/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Alexander Estrada Herrera

DEMANDADO: Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El acto administrativo parcialmente demandado, al limitar la inscripción de los participantes del concurso de méritos a un solo cargo, restringió el derecho fundamental de acceso a cargos públicos y, por consiguiente, desbordó el ejercicio de la facultad de administrar y reglamentar la carrera judicial por parte del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa?

Tesis: “[...] resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento. Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones

o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene. [...] para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias. En ese sentido, es importante señalar que a pesar de que en la acción de nulidad simple se ejerce el control de legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no

se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política, así como a los fines del Estado Social de Derecho, a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones. [...] los actos administrativos que expida el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de su atribución de administrar y regular la carrera judicial son típicos reglamentos que desarrollan una ley habilitante, que en este caso es la estatutaria de administración de justicia, última que junto a la Constitución definen los límites a los que debe sujetarse esa actividad de producción normativa. Ahora, es importante agregar que por disposición de la Ley 270 de 1996, artículo 240, en cumplimiento de tal labor, el Consejo Superior de la Judicatura también debe someterse a lo dispuesto en el Decreto Ley 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978, en la medida en que estos no sean contrarios a la Constitución y a aquella ley; lo anterior hasta que se expida la ley ordinaria que disponga un marco normativo para la carrera judicial. De acuerdo con ello, se ha entendido que dicha entidad tiene un amplio rango de acción en la configuración de las normas que puede proferir, margen cuya gradación dependerá en todo caso de la precisión o amplitud con la que las disposiciones arriba citadas hayan desarrollado el sistema de carrera judicial [...] la Sala se aparta de la lectura que

propone el demandante pues entiende que el derecho de acceso a cargos públicos se respeta con la garantía de inscripción de los aspirantes en igualdad de condiciones a un concurso público de méritos, exigencia que se satisface aun cuando, como en el caso de marras, se restringe la inscripción a un solo cargo. Debido a que el alcance que pretende darle la demanda al derecho de acceso a cargos públicos no se acompasa con lo normativa y jurisprudencialmente se ha definido como el núcleo esencial de aquel, tampoco podría afirmarse, como sugiere aquella, que la entidad demandada se arrogó competencias propias del legislador al limitar, a través de un acto administrativo, un derecho que por ser de rango fundamental solo podría restringirse a través de una ley estatutaria, por lo que queda descartada la configuración de dicho vicio [...] se advierte que las referidas disposiciones no regularon la manera en que debe surtirse la inscripción de los participantes al proceso de selección, lo que, en armonía con lo ya señalado, permite que el vacío normativo sea suplido con la reglamentación que para tales efectos proferir la Sala Administrativa del referido órgano judicial. En tales condiciones, resulta diáfano que el aparte demandado del Acuerdo PSAA13-10001 del 7 de octubre de 2013 es una manifestación del amplio margen de acción que le asiste a la demandada en ejercicio de la potestad reglamentaria que se le ha atribuido constitucional y legalmente, por lo que la Sala negará las pretensiones de la demanda [...]”.

Decreto 4433 de 2004 – Artículo 43 (no anulado).

Diferencias entre la facultad reglamentaria derivada del artículo 189, numeral 11, y la especial de que trata el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política. Competencia para establecer el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública. La prescripción es un elemento accidental del régimen prestacional de la Fuerza Pública. La prescripción trienal en el régimen especial de la Fuerza Pública.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00582-00(2171-12 y 1501-15)

FECHA: 10/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Anderson Velásquez Santos y otros

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El primer inciso del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que previó un término de prescripción trienal para las asignaciones y pensiones previstas en dicha norma, fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189 y del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, por haber incurrido en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria al desarrollar la Ley 923 de 2004?

Tesis: “[...] A fin de diferenciar entre la facultad reglamentaria derivada del artículo 189 numeral 11 y la especial del artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, es necesario entender que, si bien ambas funciones pertenecen a un mismo género, la de reglamentar la ley, se trata de especies distintas, pues mientras la del artículo 189 numeral 11 se refiere a la potestad reglamentaria de una ley ordinaria, la del artículo 150 numeral 19 hace alusión a la potestad reglamentaria de una ley marco. Esta clasificación tiene inci-

dencia en los límites y libertad de configuración entre una y otra, pues cuando se trata de la potestad reglamentaria de una ley ordinaria, el Ejecutivo no puede exceder los mandatos impuestos por la norma superior, mientras que la potestad reglamentaria de una ley marco está restringida por la materia cuyos principios y directrices generales son impuestos por el legislador, sin que se pueda admitir que aquella sea un parámetro de taxatividad para regular la materia. [...] dado que el Ejecutivo es la autoridad que debe fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública dentro del límite de la ley marco, en consecuencia, está investido de la potestad de configuración para señalar en detalle todos los elementos propios del régimen, entendido como el conjunto de normas que regulan esta temática específica, dentro de los cuales habrá algunos de contenido material o sustancial, relativos a las prestaciones como tal y otros de carácter ad-

jetivo, necesarios para el cumplimiento de los anteriores, los que se pueden identificar como aquellos que la jurisprudencia ha denominado como accidentales, dados por elementos tales como condiciones, términos y modos. [...] es claro que la prescripción de las mesadas de asignación de retiro y pensiones para los miembros de la Fuerza Pública definido por el Decreto 4433 de 2004, se constituye en uno de sus elementos accidentales y no en principio o criterio rector de la materia, motivo por el cual, el que la ley marco se haya abstenido de indicar que dentro del régimen prestacional se debe prever un término prescriptivo, no implica que el Ejecutivo no pueda señalarlo, pues de admitir este criterio, sería necesario aplicarlo igualmente a todas las disposiciones que tengan como referente la Ley 4.^a de 1992 que tampoco lo contempla. [...] el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 no fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189, puesto que para su emisión el Ejecutivo se fundamentó en la competencia de que trata el numeral 19, literal e), del artículo 150 de la Constitución Política, esto es, en desarrollo de la función de expedir el régimen prestacional de la Fuerza Pública con arreglo a lo previsto por la Ley Marco 923 de 2004, que

admite la regulación de los elementos accidentales del régimen que tal decreto define, tales como la prescripción; facultad que tiene unos parámetros distintos a la invocada como desconocida, esto es, a la prevista en el numeral 11 del artículo 189 Superior. [...] al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional [...]”.

Nulidad del artículo 52 de la Convocatoria 335 de 2016. El requisito de estatura mínima de participante en concurso de méritos del cuerpo de custodia del INPEC no vulnera los derechos de acceso a los cargos públicos e igualdad mientras guarde relación con la función que se desempeña.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00700- 00 (3049-2016)

FECHA: 25/11/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Edwin Samuel Ramírez Losada

DEMANDADO: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿El requisito de estatura para el empleo de «dragoneante» del INPEC desconoce el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad de la población que no se encuentra dentro de los rangos establecidos?

Tesis: “[...] Como fue establecido al estudiar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la exigencia de rangos de estatura para ingresar a ciertos cargos en la función pública es constitucionalmente admisible siempre que (i) se relacione con las funciones a desarrollar, (ii) esté soportado en estudios técnicos y médico-científicos y (ii) haya sido conocido por los concursantes antes de postularse para el

cargo.(...) el requisito de estatura exigido en el artículo 52 de la Convocatoria 335 de 2016 se encuentra ajustado a los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, pues (i) es razonable y proporcional, dadas las especiales tareas de seguridad y custodia que desarrolla el «Dragoneante» del INPEC, (ii) no es arbitrario o caprichoso, ya que es el resultado de una investigación realizada por un grupo interdisciplinario de especialistas, que fue consignada en un documento de carácter técnico y médico científico, el cual se resalta, no fue controvertido u objetado por la parte demandante; y (iii) fue conocido por los aspirantes previamente al momento de su inscripción en el concurso, por lo cual sabían de su carácter eliminatorio [...]”.

Decreto Reglamentario 824 de 11 de mayo de 2001 – Artículo 1 (no anulado).

1195

Derecho de movilidad pensional y administradoras de pensiones – Aviadores civiles. Derecho de movilidad pensional y administradoras de pensiones no afecta los derechos a la igualdad y a la propiedad. Facultad reglamentaria del presidente de la República.

RADICADO: 11001-03-24-000-2005-00068-01{1133-2010}

FECHA: 20/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Néstor Raúl Correa Henao

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es nulo el artículo 1.º del Decreto Reglamentario 824 de 11 de junio de 2001 porque excedió la voluntad del legislador y, en la práctica, genera desprotección y cargas que vulneran los derechos a la igualdad y a la propiedad?

Tesis: “En primer lugar, la Sala advierte que este cargo no cuestiona directamente el artículo 1º del Decreto Reglamentario 824 de 2001, sino el esquema legal adoptado en materia del régimen de seguridad de los aviadores civiles y de la naturaleza jurídica de Caxdac (Decretos 1282 y 1283 de 1994), para atender los fines y las previsiones de la Ley 100 de 1993 y, en esa medida, propender por el respeto y la efectividad de derechos, sin que ello ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema. Esquema que, como se vio en el acápite que antecede, propugnó porque los aviadores civiles contaran con (i) movilidad dentro del sistema general de pensiones, (ii) un tratamiento diferenciado acorde con sus

expectativas de pensión (Ley 100 de 1993, transición y «pensiones especiales transitorias»), (iii) mecanismos de financiación que, de acuerdo al régimen al que pertenezcan, aseguren el pago de sus prestaciones, y (iv) recursos para que las empresas aportantes incumplidas no queden liberadas de sus obligaciones y Caxdac pueda recuperar, para el caso concreto, títulos o cálculos actuariales en forma expedita, sin generar mayores afectaciones, ni alterar el equilibrio financiero del sistema. Los dos últimos puntos, permiten descender a las previsiones de los artículos 8º del Decreto 1283 de 1994 (norma reglamentada) y 1º del Decreto Reglamentario 824 de 11 de junio de 2001 (disposición acusada), que desarrollan lo relativo a la responsabilidad de las empresas aportantes en el pago íntegro del cálculo actuarial. En efecto, el artículo 3º del Decreto 1283 de 1994 estableció un sistema de reservas, para financiar pensiones (i) causadas antes de la entrada en vigor

de la Ley 100 de 1993, y (ii) nuevas que le corresponde administrar a Caxdac dentro del régimen de transición, que, entre otros rubros, incluye, por parte de las empresas aportantes, el pago de un «déficit actuarial». Este artículo fue complementado, entre otros, por el 8º del mismo decreto, que contempló para las empresas aportantes la obligación de pagar el cálculo actuarial y Caxdac el deber de repetir contra las últimas, en caso de incumplimiento [...] Las anteriores disposiciones fueron estudiadas por la Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 1997, pronunciamiento en el que concluyó que lejos de contrariar derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad, contribuyen a realizarlos: Estima la demandante que el parágrafo impugnado desconoce los artículos 48 y 53 de la Constitución. La Corte considera que lejos de contrariar los contenidos del derecho a la seguridad social y al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, la preceptiva acusada contribuye a realizarlos. En abundante jurisprudencia la Corte Constitucional se ha referido al derecho a acceder a las pensiones legales, que se inscribe en el más amplio contexto de la seguridad social, como trasunto del trabajo, valor fundante de la organización política, ya que, en palabras de la Corporación "nace y se consolida ligado a una relación laboral, en cuyo desarrollo la persona cumplió los requisitos de modo, tiempo de cotización y edad a los cuales condicionó su nacimiento", constituyendo en la práctica una especie de "salario diferido". De otra parte, la Corte Constitucional al aludir a los principios que orientan la prestación del servicio público de seguridad social apuntó: "El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, como en efecto lo hace, la ley. EFICIENCIA, es la mejor utilización social

y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. UNIVERSALIDAD, es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. SOLIDARIDAD, es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo; los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias; UNIDAD, es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; PARTICIPACIÓN, es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Estos conceptos, sumados al de la progresividad que retoma el legislador en la ley que se revisa, aportan una mejor comprensión de los alcances que de los mismos se fija en las disposiciones de la Carta sobre seguridad social". En armonía con los postulados expuestos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema

de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley. Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac. Fuera de lo anterior, es necesario poner de presente que Caxdac fue dotada de los instrumentos necesarios para lograr el pago de los aportes. Así surge, por ejemplo, del artículo 8o. del decreto 1283 de 1994 que

preceptúa que "en caso de incumplimiento de la empresa, Caxdac podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas". El hecho de que haya empresas que dejaron de cancelar la obligación tributaria de la parafiscalidad se produjo por un comportamiento omisivo de Caxdac, en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos. Por lo tanto, a ella le corresponde tomar las medidas conducentes y oportunas para cobrar las acreencias y, con ese fin, tiene las acciones legales pertinentes. Avalar los argumentos de la actora implicaría aceptar que la no utilización o el uso tardío de los remedios judiciales en contra de las empresas deudoras le sirve de excusa a Caxdac y, además, desconocer que el parágrafo cuestionado contribuye a realizar los principios que guían la prestación del servicio público de seguridad social, y en especial los de universalidad, solidaridad y unidad [...]".

Resolución 652 del 30 de abril de 2012 «por la cual se establece la conformación y funcionamiento del comité de convivencia laboral en entidades públicas y empresas privadas y se dictan otras disposiciones», expedida por el Ministerio del Trabajo (no anulada).

Competencia del Ministerio del Trabajo para expedir normas técnicas sobre prevención de acoso laboral.
Funcionamiento de los comités de convivencia laboral.
Principio de reserva de ley - Jerarquía normativa. Comité bipartito, comité paritario y comité de convivencia laboral.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00494-00[1976-2012]

FECHA: 23/04/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá - Sintratefonos

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿Se debe declarar la nulidad de la Resolución 652 del 30 de abril de 2012 del Ministerio del Trabajo por haber sido expedida con falta de competencia, por el ministro del Trabajo cuando de conformidad con los artículos 115 y 189-11 de la Constitución Política la potestad reglamentaria la ejerce el presidente con los ministros, por lo que no podía asumir la facultad únicamente el jefe de la cartera ministerial, y porque el funcionamiento de los comités de convivencia laboral es un tema de reserva legal?

Tesis 1: “[...] el artículo 208 de la Carta señala: «Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley

[...]». El texto de la norma asigna a estos funcionarios la labor de ejecutar la ley, para lo cual bien puede entenderse que, como ello muchas veces requiere de la expedición de los reglamentos, tal potestad podrá ser asumida, eso sí, bajo la dirección del presidente del primer mandatario. [...] dado que cada ministerio tiene un alto grado de especialización sobre las materias sometidas a su cargo, es claro que en ellos radica el dominio técnico de los aspectos operativos relativos a su área, lo cual los hace las autoridades más idóneas para el manejo directo de dichos asuntos, así como de impartir las instrucciones necesarias para su correcto funcionamiento. De ahí que el poder de ordenación de cada ministerio está delimitado por los aspectos técnicos u operativos dentro de la órbita de su competencia, sin dejar de lado la residualidad y subordinación frente a la atribución que principalmente se concedió al presidente de

la República. Así pues, los actos generales que pueden expedir se tienen como una regulación secundaria, en cuanto desarrollan contenidos más específicos y técnicos, propios de su campo. [...] conviene precisar que la Corte Constitucional ha interpretado que la ley no puede atribuir la potestad reglamentaria a otros órganos administrativos distintos al presidente de la República, pues la radicación de aquella función la hace directamente la Constitución Política, sin embargo, es viable que conceda a los ministros la función de emitir normas generales de carácter técnico y especializado dentro del ámbito de su competencia, sin que por ello, pueda entenderse disminuida la de aquel, no obstante, la ejecución de esta tarea siempre debe sujetarse a la ley y al reglamento general que expida el primer mandatario. [...] No se configura la causal de nulidad por falta de competencia alegada en la demanda, por lo siguiente: En primer lugar, porque el ministro del Trabajo tiene una facultad reglamentaria derivada, concedida por la Constitución Política (art. 208) y por la ley, especialmente, la Ley 1444 de 2011, para velar por la ejecución de las políticas y programas para la prevención de enfermedades profesionales y para señalar las directrices en las áreas de salud ocupacional, materias que comprenden lo relativo al acoso laboral como componente del riesgo psicosocial, por lo tanto, la Resolución 652 del 30 de abril de 2012, debe mantener la presunción de legalidad aunque no haya sido suscrita por el presidente de la República. En segundo lugar, porque el funcionamiento de los comités de convivencia laboral no es un tema de reserva legal. [...]"

Problema jurídico 2: ¿La Resolución 652 del 30 de abril de 2012 se encuentra afectada de nulidad porque desconoce las normas en que debió fundarse?

Tesis 2: "[...] en los casos en que tiene aplicación la reserva de ley no se encuentra permitido regular la materia por medio de preceptos de inferior jerarquía o fuerza normativa, como lo son los

reglamentos. En esos términos, el principio en cuestión constituye una garantía esencial de los estados modernos hacia sus asociados, si se tiene en cuenta que los asuntos sujetos a reserva legal involucran temas de gran importancia e interés social y económico que, en tal virtud, deben positivarse como resultado de una amplia deliberación que garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma de derecho resultante. Es importante resaltar la forma en que la reserva de ley constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. Esto no significa que se excluya el reglamento porque, una vez expedida la ley, podrán dictarse aquellos que se conocen como reglamentos ejecutivos o secundum legem, los cuales gozarán de validez en la medida en que tengan una adecuada cobertura legal, esto es, en cuanto se dediquen a ejecutar o desarrollar la ley a la que se encuentran inmediatamente ligados. Esto quiere decir que en aquellos casos solo habrá espacio para el reglamento, en la medida en que previamente haya una habilitación legal. [...] No se configura la causal de nulidad por falta de competencia alegada en la demanda, por lo siguiente: - En primer lugar, porque el ministro del Trabajo tiene una facultad reglamentaria derivada, concedida por la Constitución Política (art. 208) y por la ley, especialmente, la Ley 1444 de 2011, para velar por la ejecución de las políticas y programas para la prevención de enfermedades profesionales y para señalar las directrices en las áreas de salud ocupacional, materias que comprenden lo relativo al acoso laboral como componente del riesgo psicosocial, por lo tanto, la Resolución 652 del 30 de abril de 2012, debe mantener la presunción de legalidad aunque no haya sido suscrita por el presidente de la República. - En segundo lugar, porque el funcionamiento de los comités de convivencia laboral no es un tema de reserva legal. [...]"

Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017 – Artículo 1 (no anulado).

Antecedentes de la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria. Libertad de configuración para que la autoridad competente defina qué elementos constituyen factor salarial y cuáles no. Aceptación amplia del vocablo salario.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00860-00(4661-2017)

FECHA: 21/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la Dian y Finanzas Públicas, SIUNEDIAN – Finanzas Públicas

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Departamento Administrativo de la Función Pública

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» en relación con la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, contenida en el artículo 1.º, inciso 3.º, del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, debe ser declarada nula por vulnerar los artículos 230 y 243 de la Constitución Política y el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con desconocimiento de la sentencia del 6 de julio de 2015, proferida dentro del proceso 0192- 2011 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que anuló una expresión similar contenida en el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008, y por desconocer los principios del artículo 53 de la Constitución Política al desatender el precedente contenido en la Sentencia SU-995 de 1999?

Tesis: “[...] no se desconoció el deber impuesto por el artículo 10 del CPACA en la expedición del aparte acusado, de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial emitidas por el Consejo de Estado, puesto

que la providencia del 6 de julio de 2015 no corresponde a una de ellas. Tampoco se vulneró el deber de aplicación uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, pues como se vio la prestación que fue objeto de estudio en esa oportunidad tiene características distintas a las del emolumento que aquí se analiza. [...] Con todo, conviene señalar que otro criterio interpretativo frente al carácter no salarial de los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas de que tratan los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, se encuentra contenido en la sentencia del 19 de febrero de 2018, proferida dentro un proceso de nulidad simple instaurado en contra de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, que puso de presente que existen razones de orden constitucional expuestas en la sentencia C-725 de 2000 para apartarse del anterior. Al respecto, esta última providencia resaltó, en primer lugar, que la Corte Constitucional,

en varios pronunciamientos, ha admitido que existe libertad de configuración para que la autoridad competente defina qué elementos constituyen factor salarial y cuáles no. [...] Así pues, queda en evidencia que bajo el criterio señalado existen argumentos de orden constitucional adicionales al expuesto por la providencia del 6 de julio de 2015, que admiten la existencia de prestaciones económicas sujetas a la condición del logro de metas, que bien

pueden ser concebidas por el Gobierno Nacional sin carácter salarial. [...] no resulta admisible que, como lo sugiere el demandante, todas las sumas que reciba el servidor deban ser consideradas como factor salarial, habida cuenta de que la definición incluida en la sentencia SU-995 de 1999 incluye igualmente las cesantías, vacaciones y primas, las cuales en sentido estricto la ley define como prestaciones sociales [...].”

El control y vigilancia del sistema específico de carrera administrativa de la Superintendencia de Notariado y Registro es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil en segunda instancia. Regulación legal del derecho preferencial de encargo en la carrera especial de la Superintendencia de Notariado y Registro.

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00605-00(2577-2018)

FECHA: 29/05/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Nación – Superintendencia de Notariado y Registro

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad Simple

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para ejercer el control y vigilancia sobre el sistema específico de carrera administrativa de la Superintendencia de Notariado y Registro?

Tesis 1: “[...] En relación con las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, es importante precisar que los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, establecen, respectivamente las funciones que en materia de administración y vigilancia de la carrera administrativa le han sido asignadas. Fue así como, en desarrollo de la anterior previsión, que el Acuerdo N°560 de 28 de diciembre de 2015, dispuso en su artículo 44 que las reclamaciones laborales relacionadas con los derechos de carrera administrativa serán conocidas en primera instancia por las Comisiones de Personal de las respectivas entidades públicas y en segunda instancia por la CNSC. Al respecto, cabe mencionar que en todos los organismos y entidades reguladas por la ley deberá existir una Comisión de Personal, que entre otras funciones, según lo dispuesto en el literal e) del numeral 2° del artículo 16 de la Ley 909 de

2004 le corresponde la de “Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos”. (...) De acuerdo con la normativa descrita, resulta evidente que la Comisión Nacional del Servicio Civil, por virtud de lo dispuesto en el artículo 130 de la Constitución Política, los artículos 3, 4 y 12, literal d) de la Ley 909 de 2004, y los artículos 40 y 44 del Acuerdo N°560 de 2015; tiene la función y el deber de realizar la “vigilancia” del sistema específico de carrera administrativa de las Superintendencias, por lo que para dicho ejercicio resulta ser competente para resolver, como autoridad de segunda instancia, las reclamaciones laborales formuladas por los empleados de carrera administrativa. (...) se observa que la Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las facultades de vigilancia conferidas por la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 760 de 2005 y el Acuerdo N°560 de 2015 de la CNSC, procedió a resolver en segunda instancia las reclamaciones instauradas por algunos servidores de la Superintendencia

de Notariado y Registro, quienes alegaban el desconocimiento de su derecho preferencial de encargo, cuando la entidad a través de las Resoluciones N°5581 y 5582 del 26 de mayo de 2016 efectuó unos encargos y nombramientos provisionales, respectivamente, en la planta de personal de la entidad, sin tener en cuenta a los empleados inscritos en carrera administrativa de la institución. De esta manera, se tiene que la entidad demandada en el marco de sus potestades de “vigilancia” de la carrera administrativa tenía el deber de tramitar, estudiar y pronunciarse de fondo sobre la reclamación formulada por los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro que cuestionaban la vulneración de sus derechos de carrera, como en efecto sucedió con el acto administrativo demandado [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil, al aplicar Ley 909 de 2004 para reconocer el derecho preferencial del nombramiento en encargo de los servidores de carrera de la Superintendencia de Notariado y Registro, desconoció el sistema específico de carrera, consagrado en el Decreto-ley 775 de 2005 y Decreto 2929 de 2005, que no estableció en forma expresa dicha prerrogativa?

Tesis 2: “[...] Como quiera que el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se ha erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; no es posible aceptar que los sistemas especiales de carrera desconozcan, inobserven y no se comparezcan con los logros y derechos mínimos

alcanzados por los trabajadores que fueron positivizados en el sistema general de carrera, pues una interpretación en contrario, implicaría connotar al régimen específico como laboralmente regresivo, y por ende contrario a los fines del estado social y a los derechos de raigambre constitucional. De este modo, si bien, en la normativa que regula el sistema específico de carrera administrativa para las Superintendencias [Decreto Ley 775 de 2005 y Decreto 2929 de 2005] , no se estableció de forma expresa el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, dicha circunstancia obedeció a que tal situación estaba regulada y garantizada en el régimen general, por lo que no resulta ser jurídicamente posible que las entidades que integran dicho sistema desconozcan esta prerrogativa, so pretexto de la literalidad de la norma, toda vez que se trata de un derecho constituido y de una garantía para los trabajadores.(...) En este orden de ideas, se tiene que las reglas básicas orientadoras de la carrera general no pueden ser ajenas a los sistemas específicos de carrera, toda vez que su desconocimiento podría conllevar a una afectación o vulneración de los derechos mínimos de los empleados de carrera administrativa.(...) La Sala considera que la normativa que regula el derecho preferencial de encargo a favor de los empleados públicos de carrera administrativa, se debe tener en cuenta al momento de definir la provisión de empleos en los sistemas especiales de carrera, pues como se indicó anteriormente, las pautas de las normas especiales deben ser complementarias con los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley [...]”.

Decreto 3047 de 1989 - Artículo 1 (no anulado). Decreto 2054 de 2014 – Artículo 4, numeral 4 (no anulado). Decreto 1069 de 2015 - Artículo 2.2.6.1.5.3.13 (no anulado) y artículo 2.2.6.3.2.3, numeral 4 (no anulado).

Edad de retiro forzoso de los notarios y vacancia del empleo. Principio de reserva de ley. Cosa juzgada parcial. Ejercicio de la potestad reglamentaria. Deber de informar sobre la iniciación de la actuación administrativa a los interesados.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00032-00(0098-2017)

FECHA: 02/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Mauricio Fajardo Gómez

DEMANDADO: Ministerio de Justicia y del Derecho

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al expedir los actos administrativos demandados en desconocimiento del principio de reserva de ley, por ser la edad de retiro forzoso un asunto que, según el demandante, corresponde definir al legislador?

Tesis 1: “[...] la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afina en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos, es que el derecho positivo no consagra una facultad general que le permita actuar al Estado, en abstracto, como autoridad normativa, porque se requiere de una concreción de la competencia en una o varias autoridades administrativas [...] en los eventos en que por disposición expresa del constituyente la competencia es exclusiva del legislador no es admisible el vaciamiento

de las facultades atribuidas a este mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal [...] se ha sostenido que, al no existir otra referencia normativa que desde la Constitución Política regule el retiro forzoso del servicio público, la edad, como una de las causales de procedencia de esta figura, únicamente puede ser reglada a través de una norma con fuerza y rango de ley [...] La Sala, en armonía con el criterio constitucional, estima que la expresión «ley» contenida en el citado artículo 125 fue utilizada en su sentido formal toda vez que, la Constitución de 1991 contempló la función pública como uno de los ejes básicos e inherentes para la realización del modelo de Estado previsto en aquella [...] Teniendo claro que la edad de retiro forzoso del servicio público es una materia sometida a reserva de ley, queda por definir si los artículos demandados tenían una cobertura legal apropiada en virtud de la cual pueda concluirse que su expedición

obedeció al ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del legislador. La Sala considera que este asunto ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación y que están dados los presupuestos para predicar la existencia de cosa juzgada en ese preciso aspecto [...] en el caso de los notarios, los artículos acusados consagraron la edad de retiro forzoso con sustento en una norma que tenía rango y fuerza legal como lo es el Decreto Ley 2400 de 1968, según lo definió el Consejo de Estado a través de su Sección Primera en sentencia del 30 de abril de 2009, última que en tal virtud produce, parcialmente, efectos de cosa juzgada en este proceso [...].”

Problema jurídico 2: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por, presuntamente, haber agregado a las causales de pérdida del cargo de notario, que prevé el Decreto Ley 960 de 1970, el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años?

Tesis 2: “[...] para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias [...] A simple vista podría pensarse que los preceptos acusados exceden el contenido del artículo 144 del Estatuto de Notariado, pues, en efecto, este último no contempla

el retiro forzoso por edad como una causal de pérdida del cargo de notario. Sin embargo, esta circunstancia no supone una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque lo cierto del caso es que los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015 no se ocupan de reglamentar las causales de pérdida del cargo sino una categoría más amplia que es la de la vacancia absoluta del empleo de notario [...] la vacancia puede manifestarse de diferentes maneras pues, al margen de la figura que dé lugar a su concreción, lo importante es que materialmente se trate de una situación en la que el empleo de notario queda sin ser provisto debido a que, por alguna razón, quien lo ocupaba fue desvinculado del servicio público lo que, se reitera, puede suceder tanto en una hipótesis de las que la ley definió como de pérdida del cargo o como en una de retiro forzoso [...] la edad, como uno de los supuestos que da lugar al retiro forzoso, es una causal de desvinculación del servicio público, lo que permite concluir que, efectivamente, se trata de una causal de vacancia de una notaría y que, además, antes de la expedición de la Ley 1821 de 2016, esta tuvo fundamento legal en la lectura armónica de los Decretos Leyes 960 de 1970 y 2400 de 1968. Así las cosas, no advierte la Sala que el Gobierno Nacional, a través de los mencionados artículos, haya extralimitado el uso de su facultad de producción normativa [...]”.

Problema jurídico 3: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por haber agregado, a través de los actos administrativos demandados, una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 3: “[...] en aras de garantizar condiciones de eficiencia, idoneidad, imparcialidad, trans-

parencia, publicidad, probidad y moralidad administrativa, el ordenamiento jurídico contempló la existencia de regímenes de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses que afectan tanto a quienes desarrollan una función pública como a personas jurídicas y naturales que, sin tener a su cargo el desempeño de tal labor, pretenden entablar relaciones jurídicas con instituciones estatales [...] Dado que las inhabilidades e incompatibilidades limitan las libertades y derechos de las personas a acceder a un cargo público, su origen debe ser constitucional o legal. Ello también explica que la consagración de las diferentes causales sea taxativa y su interpretación restrictiva [...] aunque se ha entendido que la edad de retiro forzoso genera una prohibición o impedimento para el ejercicio de funciones públicas, lo cierto es que esta no puede catalogarse como una de causal propia del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades al que se ha hecho alusión [...] quien alcanza la edad que se defina para tales efectos debe dejar el empleo porque se estima que ya ha cumplido la etapa laboral de su vida, debiendo brindarle la oportunidad de trabajar a otra persona, y no porque la edad pueda ser una circunstancia que amenace la probidad, objetividad y rectitud con la que ha de ejercerse el servicio público. No obstante, si en gracia de discusión quisiera pensarse que en efecto la edad de retiro forzoso es una causal propia del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades, tampoco le asistiría razón al demandante toda vez que, por expresa disposición de su inciso final, el artículo 54 de la Ley 734 de 2002 debe leerse mediante la integración sistemática de los diversos preceptos constitucionales y con fuerza de ley que regulen la materia. En otras palabras, el citado artículo 54 contiene una norma inacabada cuyo contenido debe articularse con las demás reglas que hayan creado el constituyente o el legislador en materia de inhabilidades, impedimentos

e incompatibilidades. Si este fuera el caso, la edad de retiro forzoso tendría suficiente cobertura legal en el Decreto Ley 2400 de 1968 [...]”.

Problema jurídico 4: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella?

Tesis 4: “[...] la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirle a la comunidad el contenido de estas en borrador [...] no hay que confundir el deber de consulta previa con el de publicidad de los proyectos específicos de regulación. Si bien ambos tienen fundamento constitucional en el principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas [...] De esta distinción se desprende una importante consecuencia pues el artículo 46 del CPACA dispone que «[...] Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar [...]. Por tratarse de una figura diferente a la consulta previa, el deber de publicidad de los proyectos específicos de regulación no tiene cabida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo y, por ende, para que el incumplimiento de este último pueda conducir a la nulidad de la respectiva decisión administrativa tendrá que acudirse a la regla que se dejó sentada en el capítulo anterior. Lo anterior significa que, por regla general, la falta de publicación de uno de estos proyectos,

acompañado del procedimiento respectivo, dará lugar a la nulidad del acto por la causal de expedición irregular o con violación del derecho de defensa pues dicha exigencia constituye una verdadera garantía a favor de los administrados que pueden resultar afectados por la determinación que adopte la respectiva entidad estatal. Sin embargo, excepcionalmente, cuando pueda advertirse que la decisión final de la administración no hubiera sido distinta de haberse atendido tal forma, la inobservancia de tal deber carecerá de la aptitud de enervar la presunción de legalidad del acto administrativo. La segunda conclusión que puede establecerse es que [...] antes de la expedición de los Decretos 1081 y 1609 de 2015, y en especial del Decreto 270 de 2017, la regulación de este deber resultaba incipiente, pues no existía un mandato normativo a nivel general que concretara las condiciones bajo las cuales debía garantizarse. Ahora, esta situación, por supuesto, no eximía el acatamiento de tal deber, pero sí permite concluir que la evaluación de su cumplimiento ha de efectuarse en proporción al nivel de detalle de las exigencias

normativas de cada momento [...] en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de publicación de los proyectos de regulación que dieron origen a la expedición de los Decretos 2054 de 2014 y 1069 de 2015. No obstante, la Sala no anulará los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014, 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015, puesto lo cierto es que, al evaluar el caso concreto, no se advierte al menos una posibilidad razonable de que la administración hubiese tomado una decisión diferente de haber dado cumplimiento a la respectiva formalidad por lo que su alegada inobservancia carecería de la aptitud para enervar la presunción de legalidad del acto administrativo. Ello se explica en que, de haber dado cumplimiento a dicho deber, las manifestaciones que hubiesen podido realizar los interesados no habrían tenido la potencialidad de generar un impacto en la decisión de la administración porque la edad de 65 años como causal de retiro forzoso aplicable a los notarios ya se encontraba regulada en una norma con fuerza de ley como lo era el Decreto Ley 2400 de 1968 [...]”.

Decreto 3047 de 1989 - Artículo 1 (no anulado). Decreto 2054 de 2014 – Artículo 4, numeral 4 (no anulado). Decreto 1069 de 2015 - Artículo 2.2.6.1.5.3.13 (no anulado) y artículo 2.2.6.3.2.3, numeral 4 (no anulado).

Edad de retiro forzoso de los notarios y vacancia del empleo. Principio de reserva de ley. Cosa juzgada parcial. Ejercicio de la potestad reglamentaria. Deber de informar sobre la iniciación de la actuación administrativa a los interesados.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00032-00(0098-2017)

FECHA: 02/07/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Mauricio Fajardo Gómez

DEMANDADO: Ministerio de Justicia y del Derecho

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al expedir los actos administrativos demandados en desconocimiento del principio de reserva de ley, por ser la edad de retiro forzoso un asunto que, según el demandante, corresponde definir al legislador?

Tesis 1: “[...] la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afina en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujeto que lo expide pues lo que se advierte en tales casos, es que el derecho positivo no consagra una facultad general que le permita actuar al Estado, en abstracto, como autoridad normativa, porque se requiere de una concreción de la competencia en una o varias autoridades administrativas [...] en los eventos en que por disposición expresa del constituyente la competencia es exclusiva del legislador no es admisible el va-

ciamiento de las facultades atribuidas a este mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal [...] se ha sostenido que, al no existir otra referencia normativa que desde la Constitución Política regule el retiro forzoso del servicio público, la edad, como una de las causales de procedencia de esta figura, únicamente puede ser reglada a través de una norma con fuerza y rango de ley [...] La Sala, en armonía con el criterio constitucional, estima que la expresión «ley» contenida en el citado artículo 125 fue utilizada en su sentido formal toda vez que, la Constitución de 1991 contempló la función pública como uno de los ejes básicos e inherentes para la realización del modelo de Estado previsto en aquella [...] Teniendo claro que la edad de retiro forzoso del servicio público es una materia sometida a reserva de ley, queda por definir si los artículos demandados tenían una cobertura legal apropiada en virtud de la cual pueda concluir-

se que su expedición obedeció al ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del legislador. La Sala considera que este asunto ya fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación y que están dados los presupuestos para predicar la existencia de cosa juzgada en ese preciso aspecto [...] en el caso de los notarios, los artículos acusados consagraron la edad de retiro forzoso con sustento en una norma que tenía rango y fuerza legal como lo es el Decreto Ley 2400 de 1968, según lo definió el Consejo de Estado a través de su Sección Primera en sentencia del 30 de abril de 2009, última que en tal virtud produce, parcialmente, efectos de cosa juzgada en este proceso [...].”

Problema jurídico 2: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por, presuntamente, haber agregado a las causales de pérdida del cargo de notario que prevé el Decreto Ley 960 de 1970 el retiro forzoso por cumplir la edad de 65 años?

Tesis 2: “[...] para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias [...] A simple vista podría pensarse que los preceptos acusados exceden el contenido del artículo 144 del Estatuto de

Notariado, pues, en efecto, este último no contempla el retiro forzoso por edad como una causal de pérdida del cargo de notario. Sin embargo, esta circunstancia no supone una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque lo cierto del caso es que los artículos 4 del Decreto 2054 de 2014 y 2.2.6.3.2.3 del Decreto 1069 de 2015 no se ocupan de reglamentar las causales de pérdida del cargo sino una categoría más amplia que es la de la vacancia absoluta del empleo de notario [...] la vacancia puede manifestarse de diferentes maneras pues, al margen de la figura que dé lugar a su concreción, lo importante es que materialmente se trate de una situación en la que el empleo de notario queda sin ser provisto debido a que, por alguna razón, quien lo ocupaba fue desvinculado del servicio público lo que, se reitera, puede suceder tanto en una hipótesis de las que la ley definió como de pérdida del cargo o como en una de retiro forzoso [...] la edad, como uno de los supuestos que da lugar al retiro forzoso, es una causal de desvinculación del servicio público, lo que permite concluir que, efectivamente, se trata de una causal de vacancia de una notaría y que, además, antes de la expedición de la Ley 1821 de 2016, esta tuvo fundamento legal en la lectura armónica de los Decretos Leyes 960 de 1970 y 2400 de 1968. Así las cosas, no advierte la Sala que el Gobierno Nacional, a través de los mencionados artículos, haya extralimitado el uso de su facultad de producción normativa [...]”.

Problema jurídico 3: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de falta de competencia al exceder el ejercicio de la potestad reglamentaria por haber agregado, a través de los actos administrativos demandados, una causal al régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades de los notarios, en desconocimiento del artículo 54 de la Ley 734 de 2002?

Tesis 3: “[...] en aras de garantizar condiciones de eficiencia, idoneidad, imparcialidad, transparencia, publicidad, probidad y moralidad administrativa, el ordenamiento jurídico contempló la existencia de regímenes de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses que afectan tanto a quienes desarrollan una función pública como a personas jurídicas y naturales que, sin tener a su cargo el desempeño de tal labor, pretenden entablar relaciones jurídicas con instituciones estatales [...] Dado que las inhabilidades e incompatibilidades limitan las libertades y derechos de las personas a acceder a un cargo público, su origen debe ser constitucional o legal. Ello también explica que la consagración de las diferentes causales sea taxativa y su interpretación restrictiva [...] aunque se ha entendido que la edad de retiro forzoso genera una prohibición o impedimento para el ejercicio de funciones públicas, lo cierto es que esta no puede catalogarse como una de causal propia del régimen de régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades al que se ha hecho alusión [...] quien alcanza la edad que se defina para tales efectos debe dejar el empleo porque se estima que ya ha cumplido la etapa laboral de su vida, debiendo brindarle la oportunidad de trabajar a otra persona, y no porque la edad pueda ser una circunstancia que amenace la probidad, objetividad y rectitud con la que ha de ejercerse el servicio público. No obstante, si en gracia de discusión quisiera pensarse que en efecto la edad de retiro forzoso es una causal propia del régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades, tampoco le asistiría razón al demandante toda vez que, por expresa disposición de su inciso final, el artículo 54 de la Ley 734 de 2002 debe leerse mediante la integración sistemática de los diversos preceptos constitucionales y con fuerza de ley que regulen la materia. En otras palabras, el citado artículo 54 contiene una norma inacabada cuyo conte-

nido debe articularse con las demás reglas que hayan creado el constituyente o el legislador en materia de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades. Si este fuera el caso, la edad de retiro forzoso tendría suficiente cobertura legal en el Decreto Ley 2400 de 1968 [...]”

Problema jurídico 4: ¿El Ministerio de Justicia y del Derecho incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido los actos demandados incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella?

Tesis 4: “[...] la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirle a la comunidad el contenido de estas en borrador [...] no hay que confundir el deber de consulta previa con el de publicidad de los proyectos específicos de regulación. Si bien ambos tienen fundamento constitucional en el principio de democracia participativa, se trata de instituciones autónomas que se estructuran bajo circunstancias diferentes y con sujeción a sus propias reglas [...] De esta distinción se desprende una importante consecuencia pues el artículo 46 del CPACA dispone que «[...] Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar [...]». Por tratarse de una figura diferente a la consulta previa, el deber de publicidad de los proyectos específicos de regulación no tiene cabida dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo y, por ende, para que el incumplimiento de este último pueda conducir a la nulidad de la respectiva decisión administrativa tendrá que acudirse a la regla que se dejó sentada en el ca-

pítulo anterior. Lo anterior significa que, por regla general, la falta de publicación de uno de estos proyectos, acompañado del procedimiento respectivo, dará lugar a la nulidad del acto por la causal de expedición irregular o con violación del derecho de defensa pues dicha exigencia constituye una verdadera garantía a favor de los administrados que pueden resultar afectados por la determinación que adopte la respectiva entidad estatal. Sin embargo, excepcionalmente, cuando pueda advertirse que la decisión final de la administración no hubiera sido distinta de haberse atendido tal forma, la inobservancia de tal deber carecerá de la aptitud de enervar la presunción de legalidad del acto administrativo. La segunda conclusión que puede establecerse es que [...] antes de la expedición de los Decretos 1081 y 1609 de 2015, y en especial del Decreto 270 de 2017, la regulación de este deber resultaba incipiente, pues no existía un mandato normativo a nivel general que concretara las condiciones bajo las cuales debía garantizarse. Ahora, esta situación, por supuesto, no eximía el acatamiento de tal deber, pero sí permite concluir que la evaluación de su cumplimen-

to ha de efectuarse en proporción al nivel de detalle de las exigencias normativas de cada momento [...] en este proceso no se acreditó el cumplimiento del deber de publicación de los proyectos de regulación que dieron origen a la expedición de los Decretos 2054 de 2014 y 1069 de 2015. No obstante, la Sala no anulará los artículos 4 numeral 4 del Decreto 2054 de 2014, 2.2.6.1.5.3.13 y 2.2.6.3.2.3 numeral 4 del Decreto 1069 de 2015, puesto lo cierto es que, al evaluar el caso concreto, no se advierte al menos una posibilidad razonable de que la administración hubiese tomado una decisión diferente de haber dado cumplimiento a la respectiva formalidad por lo que su alegada inobservancia carecería de la aptitud para enervar la presunción de legalidad del acto administrativo. Ello se explica en que, de haber dado cumplimiento a dicho deber, las manifestaciones que hubiesen podido realizar los interesados no habrían tenido la potencialidad de generar un impacto en la decisión de la administración porque la edad de 65 años como causal de retiro forzoso aplicable a los notarios ya se encontraba regulada en una norma con fuerza de ley como lo era el Decreto Ley 2400 de 1968 [...].”

Artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6 (no anulado). Decreto 2485 de 2014 – Artículo 4 (no anulado).

Concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales. Provisión y nombramiento según tipología de empleo público y proceso de selección. Distinción entre convocatoria pública y concurso de méritos. Ejercicio de la potestad reglamentaria, principio democrático y principio de autonomía de las entidades territoriales.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-01089-00(4824-2015 y 0001-2016)

FECHA: 09/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: José Ignacio Arango Bernal y otro

DEMANDADO: Departamento Administrativo de la Función Pública y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La materia objeto de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 está sometida a reserva de ley?

Tesis 1: “[...] para proveer los cargos de carrera y algunos de periodo fijo, el ordenamiento jurídico ha consagrado los procesos de selección, los cuales aluden a un conjunto de etapas que tiene como propósito evaluar la capacidad e idoneidad de los aspirantes a un determinado empleo público para ejercer las funciones y asumir las responsabilidades propias de éste, con el fin de escoger a aquel que ha de desempeñar el cargo en cuestión. En el ámbito de la función pública, el concurso de méritos puede definirse como un proceso de selección para el desempeño del empleo público, llevado a cabo con plena garantía de los principios de transparencia, objetividad e igualdad, en el que la escogencia del aspirante

que habrá de ocuparlo se realiza exclusivamente con base en el mérito, entendido este como el reconocimiento que le corresponde a una persona en razón de las capacidades, competencias y aptitudes que ha demostrado tener para el desempeño del contenido funcional del cargo de que se trate. De esta forma, cuando la provisión del empleo se encuentra sometida a concurso público, siendo el mérito el único criterio por el que debe regirse la escogencia del empleado público, queda descartado cualquier mecanismo que represente para el empleador facultades discrecionales de selección de los aspirantes, pues aun cuando estas últimas no implicarían per se arbitrariedad, sí afectarían la exigencia de aplicación exclusiva de tal criterio. Respecto de las etapas que han de surtir en este tipo de procesos de selección, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 señaló que son (i) la convocatoria, (ii) el reclutamiento, (iii) la aplicación de pruebas o

instrumentos de selección, (iv) la conformación de lista de elegibles y (v) el período de prueba. [...] De otro lado, aparece el sistema de convocatoria pública como un proceso de selección que involucra instrumentos de diferente naturaleza. Así, integra un componente meritocrático al disponer la aplicación de pruebas como una de sus etapas, pero también contempla uno de orden discrecional porque, a diferencia de lo que sucede en el concurso público, los resultados obtenidos no son concluyentes de la elección. Esta última se realiza por un órgano colegiado mediante la votación que hagan sus integrantes de una lista de elegibles cuyo orden no condiciona la decisión. [...] Sin embargo, esto no significa que sean radicalmente opuestos. De hecho, en esencia, tanto la convocatoria pública como el concurso público de méritos son procesos de selección del empleo público que deben basarse en el respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, celeridad, publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito. [...] La diferencia estará en la rigurosidad con la que, dependiendo de la forma de provisión del empleo, debe evaluarse el mérito. [...] en lo que se refiere al artículo 313 de la Constitución Política, cuyo numeral 8 señala que corresponde a los concejos municipales «[...] Elegir Personero para el período que fije la ley [...]», se observa que no sería viable predicar un vaciamiento de competencias por violación de una reserva legal porque el precepto constitucional no admite duda en cuanto a que aquello que debe definir la «ley», más allá de la acepción en que se esté usando la palabra, es el «período» de los personeros municipales o distritales, entendido como el lapso o término para el cual han de ser elegidos, asunto que en modo alguno fue abordado en los actos administrativos objeto de la actual demanda [...] Queda entonces por analizar si el inciso 4 del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto

Legislativo 2 de 2015, consagra una reserva de ley y, en caso afirmativo, si esta fue vulnerada por el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública [...] la disposición en la que el señor (...) pretende fundamentar la ilegalidad de los actos administrativos demandados no es aplicable a los personeros municipales pues, según se explicó, la provisión de este tipo de cargos debe efectuarse mediante concurso público, proceso de selección que difiere del de convocatoria pública, contemplada en el Acto Legislativo 2 de 2015. En tales condiciones, no es factible predicar una alegada falta de competencia por existencia de reserva de ley cuando el asunto del que se ocupan los decretos acusados no se rige por la norma constitucional en la que, a voces de la demanda, se establece la reserva en comentario [...]».

Problema jurídico 2: ¿El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015?

Tesis 2: “[...] Para resolver este interrogante, basta remitirse a las consideraciones efectuadas en desarrollo del primer problema jurídico pues allí quedó establecido que la Corte Constitucional, en sentencia C-105 de 2013, resolvió declarar exequible el inciso 1 del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 en cuanto contempló que los personeros municipales deben elegirse por las corporaciones públicas, «previo concurso de méritos». Así las cosas, es plausible concluir que, respecto de este tipo de empleos, opera el precedente constitucional que admite el concurso público como proceso de selección aplicable a funcionarios que no son de carrera. Al hacer parte de una sentencia de constitucionalidad, dicha interpretación se integra al contenido del precepto legal en comentario, luego no es viable para el Consejo de Estado desatender el

texto normativo admitiendo, como pretenden los demandantes, que la elección de personeros municipales evada el estricto orden en que debe aplicarse la lista de elegibles, lo que implicaría, según la caracterización ampliamente explicada, que su elección se realice a través de convocatoria pública y no mediante el concurso público de méritos. En conclusión, el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública no excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, al disponer que la vacante del empleo de personero se cubrirá con quien ocupe el primer puesto de la lista”.

Problema jurídico 3: ¿Son nulos los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 por desconocimiento del principio democrático y el de autonomía de las entidades territoriales?

Tesis 3: “[...] La teleología a la que responde este principio no es otra que garantizar el involucramiento y participación de los ciudadanos en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas, lo cual resulta factible gracias a una serie de mecanismos y derechos que instituyó la carta política en atención al modelo de Estado Social de Derecho adoptado. De esta forma, la democratización de la función pública aparece como uno de los principios más importantes en nuestro ordenamiento jurídico pues sobre él descansa toda la estructura institucional y normativa. En efecto, el nutrido contenido de este principio le otorga un alcance amplio que no se restringe a la intervención ciudadana en materia electoral, sino que impacta, además, ámbitos sociales, comunitarios, familiares e individuales. [...] La censura que en ese sentido formularon los señores José Ignacio Arango Bernal y otro debe resolverse en forma desfavorable toda vez que ya fue objeto de pronunciamiento por la Corte Cons-

titucional en la citada sentencia C-105 de 2013, en la que se concluyó que el hecho de que los personeros municipales fuesen elegidos «[...] previo concurso público de méritos [...]» no transgrede los principios constitucionales antedichos. Al ser el concurso público de méritos que regulan los actos demandados un desarrollo de aquel que consagra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, esta Corporación no puede más que someterse a la decisión judicial en la que se declaró la exequibilidad de dicha norma por los reproches señalados. Así, el presunto desconocimiento del principio democrático se descartó en la sentencia C-105 de 2013 bajo el entendido de que afirmar que su respeto depende de que las corporaciones públicas puedan deliberar para decidir discrecional y libremente a la persona que debe ocupar el cargo de personero municipal porque sus miembros representan y actúan en nombre de la voluntad general, parte de una noción restringida de aquel principio que olvida que el concurso de méritos materializa los postulados de la democracia participativa y de la sustancial. [...] en lo que se refiere al cargo de nulidad que estudió la Corte Constitucional en aquella sentencia por violación del principio de autonomía de las entidades territoriales, es preciso señalar que se encontró probado en la medida en que el texto original del artículo 35 de la citada Ley 1551 de 2012 le asignó la realización del concurso público de méritos a la Procuraduría General de la Nación [...] la Corte Constitucional sostuvo que, precisamente a efectos de respetar el principio de autonomía de las entidades territoriales, la responsabilidad de dirigir y conducir los concursos públicos de méritos para la elección de personero municipal debía ser ejercida por los concejos municipales y no por el Ministerio Público [...] En conclusión, los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 no desconocen el principio democrático ni el de autonomía de las entidades territoriales”.

Decreto Reglamentario 1474 de 1997 – Artículo 17 (no anulado), elementos del juicio de legalidad en la acción de nulidad simple. Cosa juzgada en las sentencias de simple nulidad. Confrontación de la norma demandada y de la que se dice vulnerada.

1215

RADICADO: 11001-03-25-000-2009-00114-00(1571-2009)

FECHA: 13/02/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Luis Enrique Álvarez Vargas

DEMANDADO: Ministerio de la Protección Social y Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Debe prosperar la excepción de fondo de cosa juzgada, consistente en el pronunciamiento previo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, a través de la cual se denegó la pretensión de nulidad del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997?

Tesis 1: “La cosa juzgada (i) responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, (ii) opera cuando mediante decisión de fondo, debidamente ejecutoriada, la jurisdicción ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causa petendi juzgada en proceso posterior, e (iii) impide que se expidan pronunciamientos futuros sobre el mismo asunto, dada su previa definición o juzgamiento a través de providencias en firme, en clara salvaguarda de la seguridad jurídica. [...] La sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo tiene efectos erga omnes de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no resulta posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación. Sin embargo, cuando se trate de un fallo que denie-

que la nulidad, los efectos de cosa juzgada solo recaen sobre la causa petendi, razón por la cual es posible que, respecto del acto, objeto de la decisión, se puedan tramitar nuevos procesos, los cuales deben tener por fundamento una causa distinta a la resuelta en la sentencia que negó la pretensión anulatoria. [...] El artículo 303 del Código General del Proceso, establece tres presupuestos para la configuración de cosa juzgada, consistentes en que el nuevo proceso, en comparación con el anterior, (i) verse sobre el mismo objeto; (ii) se funde en la misma causa y (iii) tenga identidad jurídica de partes. [...] Esta Corporación ha precisado que en los procesos de simple nulidad «el objeto corresponde al acto mismo, entretanto la causa se circunscribe a los cargos en que se estructure la pretensión» anulatoria y no resulta aplicable, para efectos de la cosa juzgada, el presupuesto de la identidad jurídica de partes. [...] bajo el amparo de los criterios normativos y jurisprudenciales expuestos, claramente la controversia que atañe al presente pronunciamiento exhibe características diferentes a las que orientaron y ocuparon en la anterior oportunidad el estudio y pronunciamiento respecto de la misma nor-

ma reglamentaria. [...] si bien es cierto que en ambos procesos el objeto se circunscribe a la misma norma (artículo 17 del Decreto 1474 de 1997), también lo es que los cargos que estructuran la pretensión de nulidad son distintos y se dirigen a demostrar hechos y transgresiones disímiles, con abordajes diferenciados [...] Como la causa petendi no coincide en estos dos procesos, así como la forma de abordaje que se planea en uno y otro caso, no se configura la excepción de cosa juzgada planteada por los ministerios accionados y, por lo tanto, queda habilitada la Sala para estudiar el cargo propuesto (ejercicio desbordado de la función reglamentaria) y los supuestos efectos nocivos que trae para algunos trabajadores el condicionamiento fijado en la parte cuestionada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997 (vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso y detrimentos patrimoniales supuestamente injustificados) [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Es nula la parte demandada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 del 30 de mayo de 1997 por desconocer las normas que se dicen vulneradas y por la carga que implica para algunos trabajadores?

Tesis 2: “[...] el condicionamiento fijado inciso segundo de parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y replicado en la parte que se acusa, consistente en exigir el traslado de las sumas actualizadas para acumular las semanas o tiempos trabajados, la Corte Constitucional lo encontró razonable, porque comporta un mecanismo de transición que pretende alcanzar una mayor justicia social y debe ser interpretado conforme a la Constitución Política, por parte de las autoridades e intervinientes en el trámite de reconocimiento pensional. Así las cosas, las anteriores previsiones no per-

siguen obstaculizar el acceso a la pensión de jubilación o generar cargas no razonables a los trabajadores (vulneración de derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso), como lo sugiere el actor. Ahora bien, resulta pertinente señalar que las afirmaciones del demandante consistentes en que la parte controvertida genera un detrimento patrimonial de los trabajadores en favor del Instituto de Seguros Sociales, y sanciona al sujeto jurídico más débil del sistema, por cuanto en ambos eventos se dilata la efectividad de las mesadas pensiones por la mora o negligencia de otros actores e intervinientes en el trámite de reconocimiento prestacional, además de no estar soportadas, (i) no forman parte del juicio de legalidad que corresponde efectuar en esta acción (simple nulidad), el cual debe partir de la confrontación de la norma demandada y de la que se dice vulnerada, (ii) ameritan la revisión de casos particulares de cara a la interpretación que dio la Corte Constitucional del inciso segundo del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la sentencia C-177 de 1998 y, por ende, a la garantía de trámites administrativos, financieros y judiciales expeditos que posibiliten el derecho a la seguridad social de los trabajadores y (iii) requieren un análisis normativo mayor, por cuanto, como ya se evidenció, la disposición que se pidió revisar en este caso (inciso segundo del artículo 17 del Decreto Reglamentario 1474 de 1997) no es aislada, sino que hace parte de un engranaje dispositivo de transición relacionado con el traslado y la emisión, cálculo y redención de reservas. Por lo expuesto, la Sala declarará no probada la excepción de cosa juzgada y denegará la declaratoria de nulidad de la parte acusada del inciso segundo del artículo 17 del Decreto 1474 del 30 de mayo de 1997 [...]”.

Demanda de la Resolución 3087 del 28 de noviembre de 2013, emanada de la Contraloría General de la República, por medio de la cual «se cambia la modalidad de vinculación de los cargos de director del nivel directivo grado 03», en cuanto vulnera el artículo 13 del decreto 268 de 2000 (no anulada).

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00030-00 (0082-2014)

FECHA: 04/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Diego Francisco Álvarez Ortiz

DEMANDADO: Contraloría General de la República

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Resolución 3087 del 28 de noviembre de 2013, expedida por la Contraloría General de la República, está afectada por i) violación de los principios constitucionales y la ley; ii) expedición irregular; y iii) falsa motivación?

Tesis: “[...] el empleo de director, grado 3, aunque en un principio fue concebido como de libre nombramiento y remoción, sufrió una modificación producto de las enunciadas sentencias de constitucionalidad que lo enmarcaron entre aquellos que hacen parte de la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República. [...] se debe señalar que, como consecuencia de la mutación en la naturaleza del empleo de director, grado 3, la Contraloría General de la República se vio en la necesidad de convocar a concurso abierto de méritos para proveer los cargos de tal denominación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Ley 268 de 2000, y procedió de conformidad, como consta en las Convocatorias 002-13, 003-13, 004-13, 005-13, 006-13. [...] dadas las especiales circunstancias que rodearon la situación, esto es, el

cambio de naturaleza que sufrió el empleo, la entidad demandada tenía que acudir a las normas aplicables, a efecto de definir la situación del personal que venía ocupando los empleos, bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, dando el carácter de provisional a su vinculación, mientras se surtía el proceso de selección a través del concurso abierto de méritos convocado. Para efecto de lo anterior, la Contraloría General de la República dictó la Resolución 3087 de 28 de noviembre de 2013, que constituye el acto acusado, por medio de la cual decidió «cambia[r] la modalidad de vinculación de los cargos de Director del Nivel Directivo Grado 03» que venían vinculados en calidad de libre nombramiento y remoción y, en su lugar, declarar que, a partir del 2 de diciembre de 2013, tales servidores se entendían nombrados en provisionalidad. [...] Al analizar el contenido de la norma con el acto bajo censura, se puede concluir que la entidad demandada no vulneró la previsión del artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, pues, en momento alguno, desconoció la naturaleza del empleo de director, grado 3; por el contrario, fue el interés de acatar las sentencias de consti-

tucionalidad, lo que sustentó la decisión de cambiar la modalidad de la vinculación de los servidores que venían desempeñando en esos empleos, de modo que no se vislumbra vulneración del artículo en cita y, en particular, de la clasificación de los empleos. [...] el actor consideró desconocidas las normas propias que rigen la carrera especial de la Contraloría General de la República, en tanto la entidad se abstuvo de aplicar el artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000 que prevé lo relativo a la provisión de los empleos cuando se presenta la vacancia definitiva y no acudir, como lo hizo, al artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, pues, aunque esta puede aplicarse, de manera supletoria, a ese ente de control, ello solo procede ante ausencia de norma que rija la materia. Con el objeto de determinar si la fundamentación normativa expuesta por el demandante era aplicable para definir la situación que se presentó como resultado de las sentencias de constitucionalidad mencionadas, la Sala considera oportuno señalar que el artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000 regula lo relativo a la «provisión de cargos de carrera vacantes en forma definitiva» y, para tal efecto, establece tres supuestos, a saber: i) si existe lista de elegibles vigente, procede el nombramiento en período de prueba; ii) si no existe lista de elegibles vigente, «el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso»; iii) en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional. [...] Ahora bien, el actor sostiene que mientras se surtía el proceso de selección, se debió permitir a los empleados de carrera acceder a un encargo, tal como lo dispone el segundo de los supuestos en referencia. Sin embargo, tal proceder, en primer término, es facultativo, pues, precisamente el legislador lo previó como una posibilidad al utilizar el vocablo «podrá» y no

como un imperativo, caso en el cual habría empleado la expresión «deberá» y, en segundo lugar, la administración no podía desatender que estaba ante una situación que, en estricto rigor, no estaba consagrada en el régimen especial de carrera de la Contraloría General de la República, como es el hecho del cambio de naturaleza de un empleo, en el cual venían vinculados algunos servidores. Precisamente ante la falta de previsión al respecto, la entidad demandada acudió a la Ley 909 de 2004, que rige la carrera administrativa en general, y que se aplica, en forma supletoria, a las carreras especiales como la de la Contraloría General de la República, tal como lo establece el artículo 3, numeral 2, *ibidem*. De manera que ante un vacío normativo como el que se hizo evidente por la situación enunciada, era aplicable la ley general. Ahora bien, el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, sí regulaba la situación a la que se vio enfrentado el ente de control, en efecto, en su inciso segundo la norma enunciada previó que «[t]endrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador». La disposición en referencia regula con mayor precisión la situación ocurrida en lo que respecta al empleo de director, grado 3, de la Contraloría General de la República, toda vez que, por virtud de las sentencias de constitucionalidad citadas con antelación, dejó de ser de libre nombramiento y remoción y se convirtió en empleo de carrera; por lo tanto, la vinculación de los empleados que venían ejerciéndolos adquirió el carácter de provisional. [...] no es cierto, como lo pre-

tende hacer ver el demandante, que se hubiera acudido a normas que rigen la vacancia temporal, pues, aunque el inciso 1 del artículo 9 del Decreto 1227 de 2005 se refiere a un supuesto de provisión en caso de «vacancias temporales», el inciso 2 de esa norma se refiere, en forma concreta, a la situación que ocurrió en la Contraloría y no es otra que el cambio de naturaleza del empleo, que, se repite, mutó de libre nombramiento y remoción a la carrera administrativa especial de la entidad. Por lo tanto, no cabe duda que era la disposición a la que se debía acudir para llenar el vacío de lo no contemplado en la norma especial, pues en su segundo inciso comprendía, en forma clara y específica, la situación de modificación de la naturaleza del empleo. Otro argumento que invocó el demandante consistió en que los artículos 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, no habilitaban para cambiar la naturaleza de los nombramientos de libre nombramiento y remoción que recaían en quienes estaban ocupando los empleos de director, grado 3. Sin embargo, el demandante no explicó las razones por las cuales, en su sentir, la norma en comento no permitía tal modificación y, por el contrario, al verificar el contenido del artículo 9, en particular su inciso 2, la Sala concluye que esta disposición, de por sí, prevé el cambio de la naturaleza del nombramiento pues señala «[t]endrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera». Esta Corporación considera que la norma en referencia es totalmente clara en establecer el cambio del carácter del nombramiento, cuando se da una circunstancia de cambio de naturaleza del empleo, como la ocurrida en el ente de control demandado, razón por la cual no encuentra sustento la afirmación del demandante y todo ello impide declarar probado el cargo

propuesto. [...] Para el actor, el proceder de la Contraloría General de la República debió ceñirse al orden que establece el artículo 12 del Decreto Ley 268 de 2000, es decir, que ante la falta de lista de elegibles, para proceder al nombramiento en periodo de prueba, se debió acudir a la figura del encargo, que es la segunda alternativa que prevé la norma, y no al nombramiento provisional, que es la última opción que esta plantea, de donde surge que el demandante pretende hacer evidente un error de procedimiento que se podría enmarcar en el cargo de expedición irregular. En relación con la anterior interpretación, la Subsección precisa que, en el caso que se analiza, no se produjo, como tal, uno o varios nombramientos provisionales para cubrir las vacantes de los cargos de director, grado 03, lo que se procedió fue a modificar o cambiar la modalidad del nombramiento de quienes venían vinculados en esos empleos, debido al cambio de naturaleza de estos. En las anteriores condiciones es forzoso concluir que el planteamiento de reproche que formula el actor parte de una premisa errónea, pues, en estricto rigor, no hubo nuevos nombramientos, sino que se produjo la mutación de la modalidad de vinculación que venían ostentando los servidores que, para ese entonces, fungían como director, grado 3, lo cual se sustentó en una disposición válidamente aplicable, como se explicó previamente, razón por la cual no prospera el cargo. [...] El cargo de falsa motivación lo hizo consistir en que la Contraloría General de la República se fundó en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 que rige en materia de provisión de empleos en vacancia temporal, pero esta situación era ajena a la que, en realidad, acontecía respecto de los aludidos cargos de director, pues se encontraban en vacancia definitiva y, por esa razón, si se había decidido acudir a la ley general, no se debió emplear la previsión del artículo en cita, sino el 24 *ibidem* que es el que contiene lo

relativo a la provisión de empleos en vacancia definitiva. Al revisar con detenimiento las consideraciones del acto acusado y el marco normativo que en él se invocó, la Sala no encuentra ninguna mención al artículo 25 de la Ley 909 de 2004, no obstante, como en él se prevé lo relativo a la provisión de empleos en casos de vacancias temporales y, para tal efecto, se refiere a la provisionalidad, como una forma de cubrir ese tipo de vacantes, la Sala concluye que el argumento se contrae a reiterar la inconformidad en cuanto a que se prefirió el nombramiento provisional, en lugar del nombramiento en encargo y, de ese modo, se desconoció el derecho de los servidores de carrera a acceder a esos empleos. [...] la Sala considera que (...) la intención de la entidad demandada, en modo alguno, estuvo orientada a desconocer el derecho que les podría asistir a los empleados de carrera para acceder a un encargo, sino a aplicar la norma que más se adecuaba a la situación que atravesaba la entidad, en tanto que se produjo un cambio en la naturaleza del

empleo que venían ocupando unos servidores y, por ello, la manera como debía proceder, en aplicación de la normativa aplicable, era modificar la modalidad de la vinculación. Actuar como pretendía el demandante, sería tanto como haber exigido a la entidad que desvinculara a los empleados que venían ostentando esos empleos, en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, producto de la decisión de la Corte Constitucional de cambiar la naturaleza los cargos, lo que hubiera contrariado el hecho de que el nombramiento y ejercicio del empleo, por parte de ellos, era válido a la luz de la normativa que regía al momento de producirse tal mutación y que, en todo caso, existía una preceptiva que legalmente era aplicable ante esta situación, como es la modificación en la modalidad de la vinculación, tal como se procedió. Las razones anteriores son suficientes para considerar que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto acusado, razón por la cual se deberán denegar las pretensiones de la demanda”.

Nulidad del Decreto 2054 de 2014 «por el cual se reglamenta el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

1221

Servicio público notarial. Competencia del Congreso para la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores. Derecho de preferencia de los notarios y competencia del Gobierno para reglamentar la materia. Violación directa del artículo 131 de la Constitución Política.

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-01431-00[4668-2014]

FECHA: 13/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Pedro Leonardo Reyes Vega

DEMANDADO: Ministerio de Justicia y del Derecho

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿Las disposiciones del Decreto Ley 960 de 1970, relativas al servicio público notarial, deben entenderse derogadas por resultar contrarias a las nuevas competencias asignadas al Congreso y al Gobierno Nacional en el artículo 131 de la Constitución Política?

Tesis 1: “[...] Si bien la Constitución de 1991 mantuvo la competencia del Congreso, para la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la Carta le asignó, adicionalmente, al poder legislativo, las facultades reglamentarias «para la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías». Es de resaltar, que por el solo hecho de entrar en vigor la Constitución de 1991, no se puede sostener, prima facie, como lo hace el demandante, que ocurrió el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente del Decreto Ley 960 de 1970, porque el tránsito constitucional no conlleva forzosamente la derogación de

todas las normas expedidas bajo la Constitución derogada. Esta afirmación tiene fundamento en el artículo 9 de la Ley 153 de 1887 [...] [S]e infiere con claridad que todas las normas infraconstitucionales existentes para la fecha de promulgación de la Constitución de 1991 mantuvieron su vigencia, salvo aquellas manifestamente contrarias al contenido material de esta Constitución. [...] El análisis constitucional por el factor de la competencia, debe hacerse frente al ordenamiento constitucional vigente al momento de la expedición de la ley o del reglamento. Es decir, las normas expedidas por las autoridades competentes bajo la antigua Constitución de 1886 mantienen su vigencia, hasta que la nueva autoridad competente, a la luz de la Constitución de 1991, las derogue de forma tácita o expresa. [...] debe tenerse en cuenta que la Ley 588 de 2000, «por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial», al establecer las reglas relativas al concurso para proveer los cargos de notarios, derogó expresamente, en el artículo 11, los artí-

culos 164, 170, 176, 177 y 179 del Decreto Ley 960 de 1970. Fuerza concluir, entonces, que no se derogó el artículo 178, que contiene el derecho de preferencia derivado de las obligaciones y derechos de la carrera notarial. Ello significa, que el numeral 3 de este precepto, reglamentado por el acto acusado, no puede entenderse derogado ni subrogado por normas posteriores [...] la Ley 588 de 2000 reglamentó, entre otros asuntos, el nombramiento de los notarios en propiedad y algunas disposiciones relativas a la carrera notarial, sin agotar por completo la materia. Luego, estas últimas disposiciones deben ser concordadas con las obligaciones y los derechos por pertenecer a la carrera notarial, establecidas en el artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, entre ellos el derecho de preferencia, tantas veces mencionado. Por lo expuesto en este acápite, no prospera el primer cargo de nulidad propuesto por el demandante sobre la derogatoria de la norma reglamentada por inconstitucionalidad sobreviniente. [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El Decreto 2504 de 2014, por el cual se reglamentó el derecho de preferencia de los notarios para ocupar una notaría que se encuentre vacante, está viciado de nulidad, por la presunta falta de competencia del Gobierno para reglamentar la materia, en tanto su regulación le corresponde exclusivamente al legislador?

Tesis 2: “[...] El Decreto 2504 de 2014 fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria otorgada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, y se fundamentó en el artículo 131 de la Constitución Política. [...] el artículo 131 de la Constitución le otorgó al Congreso, además de su función propia legislativa, la facultad de reglamentar, con fuerza de ley, aquellas materias de la actividad notarial. Lo que significa que la intención del constituyente fue la de otorgar a esta corporación legislativa la reglamentación

integral de toda la materia, salvo lo concerniente a la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro de las notarías, materia que es de competencia exclusiva del Gobierno nacional. En concordancia con lo anterior, el legislador estableció un conjunto de normas de carrera notarial para el ingreso a este servicio público en el Decreto Ley 960 de 1970, en la Ley 588 de 2000 y en el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, acusado, que pretende reglamentar el derecho de preferencia de este sistema de carrera. No cabe duda, entonces, de que la materia regulada en el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, está directamente relacionada con la reserva legal del artículo 131 de la Constitución Política. [...] Por lo expuesto, la Sala considera que el decreto acusado no podía reglamentar ni modificar ningún aspecto concerniente al nombramiento de los notarios en propiedad ni asunto alguno derivado de la carrera notarial, como son las obligaciones y derechos derivados de este sistema, por cuanto, como lo ha sostenido esta Sala, de tiempo atrás, sobre estas materias, por mandato constitucional, existe reserva legal. Dicho de otra manera, los asuntos del servicio público que prestan los notarios, entre ellos los aspectos de la carrera notarial, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones; únicamente mediante leyes expedidas por el Congreso o por medio de decretos con fuerza de ley, expedidos por el ejecutivo. En consecuencia (...) es necesario que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, de lo contrario vulnerarían la Constitución. [...] La Sala encuentra fundado el segundo cargo expuesto en la demanda de nulidad contra el Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, por violación directa del artículo 131 de la Constitución Política. Por consiguiente, se impone declarar su nulidad”.

Nulidad parcial de la Resolución 3559 de 2018 – Artículo 8 del Ministerio de Salud y Protección Social «por la cual se modifican los anexos técnicos 2, 3 y 5 de la Resolución número 2388 de 2016 modificada por las resoluciones números 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017». Se anulan los siguientes apartes del numeral acusado: “para el uso de este subtipo de cotizante, el operador de información debe validar que el cotizante se encuentre relacionado en el archivo ‘Reporte de información de personas que están en trámite de solicitud de pensión’, dispuesto por este Ministerio en el FTP seguro de cada operador de información. Información que debe ser enviada mensualmente por parte de las entidades administradoras y pagadoras de pensiones en la Plataforma de Intercambio de Información (PISIS) del Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO) de este Ministerio, a más tardar el día 24 de cada mes, con la estructura que se encuentra publicada en el portal de SISPRO, en la sección de anexos técnicos (PUB205PTSP)”.

Cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Registro Único de los Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Extinción de la obligación de aportar al Sistema General de Pensiones. Competencia del Congreso de la República.

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00538-00(4235-2019)

FECHA: 17/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Jorge David Ávila López

DEMANDADO: Ministerio de Salud y Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico: ¿La Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018 vulnera el ordenamiento jurídico superior en cuanto estableció que los afiliados con requisitos para acceder a la pensión de vejez, que quisieran cesar sus cotizaciones a ese sistema, debían encontrarse en el

archivo “Reporte de información de personas que están en trámite de solicitud de pensión”?

Tesis: “[...] dentro del diseño del sistema de seguridad social, especialmente en lo que concierne a las cotizaciones que lo financian, se resalta la activa intervención que tiene el

Ministerio de Salud y Protección Social para establecer los lineamientos que orientan la liquidación de los aportes. En tal sentido, los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 4107 de 2011, dispusieron que dicha cartera debía tomar parte en la estructuración de las políticas en materia de pensiones y se le facultó para «[p]articipar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones», así como para «[d]efinir y reglamentar los sistemas de información del Sistema de Protección Social que comprende afiliación, recaudo, y aportes parafiscales». A su vez, el artículo 15 de la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 32 de la Ley 1911 de 2018, preceptuó que el gobierno Nacional debía definir el diseño, organización y funcionamiento de, entre otros, el registro único de los afiliados al sistema de seguridad social en salud y pensiones; así como una herramienta que permitiera la integración de los pagos de cotizaciones, aportes parafiscales y otras contribuciones de esa naturaleza, que tendría «como mecanismo principal la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y Contribuciones (PILA)». En ejercicio de las anteriores potestades, se expidió el Decreto 1465 de 2005, modificado por el Decreto 1931 de 2006, el cual dispuso que la PILA debía ser adoptada mediante resolución expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Ese deber se verificó, para los cotizantes activos, con la Resolución 634 de 2006, derogada por la Resolución 1747 de 21 de mayo de 2008, esta última fue derogada por la Resolución 2388 de 2016 y esta, a su vez, reformada por las Resoluciones 5858 de 2016, 980 de 2017, 1608 de 2017, 3016 de 2017, 3559 de 2018, 736 de 2019, 1740 de 2019, 2514 de 2019, 454 de 2020, 686 de 2020, 1438 de 2020, 1844 de 2020, 2421 de 2020. [...] La Resolución parcialmente enjuiciada varió los Anexos Técnicos

2, 3 y 5 de la Resolución 2388 de 2016 (modificada por las Resoluciones 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017). Específicamente, en lo que concierne al sub lite, indicó que el «subtipo de cotizante 4», esto es, el «cotizante con requisitos cumplidos para pensión», podría utilizarse cuando el afiliado cumpla con las exigencias mínimas para el reconocimiento de la pensión de vejez, al tenor de la normativa vigente. Y agregó que, para su uso, «el operador de información debe validar que el cotizante se encuentre relacionado en el archivo “Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión” dispuesto por este Ministerio en el FTP seguro de cada operador de información» y que dicha información «debe ser enviada mensualmente por parte de las entidades Administradoras y Pagadoras de pensiones en la Plataforma de Intercambio de Información (PISIS) del Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO) de este Ministerio, a más tardar el día 24 de cada mes, con la estructura que se encuentra publicada en el portal de SISPRO, en la sección de anexos técnicos (PUB205PTSP)». [...] se observa que la resolución demandada estableció una verificación previa para poder acudir al «subtipo de cotizante 4», consistente en que los potenciales beneficiarios de la exención de pagar el aporte a pensión debían aparecer en el archivo «Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión», lo cual se traduce en que los afiliados debían solicitar la pensión ante su administradora o fondo de pensiones. [...] la resolución demandada se dirigió a la consecución de un objetivo válido, esto es, garantizar el recaudo integral del aporte en pensiones respecto de quienes verdaderamente estaban llamados a realizarlo; sin embargo, implementó un requisito adicional al previsto por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 para que los afiliados cesaran sus cotizaciones al sistema de pensiones. En efecto, la

Resolución 3559 de 2018 determinó que los interesados solamente podrían acceder a ese beneficio si aparecían en el «Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión», es decir, que no les bastaría con cumplir la edad, semanas y/o capital suficiente para acceder a la pensión de vejez, sino que también deberían solicitar la prestación a la entidad administradora o el fondo al cual se

encontraran afiliados, pese a que el legislador no estableció una obligación en tal sentido. [...] En este orden de ideas, el mecanismo de validación en comento introdujo una exigencia adicional a las previstas por el legislador para que se extinguiera la obligación de cotizar, lo cual desbordó la competencia del ministerio y desconoció el deber de ejercer sus atribuciones dentro del marco constitucional y legal [...]”.

Acuerdo 563 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil – Artículos 33, 39, 41 y 44 (no anulados).

Nulidad del acto administrativo por violación del ordenamiento superior en que debía fundarse. Sistema específico de carrera carcelaria y penitenciaria. Potestad de la CNSC para reglamentar los procesos de selección para el empleo público de dragoneante. Pruebas de entrevista y físico-atlética.

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00890-00(3125-2018)

FECHA: 18/03/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: José Gerardo Estupiñán Ramírez

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El uso de instrumentos de selección o pruebas físico-atléticas para evaluar el mérito de los participantes del concurso de méritos realizado por el INPEC para el cargo de dragoneante desconoce los artículos 125 de la Constitución Política y 119 del Decreto Ley 407 de 1994?

Tesis 1: “[...] en el personal de carrera vinculado al INPEC es posible identificar dos grandes grupos: el administrativo y el del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional, último al que pertenece el cargo de dragoneante [...] Según el artículo 113 del Decreto Ley 407 de 1994, el referido cuerpo de custodia y vigilancia presta un servicio público esencial consistente en «[...] mantener y garantizar el orden, la seguridad, la disciplina y los programas de resocialización en los centros de reclusión, la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y otras garantías [...]» [...] En razón de la naturaleza del servicio que les ha sido en-

cargado y en aras de garantizar su adecuada y efectiva prestación, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional se encuentran autorizados para utilizar los medios coercitivos que permita la ley a efectos de restablecer el orden, teniendo en cuenta que solo podrán hacerlo por el tiempo que resulte necesario y, en todo caso, con racionalidad y causando el menor daño a la integridad de las personas y a sus bienes [...] el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por las personas más capacitadas para ejercer el empleo de acuerdo a su perfil y a su contenido funcional [...] al estudiar si este principio u otros derechos fundamentales como la igualdad resultan transgredidos cuando se exigen determinadas condiciones físicas y médicas para ocupar ciertos cargos, la jurisprudencia ha dado una respuesta nega-

tiva pues lo considera admisible siempre que estos requisitos, además de tener relación con la naturaleza y el contenido funcional del empleo, cumplan con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Esta posición ha llevado a sostener que, en principio, la exclusión de participantes que no cumplen con cualquiera de las exigencias previstas por la entidad beneficiaria del concurso no es violatoria de sus derechos fundamentales [...] La caracterización que se hizo del cargo de dragoneante permite afirmar que el cumplimiento de las responsabilidades asignadas a este empleo exige de quienes lo desempeñen una serie de aptitudes y condiciones físicas especiales que les permitan no solo atender de la mejor manera las labores de vigilancia, seguridad y custodia que cumplen respecto de los reclusos y de mantenimiento del orden de los centros carcelarios, sino también la defensa misma de su integridad física, que se ve alta y constantemente expuesta con ocasión del contenido funcional del empleo que desempeñan. En este sentido, consagrar una prueba físico atlética (sic) dentro de la etapa de aplicación de pruebas propia del proceso de selección definido para el cargo de dragoneante del INPEC, lejos de ser violatorio del principio de mérito lo exalta en la medida en que permite que, para la provisión de dicho empleo, se aplique un proceso de selección que evalúa la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes en relación con las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo [...] A lo anterior se suma que los concursantes fueron informados previa, suficiente y debidamente sobre las características y reglas relativas a dicho instrumento de evaluación [...] Ahora bien, siendo claro que la evaluación de las habilidades y resistencia físicas de los aspirantes al cargo de dragoneante del INPEC resultan esenciales, se hace igualmente diáfano que dicho aspecto no podría

ser valorado en debida forma en la entrevista ni en la valoración médica, como lo propone el demandante, ya estas etapas tienen una finalidad diferente [...] conviene recordar que la caracterización de cada empleo que compone la planta de personal del INPEC fue definida con base en un criterio científico, a través de un profesiograma y un perfil profesioográfico que elaboró un grupo interdisciplinario de profesionales especializados en áreas de la salud, psicología, odontología, terapia ocupacional y derecho, quienes acreditaron títulos de pregrado y postgrados. Esta información sirvió de sustento para que se definieran aspectos relativos a los requisitos, reglas y metodología aplicables a la prueba físico atlética (sic) objeto de estudio, lo que con mayor razón permite sostener que dicho instrumento de selección resulta no solo razonable y proporcional sino también necesario de acuerdo con los estudios médico científicos (sic) que lo respaldan y que no lograron desvirtuarse por los reproches que se formularon en la demanda [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El hecho de que la prueba físico-atlética que reguló el Acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, expedido por la CNSC, no se encuentre sometida a las mismas reglas de la prueba de entrevista desdice de su objetividad y transparencia?

Tesis 2: “[...] la Ley 909 de 2004 no estableció ningún mecanismo en particular a través del cual deba evaluarse el mérito, limitándose a señalar de manera general que el propósito de los instrumentos de selección es apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los cargos que se convoquen, al igual que establecer una clasificación de los candidatos respecto de las calidades requeridas para el ejercicio efectivo de las funciones del empleo [...] la Sala se aparta de las consideraciones del demandante pues en el ejercicio de la competencia que le asiste a la CNSC como máxima autoridad

en la materia, sus facultades de regulación son amplias lo que le otorga libertad para definir el tipo de pruebas, la metodología y los procesos para su aplicación, bajo la condición de que se respeten parámetros de igualdad, objetividad, publicidad, imparcialidad y transparencia, exigidos en todo proceso de selección. De acuerdo con ello, la simple afirmación relativa a una supuesta semejanza entre dos instrumentos de selección no es un argumento razonable para desvirtuar la amplia libertad de configuración de que está asistida la entidad demandada a efectos de establecer las reglas de la convocatoria. En tal virtud, sería un desacierto que, apelando a una suerte de analogía, se acepte extender la aplicación de las reglas propias de la prueba de

entrevista a la prueba físico atlética (sic) cuando es claro que, en primer lugar, esta última fue regulada exhaustivamente en el Acuerdo 563 de 2015 y que, en segundo lugar, esa alegada semejanza es inexistente. Lo anterior se evidencia en los artículos 39 y 45 del mencionado acuerdo [...] Por último, el demandante estimó vulneradas las Leyes 845 de 2003 y 1207 de 2008 por el hecho de que no haberse exigido un control antidopaje en la aplicación de la prueba físico atlética.(sic) Este argumento seguirá la misma suerte de los demás pues lo cierto es que el ámbito de aplicación de las referidas normas se encuentra claramente delimitado a las prácticas deportivas, asunto que resulta ajeno al que se discute en el presente debate [...]”.

**Decreto 4353 de 2005 – Artículo 1 (anulado parcialmente).
La expresión «libre nombramiento y remoción». Unidad
Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Sistema
específico de carrera administrativa, empleos de libre
nombramiento y remoción. Clasificación del cargo de
inspector de seguridad aérea de la Aerocivil.**

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00469-00(1144-2015)

FECHA: 08/04/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Jairo Benjamín Villegas

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública, Unidad administrativa Especial de la Aeronáutica Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico 1: ¿La declaratoria de inexecutable de la regla que incluía a los empleos de inspector de seguridad aérea en los cargos de libre nombramiento y remoción de la planta de personal de AEROCIVIL, contenida en el numeral 1.º del artículo 13 del Decreto Ley 790 de 17 de marzo de 2005, produce, respecto del aparte demandado, su pérdida de ejecutoriedad o decaimiento y de ser ello así, si es posible su juzgamiento?

Tesis 1: “[...] en la demanda se pretende la nulidad de la expresión «libre nombramiento y remoción» contenida en el artículo 1.º del Decreto 4353 de 25 de noviembre de 2005 expedido por el presidente de la República «por el cual se modifica la nomenclatura y clasificación de empleos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil». [...] el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el numeral 4.º del artículo 53 de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, profirió el Decreto Ley 790 de 17 de marzo de 2005, «Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera

Administrativa en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil», norma en cuyo artículo 13 clasificó los empleos de la planta de personal de AEROCIVIL [...] El aparte tachado «Inspector de Seguridad Aérea» del numeral 1.º del artículo 13 del Decreto 790 de 2005 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 720 de 2015, por violación del artículo 125 Superior [...] La comparación de los enunciados normativos antes transcritos revela, que cuando el Decreto 4353 de 2005 creó en el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de AEROCIVIL el nivel de «inspector de seguridad aérea», replicó la citada categorización de «libre nombramiento y remoción» comprendida en el Decreto Ley 790 de 2005 art. 13, con lo cual se advierten que las citadas disposiciones contienen el mismo efecto jurídico, situación que deviene en la configuración del fenómeno jurídico de la pérdida de ejecutoriedad del aparte demandado, por la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que sirvió de fundamento para

su expedición, acorde con lo establecido en la Ley 1437 de 2011. [...] Además de lo anterior, se tiene que a través del Decreto 127 de 4 de febrero de 2019 proferido por el presidente de la República, «Por el cual se modifican los niveles funcionales, la nomenclatura, clasificación y se establecen unas equivalencias de empleos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -Aerocivil y se dictan otras disposiciones» fusionó los niveles denominados «Inspector de Seguridad Aérea» e «Inspector de Seguridad de la Aviación Civil», en un solo nivel denominado «Inspector de la Aviación Civil» correspondiente a carrera administrativa, agrupando «[...] los empleos de carrera que exigen la aplicación de conocimientos técnicos para el desempeño de actividades especializadas en la inspección de la seguridad operacional, la seguridad de la aviación y otros aspectos directamente relacionados con la operación de aeronaves.» Para tal efecto, el citado decreto derogó, entre otras disposiciones, el Decreto 4353 de 2005. [...] Así las cosas, es evidente que ocurrieron dos efectos jurídicos sobre la expresión «de libre nombramiento y remoción» del artículo 1.º del Decreto 4353 de 25 de noviembre de 2005. En efecto, como ya viene dicho, respecto del aparte demandado «de libre nombramiento y remoción» contenido en el artículo 1.º del Decreto 4353 de 2005, operó el fenómeno de la pérdida de ejecutoriedad en virtud de la inconstitucionalidad sobreviniente de uno de sus fundamentos de derecho, esto es, la expresión «Inspector de Seguridad Aérea» del numeral 1.º del artículo 13 del Decreto Ley 790 de 2005 norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-720 de 2015. Además con la publicación del Decreto 127 de 4 de febrero de 2019 en el diario oficial núm. 50.857 de la misma fecha ocurrió la derogatoria en su integridad del Decreto 4353 en mención. [...] De acuerdo con el escenario descrito, se hace necesario el estudio de legalidad de la disposición demandada por parte de esta Corporación en atención a que «la

conclusión de legalidad o no de un acto administrativo no está condicionada a su vigencia, pues la legalidad de un acto no está ligada con la producción de sus efectos (eficacia jurídica); la legalidad está vinculada con el momento de su nacimiento o de existencia, para el cual el juez debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior». [...]

Problema jurídico 2: ¿El acto demandado vulneró los artículos 125 de la Constitución Nacional y 5.º, numeral 2.º, de la Ley 909 de 2004, cuando estableció que el nivel de «Inspector de Seguridad Aérea» del sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil correspondía a cargos de libre nombramiento y remoción?

Tesis 2: “Del análisis de la definición genérica de inspector, como de la descripción de los empleos de inspectores de aeronavegabilidad, de operaciones y de servicios a la navegación aérea, así como del examen de las funciones de cada uno de los cargos de inspector de seguridad aérea desde el grado 23 hasta el 40, no se aprecia que tuviesen asignadas funciones atinentes a la dirección, conducción y orientación institucional, cuyo ejercicio implique la adopción de políticas o directrices. Al contrario, es evidente que las funciones establecidas en el manual de funciones son concordantes con lo señalado en el Decreto 4353 de 2005 según el cual ese nivel exige «la aplicación de conocimientos técnicos para el desempeño de funciones calificadas en asuntos de operaciones aéreas, aeronavegabilidad, prevención e investigación de incidentes y accidentes aéreos y medicina aeronáutica» y que según su objetivo principal y transversal a todos los grados de inspector consiste en verificar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en los reglamentos aeronáuticos de Colombia, teniendo en cuenta «la guía del inspector de aeronavegabilidad y las recomendaciones de la OACI, a través de sus ane-

xos y documentos, a fin de minimizar los riesgos en la parte de Aeronavegabilidad» [...] Se observa entonces, que el aparte demandado realizó la regulación genérica de todo un nivel de la planta de cargos de AEROCIVIL denominado «inspector de seguridad aérea», el cual, se caracteriza por la aplicación de normas de carácter técnico como son los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, la Guía del Inspector de Aeronavegabilidad y las recomendaciones de la OACI, entre otros, los cuales no entrañan funciones de dirección y confianza. [...] la misión de AEROCIVIL y con ello, de los «inspectores de seguridad aérea» es primordial para la seguridad del Estado, tal como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1706 de 15 de diciembre de 2005, cuando indicó que «Tales actividades interesan a la seguridad del Estado, ya que son esenciales para el transporte de personas y de mercancías del país, que debe ser continuamente prestado, de manera que si ocurre una paralización por cualquier causa, técnica o de falla humana, o incluso por algún acto terrorista, se altera la operación de una actividad fundamental para el país, con el consiguiente perjuicio para los usuarios, la comunidad en general y por supuesto, las autoridades institucionales». Empero el mismo concepto se basó en la esencialidad de las funciones consistentes en realizar «los controles y revisiones constantes en una actividad de por sí riesgosa, como la aeronáutica y por ello, son indispensables los funcionarios que garantizan la correcta operación de la misma», todas ellas que, como se aprecia, son de naturaleza técnica. [...]. La importante misión que cumple AEROCIVIL y con ella, el empleo de «inspector de seguridad aérea», no tienen la virtualidad de sustraerse de los mandatos constitucionales, especialmente de la regla general prevista en el artículo 125, aplicándoles una clasificación que desconoce el principio de razón suficiente, puesto que, como se vio, las funciones de tales inspectores son estrictamente técnicas y no directivas, de manejo, de conducción u orientación institucio-

nal. [...] Se advierte además que las funciones que les fueron asignadas se acoplaron a la definición del cargo dada en la Resolución 04264 de 27 de agosto de 2010, cuando indicó que el inspector es el servidor público de esa entidad, facultado por esta autoridad aeronáutica para realizar inspecciones sobre aeronavegabilidad y mantenimiento de aeronaves, sus partes o equipos, operaciones de aeronaves, servicios a la navegación aérea, aptitud e idoneidad del personal aeronáutico, todas ellas trascendentales, pero de carácter técnico, separadas de la misión de dirigir y orientar a la entidad, por lo que el principio del mérito para el acceso a esos cargos es el idóneo y debe aplicarse para la escogencia de aquellos servidores mejor capacitados para el ejercicio del empleo. [...] apartar al nivel de «inspector de seguridad aérea» de la carrera administrativa pugna contra los criterios constitucional y legal, en la medida en que no atiende a las previsiones establecidas en el artículo 125 superior, ni a la Ley 909 de 2004, en su artículo 5°, que establecen los postulados para la determinación de los cargos de libre nombramiento y remoción. [...] De acuerdo con todo lo anterior la Sala concluye que la expresión «libre nombramiento y remoción» contenida en el artículo 1.° del Decreto 4353 de 25 de noviembre de 2005 expedido por el presidente de la República «por el cual se modifica la nomenclatura y clasificación de empleos de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil» incurrió en los cargos endilgados de violación directa del artículo 125 constitucional y del numeral 2.° del artículo 5.° de la Ley 909 de 2004, razones que imponen declarar su nulidad. De conformidad con lo señalado por el artículo 189 del CPACA y en aras del principio de la seguridad jurídica frente a las situaciones jurídicas que se consolidaron al amparo de la expresión «libre nombramiento y remoción» contenida en el artículo 1° del Decreto 4353 de 25 de noviembre de 2005, la nulidad que se declarará a través de esta providencia tendrá efectos ex nunc, es decir, que operará hacia futuro”.

Nulidad de la Resolución 4126 de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores – Artículo 37. Legalidad condicionada de la Resolución 4126 de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores – Artículo 38.

Administración y vigilancia del Ministerio de Relaciones Exteriores de la carrera diplomática y consular. Alcance de la potestad reglamentaria frente a sus concursos. Reserva de los documentos y las pruebas de los concursos de méritos de la carrera diplomática y consular.

Nulidad por la violación de las normas en las que debía fundarse el acto administrativo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00963-00(3920-2015)

FECHA: 08/04/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Enrique Antonio Celis Durán

DEMANDADO: Ministerio de Relaciones Exteriores

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿Los artículos 12 y 24 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 están falsamente motivados al asignar a la entrevista personal un valor del 20 % del valor total del concurso?

Tesis 1: “El vicio de falsa motivación de los actos administrativos se configura cuando las razones de hecho o de derecho invocadas en su fundamentación, son contrarias a la realidad. Sobre el particular, esta Subsección ha indicado que los tres elementos indispensables para que se configure esta causal de nulidad son: (a) La existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta (por ejemplo, expedición en forma irregular). (b) La presencia de una evidente divergencia

entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos. (c) La efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado. Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y jurídica, lo cual, en todo caso, no implica que para la ocurrencia de la causal deba existir la intención de engañar por parte de quien expide el acto administrativo, ya que basta el error para su materialización. [...] se puede observar que si bien es cierto que los porcentajes asignados a algunas pruebas del concurso de méritos reglamentado

por la Resolución 4126, difieren en algunos ítems del indicado por el Consejo Académico en la sesión antes aludida⁴⁶, también lo es que las pruebas del concurso son las mismas que propuso el Consejo, y en lo relacionado con los exámenes de historia de Colombia, Colombia en el contexto mundial, geografía de Colombia y negociación, la asignación del porcentaje en el acto acusado es idéntico al que figura en el acta n.º 4 del 7 de mayo de 2015. [...] Lo dispuesto en los artículos 12 y 24 de la Resolución 4126 de 2015 no adolece de falsa motivación, porque el Ministerio de Relaciones Exteriores sí tuvo en cuenta la propuesta de diseño de las pruebas del concurso de méritos reglamentado con dicho acto administrativo, emanada del Consejo Académico de la Academia Diplomática y Consular, según figura en el acta de la sesión n.º 4 del 7 de mayo de 2015, la cual, en todo caso, no era estrictamente obligatoria [...].”

Problema jurídico 2: ¿Los artículos 12 y 24 de la Resolución 4126 de 2015 están afectados por vulneración de las normas en que debieron fundarse, concretamente, del artículo 21 del Decreto Ley 274 de 2000, el artículo 24 del Decreto 1227 de 2005 y el Decreto Ley 1567 de 1998?

Tesis 2: “Esta causal ha sido vista por parte de la doctrina como «genérica», en la medida en que las demás causales específicas pueden comprenderse dentro de la violación de las normas superiores en las que debería fundarse el acto administrativo, ya que aspectos como la competencia, el procedimiento, los motivos y las finalidades del acto, están señaladas en preceptos de mayor jerarquía, que deben ser observados en su expedición. [...] el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: Falta

de aplicación, aplicación indebida o, interpretación errónea. La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, debido a que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido. Por su parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean, a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Este error puede originarse por dos circunstancias: (i) En los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la Tesis del caso concreto. Finalmente, se incurre en este vicio de manera directa al dársele una interpretación errónea a los preceptos aplicados. Esto sucede cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. [...] Lo previsto en los artículos 12 y 24 de la Resolución 4126 de 2015 se ajusta a las normas superiores que debía observar dicho acto administrativo, ya que: en el asunto no es aplicable la Ley 909 de 2004 y sus reglamentos, el valor asignado a la entrevista personal no resulta despropor-

cionado dentro del total de la evaluación del concurso de méritos para acceder a la carrera diplomática y consular, y a esta se le dio un carácter clasificatorio y no eliminatorio [...]”.

Pregunta jurídica 3: ¿Los artículos 18 y 29 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 incurren en vulneración de los artículos 3 del CPA-CA y 13 del Decreto 760 de 2005 al conceder 3 días calendario, contados a partir de la publicación de los resultados de las respectivas pruebas, para solicitar la revisión del puntaje?

Tesis 3: “Uno de los rasgos característicos de los sistemas jurídicos en los Estados (sociales) de derecho como el colombiano, es la organización jerárquica de los diferentes tipos de normas que lo integran. [...] los ministros, como autoridades administrativas, gozan de potestad reglamentaria en el ámbito de sus funciones, la cual, en todo caso, es derivada o de segundo grado, toda vez que debe subordinarse, además de la Constitución y a las leyes, también a los reglamentos emanados del presidente de la República. En ese sentido, en relación con los concursos de méritos de la carrera diplomática y consular, el Decreto Ley 274 de 2000 dispuso expresamente que el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene competencia para definir, mediante resolución, las reglas concernientes a los siguientes temas: 1-. La convocatoria, como norma reguladora de todo concurso, que deberá llevarse a cabo anualmente. 2-. La ampliación de los términos para la inscripción en los concursos. 3-. El mínimo de pruebas que debe aplicarse en desarrollo de los concursos de ingreso, con base en la propuesta del Consejo Académico de la Academia Diplomática. En virtud de lo precedente, puede afirmarse que la potestad reglamentaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto de los concursos de la carrera diplomática y consular, comprende todo lo necesario para llevar a cabo las convocatorias para acceder, a través de ese sistema especial, al servicio exterior del Estado colombiano. No obstante, el

ejercicio de dicha potestad ha de estar orientado únicamente a los aspectos técnicos u operativos propios del certamen, debe observar los principios constitucionales de la carrera administrativa y circunscribirse a la ejecución de las normas que le son superiores, sin que en ningún caso pueda modificarlas, ampliarlas o restringirlas. [...] Lo preceptuado en los artículos 18 y 29 de la Resolución 4126 de 2015 observa los parámetros del debido proceso y no viola los artículos 3.º del CPA-CA y 13 del Decreto 760 de 2005, porque los aspirantes al concurso reglamentado mediante el acto acusado tuvieron la oportunidad real de presentar las solicitudes de que tratan esas disposiciones, a través de un correo electrónico. Además, la consagración de ese término se encontraba dentro de la potestad reglamentaria del Ministerio de Relaciones Exteriores [...]”.

Problema jurídico 4: ¿El artículo 19 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 vulnera los artículos 28 de la Ley 909 de 2004 y 13 del Decreto 760 de 2005 al disponer que se dará respuesta individual a cada una de las solicitudes de revisión?

Tesis 4: “[...] La Sala de Subsección considera que el vicio de nulidad por violación de esas normas no afecta a la Resolución 4126 porque, se reitera, la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 760 de 2005 no vinculan al Ministerio de Relaciones Exteriores en la reglamentación de los concursos de la carrera diplomática y consular. Por ello, esa entidad podía definir lo relacionado con la comunicación de los resultados de las solicitudes de revisión de la primera etapa del concurso de méritos mediante el acto administrativo acusado. Igualmente, se estima que dicha reglamentación no desconoce el principio de transparencia, toda vez que la respuesta a las solicitudes individuales de revisión de resultados en las pruebas de los concursos de méritos no se encuentra dentro de los deberes de publicación proactiva de la

información pública, definidos en el artículo 11 de la Ley Estatutaria 1712 de 2014 (ley de transparencia). Esto, sin perjuicio de que, eventualmente, y con los límites dados por el derecho a la intimidad, cualquier persona solicite la información relacionada con este tema de manera particular. En conclusión: El artículo 19 del acto acusado no viola los artículos 28 de la Ley 909 de 2004 y 13 del Decreto Ley 760 de 2005, en la medida en que estos no son vinculantes para el Ministerio de Relaciones Exteriores en lo relacionado con la reglamentación de los concursos de la carrera diplomática y consular. Además, con la comunicación individual de los resultados de las solicitudes de revisión, previsto en la disposición demandada, no se desconoció el principio de transparencia, ya que este asunto no está cobijado por el deber de divulgación proactiva de la información pública, establecido en la Ley 1712 de 2014 [...].

Problema jurídico 5: ¿El artículo 35 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 vulnera los artículos 23 y 84 de la Constitución Política y 1, 5, 9, 13, 15, 16 y 19 del CPACA al señalar que se rechazarán las reclamaciones relacionadas con las irregularidades de carácter particular?

Tesis 5: “[...] lo relativo a la restricción de las reclamaciones frente a las denominadas «irregularidades de carácter particular», no implica la negación absoluta del derecho de los aspirantes a presentar sus objeciones frente a los asuntos que los afecten de manera individual, pues el mismo artículo prevé que debieron sujetarse a lo establecido en los artículos 18 y 29 ibidem. Estos, como ya se vio, se refieren a las reglas para interponer las solicitudes de revisión de las puntuaciones de las pruebas del concurso de méritos, las cuales, en el contexto del certamen, deben estar relacionadas con las diferentes pruebas a las que están sometidos, y han de ser tramitadas de manera diferente a las

reclamaciones sobre asuntos de carácter general, reguladas en el artículo 35 que se estudia, en la medida en que las decisiones respectivas deben quedar en firme antes de conformar la lista de elegibles, cuando ya están definidos los resultados del concurso. De esta manera, no existe la alegada violación del derecho de petición frente a la posibilidad de presentar reclamaciones sobre asuntos de carácter particular que afecten a los aspirantes del concurso de méritos, porque la Resolución 4126 otorgó expresamente tal facultad en los artículos 18 y 29 de dicha normatividad [...]”.

Problema jurídico 6: ¿El artículo 37 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 desconoce los artículos 4, 29 y 228 de la Constitución Política y 76 del CPACA al conceder 3 días hábiles a partir de la comunicación para presentar los recursos de reposición y apelación?

Tesis 6: “[...] De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del CPACA, esa normatividad, en lo relativo a los procedimientos administrativos, debe ser aplicada «a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas», con excepción de los procedimientos militares o de policía que requieran decisiones de aplicación inmediata, del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, y de los procedimientos regulados en leyes especiales, a los cuales, en lo que no tengan previsto, deben aplicarse las disposiciones del CPACA. En virtud de lo precedente, los concursos de la carrera diplomática y consular, como procedimientos administrativos que son, deben acogerse a lo regulado en la parte primera del CPACA, cuando en el Decreto Ley 274 de 2000 no se encuentren las reglas aplicables a determinado asunto. [...] El término para la

interposición de los recursos de que trata el artículo 37 del acto acusado se refiere al plazo para impugnar las decisiones sobre las reclamaciones relativas al desarrollo del concurso de ingreso frente a las irregularidades generales que afecten directamente al certamen. Para la Sala, el Ministerio de Relaciones Exteriores violó el ordenamiento superior, concretamente al no aplicar el artículo 76 del CPACA en este asunto, toda vez que esa entidad pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público y la reglamentación del concurso de méritos para el ingreso a la carrera diplomática y consular es una función típicamente administrativa de ejecución de la ley, particularmente, de lo consagrado por el legislador extraordinario en el Decreto Ley 274 de 2000, por lo que se evidencian los elementos subjetivo y funcional respecto del ámbito de aplicación de la parte primera del CPACA, en la que está incluida la definición del término para interponer los recursos del procedimiento administrativo. Asimismo, se puede observar que la función administrativa desplegada con la expedición de la Resolución 4126 de 2015 no encaja dentro de las excepciones a la aplicación de las normas sobre procedimiento del CPACA; además, no existe una ley especial que regule la determinación del plazo para la interposición de los recursos en contra de las decisiones que se adopten en el marco de los concursos de méritos de la carrera diplomática y consular, pues el Decreto Ley 274 de 2000 no se ocupa de lo relacionado con este tema. De esta manera, ha de deducirse que lo preceptuado en el artículo 37 del acto acusado debió sujetarse a lo señalado en el artículo 76 del CPACA y, por lo tanto, la disminución del término legal para interponer los recursos del procedimiento administrativo, de diez días que otorga esa codificación, a solo tres días en la norma reglamentaria, constituye un exceso de la potestad reglamentaria del Minis-

terio de Relaciones Exteriores en esta materia, la cual debe ajustarse a lo señalado en la ley. Sobre lo último, se reitera, que esta potestad del mencionado Ministerio, respecto de los concursos de la carrera diplomática y consular, comprende todo lo necesario para llevar a cabo las respectivas convocatorias, pero el ejercicio de dicho poder ha de estar dirigido solo a los temas técnicos u operativos propios del concurso, debe observar los principios constitucionales de la carrera administrativa y limitarse a la ejecución de las normas que le son superiores, sin que en ningún caso pueda modificarlas, ampliarlas o restringirlas. Por lo dicho, la Sala estima que se encuentra demostrado el vicio de nulidad por violación de las normas en que debía fundarse el artículo 37 de la Resolución 4126 de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que se declarará su nulidad en esta sentencia [...].”

Problema jurídico 7: ¿El artículo 38 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 viola los artículos 15 y 74 de la Constitución Política, 2, 3, 5 y 19 de la Ley 1712 de 2014, al definir que los documentos utilizados en el proceso de selección tienen carácter reservado?

Tesis 7: “[...] La Ley Estatutaria 1712 del 6 de marzo de 2014, tiene por objeto, según su artículo 1.º, «regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información». Este derecho fue consagrado por el legislador estatutario como fundamental, solo puede ser restringido de manera excepcional y proporcionada por la Constitución y la ley, e implica la posibilidad de que cualquier persona conozca acerca de la existencia de la información pública y de acceder a esta, cuando se encuentre en posesión o bajo control de los sujetos obligados por la norma. [...] En relación con los concursos de méritos, esta Sub-

sección ha señalado, de manera reiterada, con base en las normas especiales que regulan cada sistema de carrera y que establecen la reserva de las pruebas de los certámenes, que dicha limitación del derecho de acceso a la información pública no es de carácter absoluto y, por lo tanto, solo opera frente a terceros, mas no en relación con el propio aspirante, pues este puede acceder a los documentos asociados a las actuaciones que le incumban, a efectos de garantizar su derecho a controvertir los resultados de los exámenes. [...] La reserva absoluta de las pruebas consagrada en el artículo 38 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015 viola el derecho de los aspirantes a conocer los documentos del concurso que sean necesarios para ejercer su defensa a través de reclamaciones o recursos. No obstante, en virtud del principio de conservación del derecho, la disposición acusada no se anulará, pero se condicionará su legalidad en el entendido de que la reserva de las pruebas solo será oponible a terceros y no para los aspirantes”.

Problema jurídico 8: ¿Los artículos 8 y 32 de la Resolución 4126 del 6 de julio de 2015, que regulan lo relacionado con el puntaje que se asigna por un tercer idioma «una vez aprobada la fase de la entrevista», deben ser declarados nulos porque no se ha definido cuál es el puntaje con el que se aprueba dicha etapa?

Tesis 8: “[...] teniendo en cuenta que la entrevista tiene carácter clasificatorio y no elimina-

torio, se entiende que el puntaje obtenido en esta se suma al de las pruebas del concurso, esto es, si el aspirante logra obtener cien puntos en la entrevista, recibirá una calificación del 20% adicional a las pruebas en el total del concurso, y si es evaluado con menos de la puntuación máxima de cien, el porcentaje máximo de 20% tendrá que disminuir proporcionalmente al resultado que se haya conseguido (por ejemplo, si se obtienen 50 puntos, la entrevista valdrá un 10% para el concurso). Así, adicionados los resultados de las pruebas y de la entrevista, deben significar una puntuación igual o superior al 70% del total del concurso para acceder a la siguiente fase, consistente en el curso de capacitación en la Academia Diplomática y Consular. En ese orden de ideas, el 3% adicional en el total de la evaluación que se le debe reconocer a quienes dominen un tercer idioma, se le otorga a quienes logren pasar al curso, esto es, a los aspirantes que sumadas las pruebas y la entrevista tengan una puntuación igual o superior al 70% del certamen. Por esto, dado que las reglas de evaluación son claras, esta alegación de nulidad no tiene vocación de prosperar. En conclusión: En la expedición de la Resolución 4126 de 2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores no inobservó las normas superiores que le exigían certeza en la definición de las reglas del concurso de méritos para acceder a la carrera diplomática y consular, toda vez que el artículo 26 y el numeral 3.º señalaron los parámetros de evaluación de la entrevista personal [...]”.

Se declaró la nulidad parcial de los artículos 8.º, apartado b, 10, del Acuerdo 20171000000086 del 1 de junio de 2017 y 29, apartado b, y 31 del «documento compilatorio», en las expresiones «con polígrafo», «carácter eliminatorio» y «será excluido». La entrevista con polígrafo dentro de la convocatoria del concurso de méritos de empleos de carrera administrativa de entidades del orden nacional, no puede tener carácter eliminatorio, debe ser voluntaria y, frente a la negativa de su práctica, no podía excluirse al participante. Exhorto para no usar prueba de polígrafo en concurso de méritos con carácter eliminatorio.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00767-00(4044-2017)

acumulados [104 expedientes]

FECHA: 13/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Organización sindical SINDIMISALUD y otros. Representante: Rafael Mora Espinosa

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La convocatoria 428 de 2016, para proveer los cargos de 13 entidades del orden nacional, no podía otorgar a la entrevista con polígrafo el carácter de eliminatoria y frente a la negativa de su práctica, no se podía excluir del proceso al participante del concurso de méritos y, en consecuencia, procede a la nulidad de los acuerdos 20161000001296 del 29 de julio de 2016, 20171000000086 del 1 de junio de 2017 y 20171000000096 del 14 de junio de 2017?

Tesis: “[...] En el ordenamiento jurídico colombiano, las normas sobre «empleo público, carrera administrativa y gerencia pública», finalmente, contemplan en el proceso de selección por méritos, la posibilidad de realizar «entrevista» y expresamente señala que no puede tener «valor superior al 15% dentro de la califi-

cación definitiva», vale decir, no le da carácter eliminatorio. Lo que ha sido respaldado por la jurisprudencia. Adicionalmente, el uso del polígrafo para la realización de la prueba de entrevista en el contexto de una convocatoria, es excepcionalmente admisible, siempre y cuando sea justificado de manera suficiente, y condicionado a los siguientes supuestos: «(i) se le debe permitir al aspirante consentir o no de manera previa, libre, voluntaria e informada la realización de la prueba; (ii) el consentimiento para la realización de la prueba debe ser solicitado de manera anticipada e informada, es decir, explicándole a la persona de manera previa y detallada la forma y metodología de la realización de la prueba de confianza, ya sea polígrafo o análisis de estrés de voz, o sus similares; (iii) la negativa de someterse a la práctica de «pruebas de

confianza» no puede significar la exclusión del proceso de selección; y (iv) para el que consienta en la realización de tales pruebas, los resultados de las mismas, no pueden implicar su exclusión del proceso de selección, y el otorgamiento de puntaje debe serlo en menor proporción a las otras pruebas. (...) Revisadas las normas contenidas de la aplicación de la entrevista con uso de polígrafo, se evidencia que ni esas disposiciones, ni los antecedentes obrantes en los procesos acumulados, hicieron distinción, ni identificaron los empleos que por excepción justificaran suficientemente, el uso del polígrafo en la entrevista, sino que la ordenaron para todos los ofertados, por la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales; la interesada simplemente adujo por razones del servicio y en la convocatoria se estipuló que el objetivo de la entrevista [es] indagar si el aspirante ha participado en las actividades ilícitas [hurto, enriquecimiento ilícito, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, o si ha pertenecido o tiene vínculos con grupos al margen de la ley, entre otras conductas punibles.] Lo anterior en criterio de la Sala, no justifica de manera

suficiente [la] inclusión del uso del polígrafo, para la prueba de entrevista máxime cuando no todos los empleos ofertados por la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales tienen funciones relacionadas con su objeto misional. (...) De manera que de la forma como fue diseñada la prueba de entrevista en la Convocatoria 428 de 2016, desconoce los parámetros establecidos por la legislación y la jurisprudencia. Por tanto le asiste razón a la parte demandante, en relación al cargo analizado”. (...) En este orden de ideas, la Sala accederá a la nulidad de las expresiones «con polígrafo», «carácter eliminatorio» y «será excluido» contenida en los artículos 8º, apartado B, y 10 del Acuerdo 20171000000086 del 1 de junio de 2017 y 29 apartado B y 31 del «documento compilatorio». (...) Se exhorta a la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para que en el futuro se abstenga de establecer en las reglas o bases de las convocatorias a concurso público de méritos, para el ingreso a la Función Pública, pruebas de confianza, entrevista carácter eliminatorio, «con uso de polígrafo» y de «exclusión» del proceso de selección [...]”.

Nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 4698 de 2007, por exceder el Gobierno Nacional la potestad reglamentaria al otorgar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la facultad de prorrogar el término del encargo y del nombramiento provisional, y en consecuencia, de la Circular 05 de 2007 que estableció el trámite para su autorización, por vulneración de las normas en que debía fundarse.

RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00795-00[2566-2012]

FECHA: 20/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Iván Alexander Chinchilla Alarcón

DEMANDADO: Departamento Administrativo de la Función Pública y Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad simple

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria al otorgar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la facultad de prorrogar los encargos y nombramientos en provisionalidad en el artículo 1.º del Decreto 4968 de 2007, y en consecuencia, se encuentran viciados de nulidad, los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo y el título tercero de la Circular N.º 05 de 23 de julio de 2012, que establece el trámite para su autorización?

Tesis: “[...] Es necesario precisar que tanto en el texto del artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005, como en el contenido de los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, que desarrollan las funciones de administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no se concede a dicho organismo la facultad de autorizar prórrogas de los encargos y nombramientos en provisionalidad, por lo que tal situación constituye un exceso de las potestades reglamentarias del Gobierno Nacional, al

estipular trámites por fuera del marco legal. Cabe recordar que esta Corporación, mediante sentencia de 12 de abril de 2012, precisó que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 estableció un término perentorio de 6 meses de duración del encargo, por lo que a la Comisión Nacional del Servicio Civil no se le atribuyó la facultad de establecer excepciones en relación con el término de permanencia en dicha situación administrativa. En virtud de lo anterior, esta Sección declaró la nulidad del aparte demandado del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, en consideración a que el ejecutivo incurrió en exceso de la facultad reglamentaria al introducir una excepción no establecida.(...) Así las cosas, la Sala advierte que el decreto demandado (Decreto 4968 de 2007) al habilitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar las prórrogas de los nombramientos bajo la modalidad de encargo, introdujo una excepción a la regla general que regula el término máximo de duración

del encargo, en tanto le permitió prolongar en el tiempo la implementación de dicha figura jurídica, superando el plazo previsto en la Ley 909 de 2004 (artículo 24) y el Decreto 1227 de 2005 (artículo 8), lo cual desconoce la normativa legal y los criterios jurisprudenciales que definen el asunto. Bajo estas consideraciones, la Subsección estima que los cargos alegados contra los apartes demandados del artículo 1° del Decreto 4968 de 2007 deben prosperar en relación con la facultad asignada a la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar prorrogas de encargos, toda vez que se evidencia un exceso de la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional. (...) El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, restringe el límite del encargo a un término máximo de duración de 6 meses. A su vez, los artículos 25 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, indican que el nominado podrá designar a un servidor mediante nombramiento en provisionalidad por el término que duren la situación administrativa que originó

la vacancia del cargo, lo que da cuanta que no hay lugar a establecer prorrogas de tales designaciones. En consecuencia, el procedimiento establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el título tercero de la Circular N° 05 de 23 de julio de 2012, comporta un desconocimiento de las normas en las que debía fundarse y un exceso de las facultades de administración que le corresponden, máxime cuando la facultad que le otorgaba el Decreto 4968 de 2007 para autorizar prorrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad, tampoco se ajusta al ordenamiento superior, como se indicó en precedencia. En virtud de lo anterior, la Sala considera que el cargo planteado contra los apartes contenidos en el título tercero de la Circular N° 05 de 2012, están llamados a prosperar, razón por la cual se declarara su nulidad junto con los literales g) del numeral 2.1.3 y iii) del numeral 2.2.1 del título segundo de la referida circular que hacen relación al trámite de autorización de prorrogas de encargos y nombramientos en provisionalidad [...]”.

Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018 proferido por el presidente de la CNSC y los decretos 071 del 23 de agosto de 2016 y 038 y 093 del 5 de junio y 28 de noviembre de 2017, respectivamente, emitidos por el alcalde de Tocancipá (no anulados).

Legitimación material en la causa por pasiva de la CNSC frente a los manuales de funciones que fundamentan la oferta pública de empleos de carrera de los concursos. Elementos para la configuración del vicio de expedición irregular por la omisión de publicación previa de los proyectos específicos de regulación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-01551-00(5060-2018)

FECHA: 03/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Shirley Gómez García e Isaías Blanco Moreno

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y Municipio de Tocancipá

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿El alcalde de Tocancipá tenía la competencia para expedir los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, y 038 del 5 de junio y 093 del 28 de noviembre de 2017, por los cuales se modificó, adicionó y compiló el manual específico de funciones y competencias laborales de ese ente territorial, sin contar para tales efectos con la autorización del Concejo?

Tesis 1: “[...] El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración, como sujeto activo al que se le ha asignado la competencia necesaria para, a través de tal mecanismo, adopte determinaciones unilaterales por medio de las cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. De acuerdo con ello, para que esa manifestación de voluntad estatal sea

válida se requiere, entre otras condiciones, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia o elemento subjetivo del acto administrativo, que se refiere tanto a la institución, entidad u órgano, como al individuo que lo profiere. Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa. [...] el alcalde

es quien tiene la competencia para señalar las funciones especiales de los empleos de las dependencias municipales a través de su manual específico de funciones, sin necesidad de contar con autorización para tales efectos por parte del concejo municipal, pues, conforme con lo previsto en el numeral 6.º del artículo 313 superior, las atribuciones de estas corporaciones frente a este tema se circunscriben a definir «la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias». En esa ilación, se entiende que a los concejos municipales les corresponde establecer, a partir de los fines y las funciones que debe satisfacer la administración municipal, las diferentes entidades que la integrarán y, al interior de estas, las áreas, departamentos, secretarías, dependencias u oficinas que, por medio de la coordinación armónica, deben alcanzar los objetivos propios de cada organismo. En desarrollo de dicha labor, los concejos deben identificar de manera general las actividades que corresponde ejercer a cada una de las dependencias de la administración municipal, pues no de otra forma podrían cumplir con el mandato constitucional de diseñar su estructura. Sin embargo, ello no significa que estas corporaciones públicas tengan la competencia exclusiva para definir las funciones de los empleos que integran la planta de personal de todos los organismos que conforman la administración pública, toda vez que, como ya se dijo, por disposición del numeral 7.º del artículo 315 de la Constitución, será el mandatario local quien, como máxima autoridad ejecutiva del nivel municipal o distrital, expida el manual en el que se defina el contenido funcional de los empleos de todas las dependencias que componen la entidad, sin que para ejercer dicha atribución deba contar con autorización alguna ni con un acto de delegación pues se trata de una función propia, norma que es desarrollada en el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto

1083 de 2015 (...) que establece que el jefe de la entidad es quien tiene la competencia para expedir el manual específico de funciones, y que es aplicable a las entidades territoriales en virtud de lo previsto en el inciso segundo del artículo 2.2.2.1.1 *ibidem*³¹. En conclusión: Por virtud de lo dispuesto en el numeral 7.º del artículo 315 de la Constitución y el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, el alcalde de Tocancipá tenía la competencia para expedir los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016, y 038 del 5 de junio y 093 del 28 de noviembre de 2017, directamente y sin autorización del Concejo de ese ente territorial [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por su expedición irregular al haberse omitido la publicación previa de sus proyectos de norma para permitir la participación ciudadana en su configuración?

Tesis 2: “[...] la norma contempla una etapa previa a la definición y expedición de las regulaciones, consistente en compartirla a la comunidad el contenido de estas en borrador. Este mecanismo tiene como propósito garantizar la participación de las personas que eventualmente podrían verse afectadas por aquellas, lo que permite que el proceso de diseño de dichos actos administrativos tenga en consideración los intereses de los grupos sobre los cuales podrían llegar a tener un impacto. Sin duda alguna, esto beneficia la forma en que se desarrolla la actividad regulatoria de la administración, pues la democratización de las decisiones estatales redundaría en pro de su legitimidad y en una mayor transparencia en su adopción. No obstante, es importante señalar que esta garantía no influye en la unilateralidad que caracteriza al acto administrativo, pues las observaciones que en tal virtud realicen los interesados carecen de cualquier efecto vinculante para las autoridades, quienes,

por ende, en la expedición de dichas decisiones no se encuentran sometidas más que a la Constitución y a la ley, particularmente a los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 superior, al igual que aquellos que prevé su artículo 1.º y a los fines estatales de que trata el artículo 2.º *ibidem*. Frente a esta cuestión, el 14 de septiembre de 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció respecto del alcance del artículo 8.º, numeral 8.º del CPACA, para precisar que la expresión «proyectos específicos de regulación» debe entenderse como toda propuesta de acto administrativo general y abstracto que pretenda ser expedida por una autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. De igual manera, destacó la posibilidad de restringir la exigencia de este deber cuando (i) exista ley especial en la materia y (ii) se trate de procedimientos militares o de policía que requieran decisiones de ejecución inmediata a efectos de evitar o remediar perturbaciones del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. [...] En conclusión: Los actos administrativos demandados no están viciados de nulidad por expedición irregular, toda vez que, si bien no se acreditó la publicación previa de sus proyectos de nor-

ma para efectos de garantizar la participación ciudadana según lo prevé el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, en la ponderación de principios enfrentados en el caso concreto con este defecto procedimental, tiene más peso relativo el de la eficacia en la función administrativa, que ampara al mantenimiento de la presunción de legalidad de los decretos y el acuerdo acusados [...].”

Problema jurídico 3: ¿Los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por la violación de las normas en que debían fundarse en cuanto a los defectos de la publicación posterior a su expedición?

Tesis 3: “[...] Los actos administrativos acusados no están viciados por la violación de las normas en que debían fundarse porque los defectos de publicación posterior a la expedición de estos no afectan su validez sino su eficacia u oponibilidad frente a terceros. [...] Por las razones anotadas, se denegarán las pretensiones de la demanda de nulidad presentada por los señores Shirley Gómez García e Isaías Blanco Moreno frente al Acuerdo CNSC-20182210000786 del 12 de enero de 2018 proferido por el presidente de la CNSC y los Decretos 071 del 23 de agosto de 2016 y 038 y 093 del 5 de junio y 28 de noviembre de 2017, respectivamente, emitidos por el alcalde de Tocancipá [...]”.

Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional. Alcance de la autonomía administrativa de los entes territoriales. Prima semestral decretada mediante acto administrativo y situaciones jurídicas aparentemente consolidadas.

RADICADO: 23001-23-33-000-2013-00163-02[4789-2018]

FECHA: 22/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Ministerio de Educación Nacional

DEMANDADO: Departamento de Córdoba – Asamblea Departamental. Terceros intervinientes: Froyla Coronado Begambre y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992 emitida por la Asamblea Departamental de Córdoba, adolece de nulidad por falta de competencia y violación de las normas en las que debía fundarse, ello en lo que respecta a la creación de la prima semestral como factor salarial a favor de los empleados de la respectiva entidad territorial?

Tesis 1: “[...] existen criterios de reserva material de ley respecto del Congreso de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos a través de la imposición de postulados generales y de obligatoria observancia, que conforman un marco de acción sobre el cual se consolida la reserva reglamentaria del Gobierno Nacional para determinar en estricto sentido qué elementos remunerativos directos o no del servicio harán parte del esquema de los diferentes servidores públicos del Estado. Así como el planteamiento de los límites o topes sobre los cuales, con

posterioridad, deberán ser determinados los montos o escala salarial a reconocer y pagar, puntual y específicamente, en cada entidad y para cada cargo del orden territorial, aspecto final que corresponderá por reserva ejecutiva a las corporaciones de elección popular en cada departamento, distrito o municipio, junto con los mandatarios locales como gobernadores y alcaldes. [...] se observa que la creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional, está contemplada desde el mismo modelo constitucional para ser provista de manera articulada y exclusiva entre el Legislador y el Gobierno Nacional, ello con el fin de que sean estas autoridades y no las del orden territorial, las que definan a partir de la propia concepción de la estructura funcional del Estado, qué elementos remunerarán el servicio y cuáles cubrirán las contingencias derivadas del ejercicio de un empleo público, sin que tal facultad pueda ser arrogada por entidades como asambleas

departamentales o concejos municipales. Lo anterior halla sustento por cuanto a pesar de predicarse la autonomía administrativa de los entes territoriales, este concepto no se traduce en soberanía, sino que debe entenderse bajo la concepción de los pilares fundamentales del Estado, principalmente en lo referente a su naturaleza que no es otra que la señalada en el artículo 1.º constitucional, cuando se precisa que Colombia es una República unitaria y descentralizada, lo cual implica la sujeción de las autoridades locales al poder central en punto a la regulación general de aspectos esenciales como en efecto lo es el régimen laboral aplicable a los empleados públicos. [...] se infiere que no resultaría admisible que una autoridad territorial como la Asamblea Departamental de Córdoba, regule motu proprio aspectos relacionados con el régimen salarial o prestacional de los empleados del mismo departamento al margen de las directrices generales del Congreso de la República y del Ejecutivo Central [...] la entidad demandada en ejercicio de una interpretación autónoma del artículo 300, numeral 7.º constitucional, consideró que tenía la facultad para crear un emolumento extralegal como lo es la prima semestral a favor de sus empleados. [...] la fundamentación del Departamento de Córdoba resulta contradictoria a los presupuestos de competencia expuestos anteriormente, habida cuenta de que la titularidad de la potestad para fijar este tipo de prerrogativas, recae exclusivamente en el legislador y en el Gobierno Nacional para que las entidades territoriales sujeten sus acciones a dicho marco. [...] En conclusión: el artículo 36 de La Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992 está viciado de nulidad por falta de competencia de la autoridad demandada para crear o fijar factores salariales como la prima semestral a favor de sus empleados, ello en la medida en que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), y el artículo 300, numeral 7.º superiores,

así como la Ley 4.a de 1992 en su artículo 12, por reserva constitucional y legal, tal facultad se encuentra articulada entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El reconocimiento de la prima semestral en favor de los empleados del Departamento de Córdoba creada mediante el acto administrativo demandado, constituye un derecho adquirido en cabeza de estos y por lo tanto debe primar sobre la ilegalidad de tal decisión?

Tesis 2: “[...] la prima semestral reconocida a favor de los empleados territoriales del Departamento de Córdoba no constituyó un derecho adquirido para estos, sino una situación jurídica aparentemente consolidada que puede ser enervada ante la evidencia de ilegalidad del acto administrativo que la creó. [...] a partir de una hermenéutica adecuada frente al alcance y naturaleza jurídica del concepto de derecho adquirido, es dable inferir que aquel exige como requisito sine qua non para su configuración, que su ingreso al patrimonio de una persona se derive de un reconocimiento ipso iure o en vía administrativa por el cumplimiento de los requisitos legales previstos para tal fin, tanto en lo que a la autoridad legitimada para decidir el asunto se refiere, como a las circunstancias de hecho y de derecho que acrediten la titularidad de la prerrogativa solicitada. Solo el cumplimiento de lo anterior permitiría que el referido derecho se encuentre debidamente garantizado por el ordenamiento vigente al momento de validar dichos presupuestos, y del mismo modo lo haría plenamente exigible y oponible a terceros, sin que pueda ser objeto de desconocimiento por parte de los agentes estatales con fundamento en un marco normativo posterior que modifique las condiciones para su configuración. [...] para que exista un derecho adquirido intangible ante nuevas regulaciones normativas, es indispensable que su causa o fuente haya sido legal, así como su origen y me-

dio de reconocimiento (acto administrativo), pues de no serlo se atentaría contra su misma esencia jurídica y en tal sentido los efectos que este produzca redundarían en una ilegalidad e incluso inconstitucionalidad circular que afectaría otras garantías y eventualmente principios que prevalecen sobre el interés particular que se hubiese consolidado de manera irregular. [...] asegurar como lo hacen los terceros intervinientes, que al haber sido un derecho adquirido el reconocimiento de la prima semestral a su favor, no podría interrumpirse su pago por la declaratoria de nulidad del acto que sustentaba el emolumento, carece de cohesión jurídica en lo que respecta al sentido y fin ulterior del artículo 58 superior, pues este hace alusión a que las prerrogativas reconocidas o configuradas en vigencia de determinado régimen aplicable, deben seguir sometidas a aquel por irretroactividad de la ley posterior, seguridad jurídica

y confianza legítima, sin embargo en ningún momento esta norma ni los lineamientos de la Corte Constitucional han previsto que tales derechos adquieran el carácter de absolutos frente a un eventual control de legalidad en sede judicial en lo atinente a su causa y origen. [...] En suma, no es viable afirmar que tales situaciones son inmodificables en cualquier escenario y que por lo tanto no pueden ser discutidas en una instancia judicial como la presente ante la anulación de la norma que contemplaba el derecho reclamado, además por cuanto los actos ilegales no crean derecho. [...] en realidad se trataba de una situación jurídica aparentemente consolidada que habilitaba su control de legalidad en sede judicial, la cual al resultar en una nulidad, obliga a la autoridad administrativa como la demandada, a dejar de reconocer el derecho ante la desaparición del fundamento jurídico que convalidada su eficacia”.

Legalidad condicionada de la Resolución 040 de 2015, artículo 5, inciso 3; artículo 9, numeral 2.9; artículo 17, parágrafo 1; artículo 17, numeral 1, inciso 3. Concurso de méritos en la Procuraduría General de la Nación. Puntajes por antecedentes académicos e idoneidad profesional. Puntajes para los títulos de posgrado (maestría, doctorado y posdoctorado) en áreas específicas del derecho constituye una barrera injustificada al acceso al servicio público. Presentación de obras intelectuales en medio digital y exclusión de documentos digitales constituyen limitación arbitraria e injustificada del derecho de participar en concursos de mérito.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-2015)

FECHA: 30/07/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Héctor Alfonso Carvajal Londoño y otros

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se encontraba facultado, sí o no, el Procurador General de la Nación para convocar a un concurso público de méritos tendiente a la provisión definitiva de los cargos de Procurador Judicial, sin que el Congreso de la República hubiese expedido previamente una ley que regulara el régimen de carrera especial que debía ser aplicado; definir los criterios y condiciones de evaluación, calificación, homologación y equivalencias para el ingreso a la carrera y adoptar disposiciones relativas a la “divulgación del concurso” y al acuerdo de inscripción?

Tesis 1: “[...] la Sala estima necesario señalar que no es cierto que el artículo 279 de la Constitución le haya otorgado competencia al Procurador General de la Nación para regular el régimen de carrera de los “empleados” de la Procuraduría, pues de la simple lectura de ese pre-

cepto constitucional, emerge la evidencia que allí ni siquiera se menciona al jefe del Ministerio Público. La norma en cita lo que establece realmente es que “La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo”. Como se puede observar, el artículo superior anteriormente transcrito, lo único que dispone es que “La ley...regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos...de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.” La Sala le concede la razón al apoderado de la parte demandada y al Ministerio Público, cuando señalan que la ley que regula esa materia no es otra distinta al Decreto Ley 262 de 2000, expedido por el Pre-

sidente de la República en ejercicio de las precisas facultades extraordinarias conferidas por el Congreso mediante la Ley 573 de 2000, para modificar tanto la estructura de la Procuraduría General de la Nación como su régimen de carrera administrativa. En tal sentido, esa y no otra es la ley previa aplicable en cuyo articulado se regulan todos los asuntos mencionados en el problema jurídico. [...] Ha de tenerse en cuenta que las decisiones contenidas en La Resolución 040 de 2015, no tuvieron la pretensión de regular de manera general “todos” los concursos que ulteriormente deba convocar la Procuraduría General de la Nación para la provisión de los empleos de procuradores judiciales I y II, pues lo que se dispone en esa Resolución tan solo aplica al trámite de las 14 convocatorias mencionadas en su texto, al definir los requisitos y condiciones de cada una ellas e instrumentalizar los respectivos procesos de selección [...]”.

Problema jurídico 2: ¿El acto demandado reglamentó sí o no, materias que según los demandantes forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos y vulneró la reserva de ley estatutaria consagrada en los literales a y b del artículo 152 de la Constitución Política?

Tesis 2: “[...] Lo dispuesto en los literales a) y b) del artículo 152 superior, se inspira en el propósito del constituyente de amparar la estructura básica y el núcleo esencial de los derechos fundamentales, los procedimientos y recursos para su protección y garantizar su efectividad y toca igualmente con aspectos estructurales de la administración de justicia. Lo anterior explica el por qué la regulación de esos asuntos se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas exigencias particulares como son su aprobación por mayoría absoluta de los miembros del Congreso, que su trámite se haga en una sola legislatura y que antes de su sanción, sean revisadas por la Corte Constitucional. [...] debe tenerse en

cuenta que no siempre que aborde el legislador algunos asuntos relacionados con garantías ius fundamentales, debe acudir inexorablemente a la expedición de una ley estatutaria, pues el artículo 150-1 constitucional consagra como cláusula general de configuración normativa la regulación por vía ordinaria. Entender lo contrario, “...anularía o vaciaría el contenido de la competencia del legislador ordinario, en tanto que es indudable que, directa o indirectamente, toda regulación se refiere a un derecho fundamental” El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, consagrado en el artículo 40 de la Carta, constituye una de las principales expresiones de la democracia participativa. Ese derecho protege al ciudadano frente a decisiones injustificadas y arbitrarias que obstaculizan el ingreso al empleo público y tornan imposible el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para que un ciudadano pueda adquirir o consolidar la condición de servidor público. En armonía con lo afirmado al resolver el primer problema jurídico, cabe reiterar aquí que el acto administrativo demandado no busca “regular” con vocación de futuro los concursos de mérito para la provisión de los empleos de procuradores judiciales que deba convocar la entidad demandada, motivo por el cual no es preciso tramitar la expedición de una Ley. La intención de la Procuraduría al proferir el acto que aquí se cuestiona, no fue otra distinta a la de acatar el mandato emitido por la Corte Constitucional para lo cual era indispensable -e ineludible- aplicar la ley de carrera vigente para ese organismo de control, contenida Decreto Ley 262 de 2000, mediante la expedición del acto administrativo que desarrolla las condiciones particulares del concurso [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Al proferirse la Sentencia C-101 de 2013 por parte de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000 y se ordenó la realización del

concurso público de méritos, debió aplicarse el régimen general de carrera administrativa y adelantarse la convocatoria por conducto de la Comisión Nacional de Servicio Civil?

Tesis 3: “[...] La Sala encuentra totalmente infundada la censura formulada por la parte actora, pues desconoce el tenor literal de las disposiciones constitucionales y legales que establecen la independencia y la autonomía de la Procuraduría General de la Nación y las que regulan la carrera administrativa especial, a las cuales se hizo referencia en los apartados 2.1. y 2.2. de esta sentencia. Por esa razón y teniendo en cuenta el régimen de autonomía e independencia mencionado en páginas precedentes, la carrera administrativa de la Procuraduría se entiende excluida de la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal como lo dispone el artículo 130 Constitucional y lo reafirma el numeral 2º art. 3º de la Ley 909 de 2004. Ello explica por qué el mismo Decreto Ley 262 de 2000, previó dentro de la estructura de ese organismo, la existencia de una Comisión de Carrera y de una Oficina de Selección y Carrera, a las que compete adelantar este tipo de convocatorias. Por lo mismo y sin necesidad de adentrarse en extensos ejercicios argumentativos, la Sala considera que el cargo de ilegalidad asociado a este Problema jurídico, no tiene vocación de prosperidad”.

Problema jurídico 4: ¿Estaba facultada la Procuraduría para limitar la inscripción de los aspirantes a una sola convocatoria, desconociendo con ello, como lo afirman los demandantes, el derecho de acceso a los cargos públicos y la libertad de escoger profesión y oficio?

Tesis 4: “[...] La Sala considera que la limitación opugnada no restringe de manera ilegítima o irregular el derecho ni la libertad antes mencionados, pues decisiones de ese linaje son medidas razonables de organización que consultan los principios consagrados en el artículo 209 de

la Constitución y que orientan el ejercicio de la función administrativa, en especial los de igualdad, eficacia, economía y celeridad y propenden además la efectividad y la racionalidad de los concursos de mérito, al posibilitar o facilitar la conformación organizada, rigurosa y célere de las listas de elegibles en los términos prescritos por el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000. El hecho de permitir la inscripción múltiple de una misma persona en distintas convocatorias, podría conducir al absurdo de que ella acabe integrando varias listas de elegibles, generando no solo sobre costos y traumatismos en la gestión y desarrollo del proceso de selección, sino también retardos e inconvenientes en la designación de quienes tienen la vocación de remplazarlos de acuerdo con el orden de elegibilidad establecido, pues para poder efectuar la nominación de estos últimos, tendría que esperarse a que el concursante que obtuvo en primer lugar opte por alguno de los cargos para los cuales concursó, dejando en suspenso la provisión de las demás plazas en espera de poder realizar los nombramientos de acuerdo con el orden de mérito. Ese tipo de situaciones también podría dar lugar a que se pierda la vigencia de esos registros definitivos y se desaproveche el proceso de selección mismo [...]”.

Problema jurídico 5: ¿La resolución demandada es violatoria de las normas superiores en las que debía fundarse, al no prever el mismo método de valoración de la experiencia y las equivalencias previstas en el artículo 20 del Decreto 263 de 2000 y en el manual específico de funciones y requisitos de la Procuraduría General de la Nación?

Tesis 5: “[...] la no inclusión de las equivalencias en el concurso para Procuradores Judiciales I y II, tiene un fundamento jurídico claro, pues el artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000 establece que aquellas “podrán” establecerse de acuerdo con la jerarquía, las funciones y

responsabilidades de cada empleo, dando a entender que su consagración no es obligatoria ni aplica tampoco de manera automática, dejando en manos del Procurador General de la Nación la facultad de establecerlas o no en el manual específico de funciones y requisitos y en las respectivas convocatorias. [...] no puede perderse de vista que el artículo 280 de la Constitución Política, establece que los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces, lo cual concuerda con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Ley 263 de 2000 en donde se dispone que para el desempeño de los empleos correspondientes a los diferentes niveles jerárquicos que tengan requisitos establecidos en la Constitución Política o en leyes, necesariamente deberán acreditarse los allí señalados. [...] Al erigirse entonces como regla inmodificable del concurso la no aplicación de las equivalencias para acceder a tales empleos, mal puede prosperar una pretensión como la planteada por la parte actora máxime cuando tales equivalencias no están previstas en los artículos 127 y 128 de la Ley 270 de 1996 para la provisión de los empleos de jueces y magistrados. Las razones expuestas son suficientes para concluir que la decisión discrecional adoptada por el Procurador General de la Nación en este caso, en el sentido de omitir la consagración de un régimen de equivalencias para la provisión de los empleos aludidos en la Resolución 040 de 2015, encuadra perfectamente dentro de los parámetros de la legalidad [...].”

Problema jurídico 6: ¿Podía la Procuraduría General de la Nación realizar un concurso público de méritos diferente del previsto en los artículos 160 y 168 de la Ley 270 de 1996 para la selección de jueces y magistrados, en los que se contempla la realización de un curso-concurso y se determinan los puntajes y criterios de selección que se aplican en la rama judicial, soslayando, como lo afirman los demandantes,

el mandato constitucional consagrado en el artículo 280 de la Constitución Política?

Tesis 6: “[...] la homologación en términos de igualdad de los procuradores judiciales y los funcionarios de la rama judicial, dispuesta en el art. 280 Constitucional, no supone una igualdad en el régimen de carrera. Además de ello, no puede soslayarse que la Corte Constitucional en su Sentencia C- 101 de 2013, fue clara al expresar que debía acudir al régimen específico de carrera de la Procuraduría General de la Nación en el cual no está previsto el curso concurso. [...] Si bien el régimen de carrera aplicable a los jueces y magistrados establece de manera expresa la realización de un curso-concurso, que tiene por objeto formar profesional y científicamente al aspirante para el adecuado desempeño de la función judicial, tal como lo establece la Ley 270 de 1996, estatutaria de la justicia, ese curso no se encuentra previsto en el régimen especial de carrera regulado por las disposiciones del Decreto Ley 262 de 2000 para los servidores de la Procuraduría General de la Nación. El hecho de que los procuradores judiciales desarrollen funciones de intervención ante los jueces y magistrados de las distintas jurisdicciones, no los integra automáticamente a la estructura de la rama judicial, ni hace obligatoria la aplicación de las normas de carrera establecidas para el sector de la justicia [...] el hecho de que el régimen de carrera de la rama judicial contemple la realización de un curso-concurso, no significa en modo alguno que esa misma exigencia deba ser replicada en los concurso de mérito que adelante la Procuraduría General de la Nación, simple y llanamente porque su régimen especial de carrera no lo establece. Esa misma razón también sirve para justificar que el artículo 12 de la Resolución 040 de 2000 haya distribuido, en los términos en que lo hizo, el valor porcentual de calificación entre las pruebas de conocimientos y comporta-

mentales y el análisis de documentos, sin que de ello pueda derivarse una transgresión del artículo 280 de la Constitución, pues es evidente que lo dispuesto en esa norma superior no supone la equiparación absoluta de los regímenes de carrera establecidos para la rama judicial y la Procuraduría [...].”

Problema jurídico 7: ¿El acto administrativo demandado vulneró el precedente constitucional contenido en la Sentencia C-333 de 2012, así como el derecho a la igualdad, el debido proceso, los derechos adquiridos, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y la asimilación de los agentes del Ministerio Público a los jueces y magistrados ante quienes actúan, al ofertar en la convocatoria los cargos de Procurador Judicial Penal que para la fecha de ejecutoria de la sentencia se hallaban provistos y cumplían funciones de intervención ante los juzgados de justicia y paz?

Tesis 7: “[...] advierte la Sala que los demandantes, en vez de propugnar la defensa de la legalidad en abstracto, acudieron al medio de control de nulidad para defender sus “derechos adquiridos” y garantizar la permanencia de los procuradores judiciales II en sus cargos hasta cuando se den las circunstancias previstas en la ley para su retiro. [...] los demandantes ponen de relieve algunas consideraciones de orden subjetivo, al señalar que eran titulares de derechos adquiridos y que por lo mismo tenían el derecho a recibir un trato igual al de los jueces y magistrados de la jurisdicción de justicia y paz ante los cuales actúan, soportando su comentario en la sentencia de la Corte Constitucional C-333-2012. [...] En criterio de la Sala, los supuestos fácticos enunciados y la evidente pretensión de obtener un restablecimiento automático y concreto de esos derechos particulares, conducen a la Sala a declarar probada de oficio la excepción de indebida escogencia del medio de control, con apoyo

en lo dispuesto en el inciso 2º del art. 187 del CPACA en donde se establece lo siguiente: “En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada [...] como la discusión planteada gira en torno al presunto derecho adquirido de los demandantes de permanecer en los cargos que venían ocupando antes de proferirse el acto administrativo opugnado, han debido acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el inciso segundo del artículo 138 del CPACA, el cual, si bien procede en principio contra actos administrativos de carácter particular, también es el sendero procesal adecuado para controvertir actos administrativos de contenido general, cuando la pretensión se oriente a obtener la declaratoria de su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho particular conculcado o la reparación del daño causado, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación, o desde la notificación del acto intermedio, de ejecución o cumplimiento, si fuere el caso [...]”.

Problema jurídico 8: ¿Infringe el acto administrativo demandado los artículos 150 numeral 19º, literales e y f y el 189 numeral 11º de la Constitución, al establecer condiciones para el disfrute de la bonificación por compensación y la bonificación por gestión judicial por parte de los procuradores judiciales?

Tesis 8: “[...] la sola circunstancia de que la Resolución 040 de 2015 haya hecho alusión a la bonificación por compensación y gestión judicial, no comporta en sí mismo una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues en modo alguno el acto administrativo opugnado se ocupa de desarrollar las disposiciones que regulan la materia y tampoco se adopta en su texto decisión alguna que amplíe, limite, desconozca o modifique el alcance de esa normatividad [...]”.

Problema jurídico 9: ¿El artículo 17 de la Resolución 040 de 2015 viola el derecho a la igualdad y limita indebidamente el acceso al cargo de procurador judicial, a quienes adelantaron estudios de posgrado en la modalidad investigativa cuyo título no refleja expresamente un área específica del derecho y por no asignar puntaje a los títulos de posgrado en temas ambientales y desarrollo sostenible concretamente en las convocatorias 06 y 013?

Tesis 9: “Otorgar puntajes solamente a los títulos de posgrado, maestría, doctorado y posdoctorado que reflejen de forma expresa áreas específicas del derecho descartando de plano aquellos que se expiden de forma genérica, como lo consagra el inciso 3º del numeral 1º del art. 17 de la Resolución 040 de 2015, comporta una restricción del derecho de acceso a los cargos públicos, y contraviene el principio del mérito, puesto que desconoce que el aspirante cuenta en todo caso, con las destrezas y capacidades que el mismo acto demandado en el art. 17 busca privilegiar a través de la asignación de mayores puntajes a los posgrados en maestría (15), doctorado (30) y posdoctorado (40). Para la Sala resulta relevante mencionar que la misma Ley 30 de 1992 en los artículos 12 y 13, se ocupó expresamente de resaltar que los programas antes enunciados contribuyen a ampliar y desarrollar los conocimientos para la solución de problemas disciplinarios, interdisciplinarios o profesionales con apoyo en la investigación y la profundización en áreas específicas de las ciencias, y en tal sentido, es claro que quien ha tenido la oportunidad de cursar dichos estudios, no solo tiene el dominio del tema en el cual centró su investigación, sino que además de ello, cuenta con importantes habilidades y competencias profesionales que lo cualifican en el servicio público. [...] la disposición que establece que son objeto de puntuación aquellos títulos de maestría, doctorado y posdoctorado

que reflejen una de las áreas específicas del derecho enlistadas en el acto administrativo demandado, constituye una barrera injustificada al acceso al servicio público, pues como bien lo señalan los actores, puede darse que el caso de que los planes de estudio o las investigaciones académicas realizadas para la obtención de dichos títulos, correspondan a las mismas materias cursadas por quienes ostentan diplomas específicos. Por lo mismo, unos y otros son diplomas válidos para acreditar la idoneidad profesional, así como las habilidades, competencias, capacidades y conocimientos necesarios para el desempeño de las funciones inherentes a los empleos a los cuales aspiran. [...] Aunque la especificidad es útil al momento de “escoger al personal con mayor conocimiento y experiencia para un área de trabajo en particular”, dicho propósito también se puede lograr si se permite a los concursantes que hayan obtenido ese tipo de títulos genéricos o inespecíficos, la posibilidad de acreditar o precisar su formación, mediante la presentación complementaria de las calificaciones obtenidas, de certificaciones que den cuenta de los estudios académicos adelantados o de los trabajos de investigación realizados. [...] la Sala se ve precisada a declarar la legalidad condicionada de la expresión “En la prueba de análisis de antecedentes únicamente se otorga puntaje a los posgrados [...] maestrías, doctorados o posdoctorados en derecho) que sean específicos respecto de la convocatoria y empleo correspondiente[...],” contenida en el inciso 3º del numeral 1º del art. 17 de la Resolución 040 de 2015, siempre y cuando se entienda que también deberá otorgarse puntaje a los títulos de maestría, doctorados o posdoctorados, que se expidan de forma general, sin especificar un área de profundización del derecho, pero de los cuales se pueda derivar, bien sea a partir de las calificaciones obtenidas, del contenido de los planes académicos, o del trabajo de investigación adelantado, que el concursante conoce

las materias que se exigen y relacionan en cada convocatoria. [...] En lo que concierne al segundo punto de análisis, relacionado con la no asignación de puntaje en las convocatorias 06 y 13 a los posgrados en “medio ambiente y desarrollo sostenible”, la Sala se aparta de los argumentos expresados por las partes demandantes al considerar que otorgar puntajes a ciertas especialidades por convocatoria, en modo alguno transgrede los derechos invocados, por tratarse de una regla de organización administrativa que busca favorecer la especialidad y satisfacer las necesidades del servicio. [...] Ese tipo de estudios superiores en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, de ordinario ofrecen una formación holística e interdisciplinaria, dirigida a profesionales de distinta formación, no necesariamente jurídica, pero como los empleos ofertados en estas convocatorias son de “Procurador Judicial”, lo más razonable es que los candidatos que aspiran a desempeñarlos acrediten su formación e idoneidad profesional en los temas directamente relacionados con los aspectos jurídicos del medio ambiente y no precisamente con otros aspectos técnicos, ecológicos, sociológicos, económicos, sanitarios, etc. [...].”

Problema jurídico 10: ¿Incurrió la Procuraduría en un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria al establecer que la experiencia profesional se cuenta desde el grado y no desde la terminación y aprobación de las materias que forman el plan de estudios?

Tesis 10: “[...] Como quiera que según las voces del Decreto Ley 262 de 2000, los “procuradores judiciales” ejercen funciones de intervención ante los jueces y magistrados, resulta claro, al socaire de las normas precitadas, que ellos deben acreditar “las mismas calidades”, exigidas a los funcionarios judiciales ante los cuales actúan, lo cual permite entender el porqué solo les es computable la experiencia obtenida después de la obtención del título,

mientras que a los demás servidores de la Procuraduría General de la Nación solo les es computable la experiencia obtenida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de pregrado, por tratarse para el desempeño de los cargos de juez y magistrado [...]”.

Problema jurídico 11: ¿Incurrió la Procuraduría en un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al asignar puntaje a las publicaciones elaboradas en físico, excluyendo las elaboradas a través de medios digitales?

Tesis 11: “[...] las reglas de la experiencia enseñan que las obras intelectuales valen por sí mismas, independientemente del formato o la presentación que tengan. (...) si de lo que trata es de poder medir la idoneidad y la suficiencia profesional de una persona a través de sus obras, ninguna relevancia tiene el hecho de que se encuentren impresas en papel o grabadas en un medio digital. [...] el hecho de que se haya dispuesto la exclusión de las obras que sean aportadas en medios digitales, resulta lesivo del derecho de participar en los concursos que tienen por objeto la provisión de los empleos a partir del mérito, desconoce la validez de los documentos digitales, y en suma, es una medida contraria al ordenamiento jurídico. Para la época en que fue expedido el acto demandado, ya se encontraba vigente la Ley 527 de 1999 en cuyas normas, siguiendo una tendencia universal, se reconocen plenos efectos a los documentos digitales y por ello se consagraron los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional según los cuales, los mensajes de datos tienen la misma eficacia y valor jurídico que los documentos físicos. [...] Es importante poner de relieve que la potestad reglamentaria asignada al Procurador General de la Nación en los artículos 275 Superior y 7º (numeral 45) del Decreto Legislativo 262 de 2000, debía desarrollarse en los precisos términos y límites

dispuestos por el legislador, sin soslayar de manera alguna la aptitud probatoria de los documentos digitales. [...] la citada exigencia no es proporcional en sentido estricto, pues lejos de buscar la plena realización de ese derecho y la optimización del principio del mérito, establece una limitación arbitraria e injustificada. [...] la entidad demandada ha debido dejar abierta la opción de presentar las obras en medio físico o digital, para hacerlas valer en la prueba de análisis de antecedentes, lo cual estaría acorde con el marco normativo previamente esbozado y con el mandato de realización del derecho de acceso a los cargos públicos y el principio del mérito. [...] la Sala concluye que le asiste razón a los demandantes y, por tal motivo se procederá a declarar la legalidad condicionada de los aportes relacionados con la valoración de los libros aportados en original y físico, contenidos en los artículos arts. 5º (inciso 3º), 9º (numeral 2.9) y 17 (parágrafo 1º) de la Resolución 040 de 2015, bajo el entendido que los libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes pueden presentarse en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, siempre y cuando los derechos de autor de las publicaciones elaboradas y/o presentadas en físico o en medios digitales se encuentren debidamente registrados y cuenten con el respectivo ISBN (International Standard Book Number), tal como se exige en el numeral 2º del art. 17 del acto demandado”.

Problema jurídico 12: ¿Incurrió la Procuraduría en un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria al asignarle a los estudios de doctorado y posdoctorado un puntaje elevado para el análisis de antecedentes y un mayor valor a la experiencia adicional relacionada que a la experiencia específica en el empleo o en el cumplimiento de funciones propias del cargo?

Tesis 12: “[...] la valoración de la preparación académica y la experiencia bien sea académica

o práctica, implica entrar a considerar las condiciones personales del participante que no son perceptibles en las pruebas de conocimientos o comportamentales, todo lo cual se acompaña con el principio del mérito y el propósito de impactar positivamente la prestación del servicio con la vinculación funcionarios que ofrezcan mayor solvencia conceptual, experticia y versatilidad para atender los requerimientos institucionales en los ámbitos de control, prevención, intervención, investigación y formación. Así las cosas, para la Sala no tiene cabida el reproche expresado por los demandantes, en el sentido de que debía otorgarse un mayor valor a los posgrados en el nivel de especialización o maestría por reflejar las habilidades técnicas que requiere la entidad y que a su juicio se sobrepone sobre aquellas que refuerzan capacidades investigativas. Ello, por cuanto dicho cuestionamiento desconoce que los estudios de doctorado o posdoctorado antes que desconocer los conocimientos técnicos, los complementan con el desarrollo de destrezas teóricas y analíticas que son propias al ejercicio de las funciones de los procuradores judiciales. La Sala considera que el hecho de asignar un puntaje diferente a cada uno de los niveles de formación, constituye un criterio objetivo y razonable que se aplica en igualdad de condiciones a todos los concursantes y responde precisamente al grado de instrucción e idoneidad que se espera de los candidatos. Entender lo contrario equivaldría a dar mayor relevancia a quienes tienen niveles inferiores de formación e idoneidad. [...] En lo que tiene que ver con el supuesto exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el que habría incurrido el Procurador General de la Nación al asignar en el numeral 2º del art. 17 del acto demandando, “un puntaje superior a la experiencia adicional relacionada respecto de la experiencia específica en el empleo o en funciones propias del cargo”, es preciso recordar que fue el mismo legislador extraordinario quién lo facultó en el artículo

205 del Decreto Ley 262 de 2000 para adoptar “los instrumentos y parámetros de puntuación de los factores valorados en el análisis de antecedentes”, disposición que por demás es totalmente concordante con los enunciados normativos del artículo 7º numeral 45 del mismo decreto. La norma cuestionada hizo la distinción entre la experiencia profesional que se tendría en cuenta como requisito mínimo para poder acceder al empleo y a la cual no se le asigna puntaje, y la experiencia profesional adicional relacionada que es aquella que supera el requisito mínimo y a la cual se otorga un máximo de 60 puntos, a partir de los siguientes parámetros: 5 puntos, por cada año adicional al requisito mínimo y que está relacionada con el cumplimiento de actividades jurídicas afines al cargo; 5 puntos por cada año completo de experiencia docente de tiempo completo, 4 puntos por medio tiempo, 3 y 2 puntos por hora cátedra y por último, 10 puntos si el candidato es autor de libros o 5 puntos si es coautor. La Sala no encuentra que ese esquema de calificación y la asignación de tales puntajes esté por fuera de las atribuciones que corresponden al Procurador General de la Nación. Antes por el contrario, se advierte que a la experiencia profesional se le otorga el mismo puntaje que se asigna al ejercicio docente de tiempo completo, lo cual permite concluir que el precepto acusado consagró un criterio flexible e incluyente respecto de todas las habilidades y saberes que puede tener un aspirante, incluida la publicación de libros, a la cual le asignó 10 puntos, por tratarse de una labor de suyo dispendiosa que requiere un mayor grado de esfuerzo y dedicación que no puede contabilizarse en términos de años, tal como ocurre con los demás ítems valorados. Por lo expuesto, no están dadas las condiciones para declarar la prosperidad de este cuestionamiento”.

Legalidad condicionada: “[...] La Resolución 040 de 2015 “Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad”, proferida por el Procurador General de la Nación, en lo que corresponde a su artículo 17 numeral 1 inciso 3, en el entendido de que en la prueba de análisis de antecedentes puede otorgarse puntaje tanto a los posgrados (maestrías, doctorados o posdoctorados en derecho) que sean específicos respecto de la convocatoria y empleo correspondiente, así como también, aquellos cuyo título no especifique determinada área de profundización del derecho, pero de los cuales se pueda derivar, bien sea por las calificaciones obtenidas, por el contenido del programa académico cursado o por la Tesis o trabajo de investigación adelantado, que el concursante cuenta con la idoneidad profesional y los conocimientos previstos en cada convocatoria para el desempeño del empleo correspondiente. Así también, los artículos 5º inciso 3º, 9º numeral 2.9 y 17 parágrafo 1º, en el entendido que las publicaciones de libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes se pueden presentar en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, en la fecha y lugares que se establezcan mediante aviso en la página web institucional, los cuales deberán calificarse bajo los mismos criterios y parámetros en términos de igualdad, siempre y cuando los derechos de autor de unos y otros se encuentren debidamente registrados y la publicaciones cuenten con el respectivo ISBN (International Standard Book Number), tal como se exige en el numeral 2º del art. 17 del acto demandando [...]”.

Demanda de nulidad de los decretos 89 del 20 de enero de 2014 y 160 del 5 de febrero de 2014. Autonomía sindical de empleados públicos, negociación en casos de concurrencia de organizaciones y comisión negociadora sindical (no anulada).

1257

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00486-00 (1563-14)

FECHA: 19/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Nixon Torres Cárcamo

DEMANDADO: Ministerios de Hacienda y Crédito Público, del Trabajo, de Salud y Departamento Administrativo de la Función Pública

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: Se circunscribe a establecer si los artículos 8, numerales 1 y 8, parcial; 9, numeral 1; 10, numeral 2; 11, numerales 1, 5, parcial, 6, 7 y 9; y 14 del Decreto 160 del 5 de febrero de 2014 «[p]or el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos» y 1, incisos 2 y 3, del Decreto 89 del 20 de enero de 2014 «[p]or el cual se reglamentan los numerales 2 y 3 el artículo 374 del Código Sustantivo del Trabajo» son violatorios de los artículos 39, 53, 55, 93 y 189, numeral 11, de la Constitución Política, 2, 3 y 8 del Convenio 87; 1 y 2 del Convenio 98; 1, 2, 3 y 5 del Convenio 135; 2, 3, 5, 7 y 8 del Convenio 154, todos de la OIT.

Tesis: “[...] En el artículo 8 del decreto cuya nulidad se solicita se fijan las condiciones y requisitos para la comparecencia sindical a la negociación y, entre ellas, en su numeral 1, señala que ante la pluralidad de organizaciones sindicales de empleados públicos, estas deben realizar actividades previas de coordinación para integrar las solicitudes, con el fin

de concurrir en unidad de pliego y en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras. [...] la disposición bajo análisis hace parte de la autonomía sindical y constituye un desarrollo del principio de participación democrática en materia sindical derivado del artículo 39 constitucional, según el cual «[l]a estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos». Esta sujeción a principios democráticos no transgrede los convenios internacionales en materia de garantías sindicales, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, que considera que «no es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical» pues la propia Constitución establece su sujeción al orden legal y a los principios democráticos y que «los Convenios Internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los dere-

chos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa. Por lo tanto, se advierte, que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio». [...] la Sala no vislumbra en qué forma podría verse afectado el principio de participación democrática sindical con el requisito impuesto en el numeral 1 del artículo 8 del decreto demandado, pues, por el contrario, constituye un desarrollo de aquel, en tanto lo que exige es la realización de actividades de coordinación entre las diferentes organizaciones sindicales que participan en una negociación de esta naturaleza, de modo que se permita la participación de todas ellas con un fin definido, que es el de concurrir a las mesas de negociación de manera unificada, todo ello con el propósito de facilitar el proceso de negociación y, en todo caso, constituye una manera para lograr el cumplimiento de las reglas previstas en el artículo 3, numeral 3, del Decreto 160 de 2014, que consiste en que solo habrá una mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por entidad o autoridad pública. [...] El artículo 9 del decreto cuestionado se refiere al grado de representatividad sindical y la conformación de la comisión negociadora, y, en particular, se cuestiona lo previsto en el numeral 1, según el cual «en caso de que concurran a la negociación varias organizaciones sindicales de empleados públicos, éstas en ejercicio de su autonomía sindical determinarán el número de integrantes de la comisión negociadora y su distribución entre los distintos sindicatos. En el evento en que no haya acuerdo para la distribución de los representantes ante la mesa de negociación, ésta debe ser objetiva y proporcional al número de afiliados con derecho y pago de su

cuota sindical depositada en banco, conforme a los artículos 393 y 396 del Código Sustantivo del Trabajo y según certificación del tesorero y secretario». [...] lo que plantea la disposición cuestionada es, en primer lugar, dejar al arbitrio de las asociaciones sindicales concurrentes, la decisión de determinar el número de integrantes de la comisión negociadora y su distribución entre los distintos sindicatos, todo ello, atendiendo el principio de autonomía sindical, pero, en segundo lugar, y en el evento de desacuerdo sobre ese particular, fija unas reglas que no tienden a favorecer a las mayorías, sino que buscan una participación objetiva y proporcional al número de trabajadores sindicalizados, lo que, en sentir de la Sala, se aviene al principio de democracia sindical, para la distribución de los representantes de los sindicatos ante la mesa de negociación. [...] En orden de lo anterior, la Sala concluye que lo que la norma pretende es, por un lado, priorizar la autonomía sindical y que, en ejercicio de ella, los sindicatos concurrentes elijan el porcentaje de participación de cada uno de ellos en el proceso de negociación y a sus representantes, pero, en caso de divergencia de criterios, fija una solución adecuada y garante de los principios que rigen la actividad sindical, para solucionar tal conflicto y, en ese orden, no prospera el cargo propuesto. Artículo 10, numeral 2. La norma que se acusa, prevé las reglas a las que deben sujetarse las partes que adelantan la negociación y, en particular, el numeral 2 se refiere a la autonomía para determinar el número de negociadores y asesores, aplicando el principio de la razonable proporcionalidad, según el ámbito de la negociación y el número de afiliados. [...] Ese tipo de mecanismos de participación proporcional, en materia sindical, está avalado por la Corte Constitucional, pues tiene como propósito «garantizar valores como el pluralismo y la participación» y se han entendido como

«la mejor manera de salvaguardar los principios aludidos es a través de sistemas proporcionales de elección que permiten la participación de las minorías en el ejercicio del poder, cosa totalmente distinta sucede con los sistemas mayoritarios en los cuales el poder solo es ejercido por quien obtiene la mayoría con desconocimiento total de cualquiera grupo minoritario» máxime cuando «los fundamentos y principios democráticos son un límite natural a la libertad sindical». Además, la representatividad sindical está sustentada en el Convenio 154 de la OIT, siempre que en la legislación interna se adopten «medidas que garanticen que la existencia de los representantes no se utilice para menoscabar la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas» y, en momento alguno, la medida dispuesta en el artículo bajo análisis está pretendiendo menoscabar la posición de alguna de las organizaciones sindicales, sino, por el contrario, garantizar la participación de todas ellas, a través de un sistema proporcional de elección. Aunado a ello, en criterio de la Corte Constitucional, «los sindicatos no pueden contradecir, en ejercicio de la autonomía sindical, los principios rectores de una sociedad democrática sino, por el contrario, deben integrar a sus políticas y a su organización mecanismos para hacerlos efectivos, procurando así la efectiva participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan, toda vez que los sindicatos a los que éstos pertenecen actúan como sus representantes en la consecución de condiciones laborales más favorables a sus intereses». En ese orden, la previsión contenida en el artículo 10, numeral 2, de la norma cuestionada, para el ejercicio de la autonomía sindical, en el marco del principio de proporcionalidad en la participación, lo que hace es garantizar la intervención de todos los actores de la negociación, por parte de las asociaciones sindicales, pero en-

marcada en una medida que se adecúa y es compatible con la Constitución Política, como es que se haga uso del principio de proporcionalidad —en el marco de la democracia sindical— a efecto de elegir a sus representantes. Así se garantiza la participación de aquellos para la determinación de sus condiciones del empleo, tal como lo prescribe el Convenio 151 de la OIT, pero se armoniza esa participación con los límites del ordenamiento interno que determinan que esta debe atender principios democráticos. [...] Artículos 8, numeral 3 parcial, 11, numeral 1. Confluye en este acápite el análisis de las normas citadas en cuanto consagran límites temporales dentro del proceso de negociación, por un lado, —artículo 8, numeral 3 parcial— lo relativo al término durante el cual se debe presentar el pliego después de su adopción en asamblea y, por otro lado, los términos y las etapas de la negociación, en particular, la presentación de los pliegos dentro del primer bimestre del año. [...] el marco temporal para la presentación del pliego obedece a un componente técnico que tiene como finalidad atender el calendario de programación presupuestal, lo que es concordante con el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT en el que se prevé que para que se logre la participación de los empleados públicos en la determinación de las condiciones del empleo, en caso de ser necesario, se deben adoptar «medidas adecuadas a las condiciones nacionales», de ahí que el ejecutivo haya visto la necesidad de ajustar el proceso de negociación al calendario presupuestal, en forma concordante con lo que al respecto prevén los artículos 151, 346 y 352 de la Constitución Política. [...] es oportuno indicar que los recursos del Estado son limitados y el tiempo para su ejecución también, por ello, la definición del ámbito temporal que impuso el ejecutivo para la presentación del pliego resulta razonable y coherente con las reglas de orden presu-

puestal que hacen parte del ordenamiento interno, bajo ese entendido se trata de una previsión que armoniza el mecanismo de la negociación colectiva con las normas bajo las cuales se estructura la preparación del presupuesto dentro de la vigencia fiscal que se vaya a ver impactada por las determinaciones materia de negociación. [...] es necesario insistir en que el derecho de asociación sindical de los empleados públicos no es pleno y que «las limitaciones a los derechos de sindicación y de negociación colectiva podrán ser justificadas en cuanto busquen proteger bienes constitucionalmente relevantes como la prevalencia del interés general, el cumplimiento de los objetivos trazados por la política económica y social del Estado, la estabilidad macroeconómica y la función social de las empresas, entre otros». [...]. Artículo 11, numerales 5 parcial, 6, 7 y 9. [...] el propio Convenio 151 de la OIT reconoce a efecto de solucionar los conflictos que se presenten para determinar las condiciones del empleo, está la figura de la mediación, que fue la que acogió el ordenamiento interno para resolver una situación conflictual en el marco del proceso de negociación, lo que conlleva concluir que no se configura la transgresión de la norma superior, en tanto que en ella se hizo una enunciación de los diferentes medios de negociación, pero no se impuso acogerlos todos o uno en particular. En ese sentido, el hecho de que el ejecutivo haya acudido solo a uno de los mecanismos enunciados en el Convenio y no haya incorporado los otros dos que se presentaban como alternativas para ese propósito, no conlleva una desatención de la norma convencional, ni mucho menos hace nugatoria la negociación colectiva con miras a lograr el mejoramiento de las condiciones de empleo de los destinatarios del Decreto 160 de 2014, valga aclarar que en el propio convenio se habilitó para que los Estados acudieran al meca-

nismo que se adaptada «de manera apropiada a las condiciones nacionales». En torno a la figura de la mediación, se debe señalar que está instituida como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y constituye «un procedimiento consensual, confidencial a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral entrenado en resolución de conflictos, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto»; por ende, la Sala considera que su acogida, por parte del ejecutivo, para resolver las diferencias ocurridas dentro del proceso de negociación es adecuada, pues se trata de un negociador neutral cuya intervención tiene como propósito resolver el conflicto suscitado entre las partes. [...] Por las razones expuestas, no se declarará la nulidad de la disposición que acude al uso de la figura del mediador para la solución de los conflictos generados en el marco de la negociación de las condiciones de empleo con las asociaciones sindicales de empleados públicos. Artículo 14 La disposición cuestionada prevé que para el cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo la autoridad pública deberá expedir los actos administrativos con base en el acta final, respetando las competencias constitucionales y legales. [...] como los empleados públicos están vinculados al Estado a través de una relación legal y reglamentaria, es necesario que los acuerdos a los que se llegue dentro del proceso de negociación, se incorporen en el ordenamiento, pues, de lo contrario, no se harían exigibles. Al respecto, es preciso indicar que a diferencia del proceso de negociación sindical de particulares o de trabajadores oficiales, para quienes la sola suscripción del acuerdo o convención colectiva efectiviza las condiciones pactadas, ello no ocurre en caso de los empleados públicos, dada la sujeción de su relación laboral a lo que esté previsto en el ordena-

miento. En tales condiciones, se hace necesaria la expedición de actos administrativos en los que la administración declare su voluntad en torno a acoger o implementar los acuerdos a que se llegó dentro del proceso de negociación, pues estos actos son los que, en últimas, permiten materializarlos. En todo caso, se precisa que la previsión al respecto es clara en determinar que los actos administrativos que se expiden, en el marco de las competencias constitucionales y legales, se basan en el acta de acuerdo, es decir, que de alguna manera, se considera como el acto preparatorio que sirve de fundamento al acto definitivo plasmado en el acto administrativo de implementación. [...] El Decreto 089 de 2014. [...] en pronunciamiento previo, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación consideró que la determinación relativa a la unidad de negociación en una sola mesa y en una sola convención colectiva no limita el derecho de asociación sindical sino que «establece un mecanismo que de manera claramente diferente a instituir una limitación al derecho de asociación sindical, lo que introduce es la posibilidad real de comparecencia de todos los sindicatos, en proporción a su representación y a sus afiliados y sobre sus respectivos pliegos de peticiones, con una indudable coherencia frente al principio democrático aplicado a la actividad sindical». La Sala reitera la anterior postura y la acoge como fundamento para resolver el cargo analizado y agrega que la reglamentación al respecto no hace nugatorio el derecho de asociación sindical, ni constituye una excepción frente al derecho de negociación, como lo sostiene el demandante; por el contrario, permite que, en forma proporcional, todos los sindicatos comparezcan a la mesa de negociación para que en ella se negocien los diversos pliegos y se haga efectiva la participación de todos los sindicatos. Cargos comunes a los artículos cuestionados de los

dos decretos anteriores. Exceso de la facultad reglamentaria. [...] la sala advierte que la reglamentación se encargó, por un lado, —Decreto 160 de 2014— de: i) fijar condiciones y requisitos para la comparecencia sindical a la negociación, ello dentro de los principios de autonomía y democracia sindical; ii) fijar parámetros para establecer el grado de representatividad sindical y la comisión negociadora en caso de concurrencia de organizaciones sindicales de empleados públicos; iii) demarcar reglas de la negociación, enmarcado en el principio de autonomía y proporcionalidad en la representación; iv) definir un marco temporal para la presentación de pliegos, en forma armónica con las normas constitucionales y legales que fijan los plazos para el trámite de la aprobación del presupuesto, en consideración al tipo de sujetos de la negociación —empleados públicos— cuya remuneración debe estar prevista en el presupuesto; v) la consagración de la figura del mediador a efecto de que se resuelvan los conflictos que se llegaren a suscitar dentro del proceso de negociación colectiva; y vi) el instrumento para efectivizar los acuerdos a los que se llegue como resultado de tal negociación; y por otro lado, —Decreto 89 de 2014— de vii) implementar un mecanismo de negociación concentrada, en forma proporcional al número de afiliados y con el propósito de negociar los conflictos en una sola mesa, ello con el propósito de garantizar la racionalidad y economía en el procedimiento. Ahora bien, las leyes reglamentadas son la 411 de 1997, por la cual se aprobó el Convenio 151 de la OIT relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos y los numerales 2 y 3 del artículo 374 del Código Sustantivo del Trabajo. Al respecto, la Sala advierte que las previsiones de tal convenio fijan unas pautas generales que han de tener en cuenta los Estados a

efecto de garantizar el derecho de asociación sindical a los servidores públicos; sin embargo, les otorga a aquellos la potestad de adoptar las «medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación» esa adopción requiere una reglamentación, pues, como se señaló en las consideraciones del decreto bajo análisis «se encontró que se requiere hacer precisiones en el procedimiento para adelantar la negociación, en especial en lo relacionado con las instancias competentes para discutir los pliegos de peticiones, la elección de los representantes de los sindicatos en las mesas de negociación y en los mecanismos de solución de controversias». En tales condiciones, las anteriores materias lejos de constituir restricciones o límites al ejercicio del derecho de asociación sindical, lo que hacen es desarrollar e implementar procedimientos para que el proceso de negociación sea realizable y que en él participen todos los sindicatos concurrentes; igual consideración comparte la reglamentación del numeral 3 del artículo 374 del Código Sustantivo del Trabajo, por ello, la Sala considera que los asuntos reglamentados por los artículos acusados lo que buscaron fue establecer reglas generales para hacer efectivas las disposiciones materia de reglamentación, y en ese sentido, el ejecutivo no desbordó las atribuciones que, en esa materia tiene atribuidas constitucionalmente. Réplica de una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional. [...] El actor aseguró que en las disposiciones que se invocaron como transgresoras del ordena-

miento, se replicó aquella declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 063 de 2008; sin embargo, la Sala no comparte tal consideración, según se expone a continuación. En la sentencia que se citó, la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del numeral 2º. del artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que disponía: «2. Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa». Entre tanto, al revisar el texto de los artículos de los Decretos 089 y 160 de 2014, que se cuestionan en el sub lite, cuya transcripción se efectuó en el acápite 2.3.1. de esta providencia, no se vislumbra, en primer lugar, que ninguna de las normas que se acusan se refieran a la coexistencia de un sindicato de base con uno gremial o de industria y tampoco se determina, en ninguno de ellos, que la representación para todos los efectos de la negociación colectiva, esté en manos del sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de la empresa; por el contrario, y como se analizó a lo largo de esta providencia, ninguno de los artículos materia de censura endilgan en el sindicato mayoritario la representación de todos los trabajadores, cuando hay concurrencia de organizaciones sindicales, sino que permite que, en ejercicio de mecanismos democráticos, entre todos los sindicatos designen a sus representantes [...]».

Nulidad del Decreto 3323 de 2005. Nulidad del Decreto 140 de 2006 - Artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18.

1263

Protección de la diversidad y la identidad cultural. Ámbito de aplicación, contenido y alcance del derecho fundamental a la educación étnicamente diferenciada. Acceso al empleo público de etnoeducador y carrera docente. Desconocimiento de los principios de reserva de ley y de identidad étnica y cultural.

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00210-00[1356-2019]

FECHA: 26/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Sindicato Unido de Maestros Etnomaestros de la Costa Pacífica Nariñense y otros

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El Decreto 3323 de 2005 incurre en la causal de nulidad por infracción de las normas superiores en que debía fundarse por desconocimiento del Convenio 169 de la OIT; los artículos 4, 7, 13, 68, 70, 72, 93 y 125 de la Constitución Política; el artículo 1 de la Ley 70 de 1993; el 62 de la Ley 115 de 1994; el artículo 11 del Decreto 804 de 1995, así como las Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016, en lo que respecta al derecho a la identidad cultural y a la educación étnicamente diferenciada?

Tesis: “[...] el artículo 1 de la Constitución, al referirse el modelo de Estado colombiano y a su organización política, comienza por definirlo como un Estado pluralista, democrático y participativo. Además, su artículo 7 consagra expresamente, en cabeza del Estado, un mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, mientras que el 8 establece la obligación de preservar las riquezas culturales y naturales de la

Nación. En armonía con ello, la Constitución consagra como oficiales, en sus territorios, las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, señalando que la educación de estas comunidades debe ser bilingüe (art. 10), además proscribire la discriminación en razón de la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica (art. 13). Por su parte, el artículo 68 constitucional establece el derecho a la identidad cultural en materia de educación; el 70 contempla la cultura como fundamento de la nacionalidad e impone al Estado el deber de promover y fomentar el acceso a ella en igualdad de oportunidades a través de la educación; los artículos 171 y 176 ejusdem consagraron las circunscripciones especiales para la elección de congresistas indígenas y el 246 creó la jurisdicción especial indígena para que, en su territorio, estos pueblos administren justicia conforme con sus propias reglas y procedimientos, siempre que no sean contrarios al texto Superior.

Aunado a ello, al catalogar los territorios indígenas como entidades territoriales (art. 286), la Constitución les otorga autonomía para la gestión de sus intereses (art. 287); además prevé la especial salvaguarda de sus territorios (art. 329), les concede la facultad de autogobernarse a través de sus propias autoridades, así como el derecho a ser consultados previamente ante las decisiones estatales que puedan afectarlos (arts. 40-2 y 330), y los hace beneficiarios de los recursos del Sistema General de Participaciones (art. 356). Este ámbito de protección se ve reforzado por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que hace parte del bloque de constitucionalidad y, en Colombia, aparece como la convención internacional vinculante más amplia para garantizar los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas. Sus dos pilares fundamentales son el derecho que les asiste a preservar y fortalecer sus culturas y estilos de vida, así como el de participar de manera efectiva en las decisiones que adopten los Estados y los afecten de manera directa. [...] todos los nacionales colombianos, sin exclusión alguna, tienen derecho a la educación y que aquella que se imparta a los miembros de los pueblos étnicos, entre los que se cuentan las comunidades indígenas, afrodescendientes, negras, palenqueras, raizales y Rrom, debe ser acorde a su identidad cultural, de manera que a lo largo del tiempo puedan conocer, conservar y transmitir los rasgos propios que los caracterizan frente a la demás población, tales como su historia, tradiciones, costumbres, religión o creencias, idioma o lenguas, conocimientos y técnicas, sistema de valores, formas de vida, entre otros. Ello bajo el entendido que un Estado que garantice un sistema educativo en el que se proteja efectivamente la identidad de las diferentes etnias y culturas, es un Estado respetuoso del pluralismo, la democracia y la participación. Ahora, tratándose de etnoeducación, el principal fundamento normativo, además de las normas constitucionales

previamente anotadas, se encuentra en el ya mencionado Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que se ocupa de esta materia en sus artículos 22 y 26 a 29 [...] Del anterior recuento, se identifican dos aspectos que llaman la atención de la Sala de manera particular. El primero, se refiere a la autonomía en la prestación directa del servicio por parte de los grupos étnicos [...] Sin embargo, no debe olvidarse que, al tratarse de un principio, su exigibilidad debe valorarse de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del momento. Además, aunque pueda existir, en mayor o menor grado, una transferencia progresiva a los pueblos étnicos de la responsabilidad de realizar sus programas especiales de educación, la educación es un servicio público cuya titularidad responde, en primer lugar, al Estado [...] El segundo aspecto a resaltar tiene que ver con la consulta previa [...] como mecanismo de participación, promueve la democracia al tiempo que satisface el mandato de protección de la identidad e integridad cultural. En línea con ello, debe precisarse que la consulta previa es una obligación impuesta al Estado en los casos en que pretende adoptar medidas legislativas o administrativas que afectan directamente a las comunidades y grupos étnicos [...] Todo lo expuesto le permite a la Sala señalar, a modo de conclusión, que: a) En la actualidad, ante la ausencia de una norma constitucional o legal que disponga otra forma de provisión del empleo, el concurso público de méritos es aplicable en la selección de los etnoeducadores. b) No obstante, los pueblos étnicos sí se encuentran excluidos del concurso predicable del sistema educativo general. En ese sentido, la aplicación del concurso en estas comunidades merece consideraciones especiales pues, en tal caso, el mérito debe evaluarse en un contexto de idoneidad cultural, a través de un conjunto de reglas y condiciones particulares, distintas de aquellas por las que se rige el concurso público al que ha de someterse la generalidad del personal docente

[...] De esta forma se garantiza que el concurso sea un instrumento razonable y proporcionado en la vinculación al sistema de carrera del personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas. c) Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que las normas constitucionales y convencionales en la materia, en el marco de la autonomía que debe reconocerse a los pueblos étnicos, permitirían establecer un mecanismo alternativo de vinculación para los etnoeducadores bajo dos condiciones mínimas. La primera, que en todo caso, sea un sistema que pueda asegurar el contenido prestacional irreductible del servicio educativo en estas comunidades, esto es, su asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad. De allí la importancia de resaltar que, en todo caso, dicha autonomía ha de medirse en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas con las que cuenten estos pueblos en un determinado momento para asumir el proceso educativo de sus miembros con plena salvaguarda de las garantías exigidas por el ordenamiento superior. La segunda exigencia se refiere a que, por la relevancia constitucional de la materia, cualquier decisión que se tome al respecto debe ser adoptada en el seno del Congreso y estar antecedida de un proceso de participación y cooperación que se manifieste por medio de la consulta previa a estas comunidades. d) En la actualidad, pese a los requerimientos realizados por autoridades judiciales y a los esfuerzos de concertación adelantados en instancias administrativas, como los que ha hecho el Ministerio de Educación con algunas comunidades, el Congreso de la República continúa en mora de expedir una regulación integral del concurso para el acceso a las plazas docentes en comunidades y pueblos étnicamente diferenciados [...] la Tesis de la Sala es que le asiste mérito a los demandantes y, por lo tanto, hay lugar a anular el acto administrativo enjuiciado [...] Aunque es cierto que el concurso público de méritos es aplicable a la vinculación de los docentes estatales que se

desempeñan al servicio de los pueblos negros, afrodescendientes, raizales y palenqueros, no cabe duda de que el Convenio 169 de la OIT, en armonía con los artículos 7, 67 y 68 constitucionales, exigen la creación de un sistema de etnoeducación en el que, por supuesto, uno de los aspectos que se regulen de manera especial sea el régimen jurídico para acceder y permanecer en tales cargos [...] En el caso que ocupa la atención de la Sala, ha quedado establecido que el ámbito de aplicación del Decreto 1278 de 2002 es ajeno a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras toda vez que, en atención a los derechos de identidad cultural e identidad educativa, estas merecen un régimen jurídico especial de vinculación y administración del personal oficial docente que ha de impartir la enseñanza en sus poblaciones. Así las cosas, dado que el Decreto 3323 de 2005 se expidió como una norma reglamentaria del Decreto 1278 de 2002 con el fin de regular el concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, la Sala concluye que aquel transgredió el principio de identidad étnica y cultural en la medida en que obvió la creación de un verdadero sistema normativo especial que atendiera a las necesidades educativas igualmente especiales que tienen las referidas comunidades étnicas, sistema que, además, correspondía establecer al legislador. En efecto, otro importante motivo para la prosperidad de las pretensiones que formularon los demandantes se encuentra en la transgresión del principio de reserva de ley [...] En este caso, ha quedado suficientemente claro que el Decreto 3323 de 2005 goza de naturaleza reglamentaria en cuanto fue expedido por el presidente con fundamento en el artículo 189 Superior, numeral 11. También se explicó que a la fecha no existe una norma con rango y fuerza de ley que consagre un régimen especial respecto de las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas [...] Visto

lo anterior, resulta plausible sostener que el acto administrativo examinado desconoció los artículos 67, 68, 125, 150 y 365 Constitucionales toda vez que no tenía una cobertura legal apropiada a partir de la cual pudiera concluirse que su expedición obedeció al debido ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del Congreso de la República”.

Exhorto:

“[...] Es preciso anotar que a pesar de los múltiples requerimientos realizados al Congreso de la República, se observa con preocupación que en la actualidad aún puede constatarse la deuda legislativa con las comunidades étnicas

en materia de educación, lo que se traduce en la transgresión del estatus constitucional especial de que gozan y del propósito del Constituyente de 1991 de reivindicar estos pueblos a través del reconocimiento pleno de su existencia, la eliminación de las prácticas discriminatorias y abusivas de las que han sido objeto históricamente, así como la protección frente al riesgo de desaparición física y cultural. De acuerdo con ello, en la presente decisión se exhortará al Congreso de la República para que, con la debida garantía de la consulta previa, expida un régimen especial que regule las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas”.

Proceso de nulidad contra de los artículos 17 (inciso 5) del Acuerdo PSAA10-6837 del 17 de marzo de 2010 y 3 (inciso final) del Acuerdo PSAA12-9312 del 16 de marzo de 2012, actos que fueron suscritos por el Consejo Superior de la Judicatura (norma no anulada).

Excepción de cosa juzgada respecto de la pretensión de nulidad del artículo 19 del Acuerdo PSAA10-6837 del 17 de marzo de 2010, emanado del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, estarse a lo resuelto en la sentencia del 24 de abril de 2020, proferida dentro del proceso 11001-03-25-000-2015-01080-00 (4748-2015) en tanto anuló la expresión «deberá ser igual o superior a 80 puntos», contenida en el artículo 19 del Acuerdo PSAA10-6837 de 2010, así como anuló totalmente el artículo 18 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, conforme se explicó en las consideraciones de la providencia.

Traslado de servidor de carrera de la Rama Judicial por motivos de salud. Traslados de escribientes y citadores de la Rama Judicial.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00260-00(1475-2016)

FECHA: 09/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Danilo Alfredo Ortiz Vargas

DEMANDADO: Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos acusados vulneraron los derechos a la calidad de vida, trabajo digno e igualdad de los servidores judiciales que solicitan un traslado y el Consejo Superior de la Judicatura desbordó su competencia en cuanto dispuso lo siguiente: i) que para los traslados por razones de salud se requiere aportar una calificación de servicios superior a 80 puntos y ii) que para acceder a la movilidad entre los cargos es necesario cumplir con los criterios de especialidad y jurisdic-

ción, pese a que ello no se exige a los escribientes y citadores?

Tesis: “[...] el Consejo Superior de la Judicatura no rebasó su potestad reglamentaria al establecer la aludida exigencia, pues el legislador no reguló en integridad la figura del traslado, sino que fijó un marco dentro del cual dicha corporación judicial podía válidamente expedir la normativa general tendiente a viabilizar la ejecución de la Ley 270 de 1996. [...] Estudio de

legalidad del artículo 17 (inciso 5) del Acuerdo PSAA10- 6837 de 2010 [...] en concordancia con el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, los cargos en la Rama Judicial se proveen de tres formas, a saber: a) en propiedad; b) en provisionalidad; y c) en encargo. En lo que atañe al presente estudio, es oportuno hacer referencia a la primera de las citadas modalidades, la cual está prevista para los empleos en vacancia definitiva, «en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado». A su vez, para proceder al traslado de un servidor que ocupa un cargo en propiedad, se exigen los siguientes requisitos: i) afinidad de funciones entre los cargos de origen y destino del traslado; ii) igualdad de categoría entre los empleos; y iii) identidad de requisitos para acceder a los cargos. Por su parte, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del numeral 3 del artículo 134 de la Ley 270 de 1996, «bajo el entendido que deben existir factores objetivos que permitan la escogencia del interesado con base en el mérito». [...] cuando el legislador exige «funciones afines» entre los cargos objeto del traslado ello también comprende los criterios de jurisdicción o especialidad. Al respecto, es preciso tener en cuenta que el traslado es una forma de provisión del empleo público en propiedad y, por lo tanto, debe sujetarse a altos estándares de eficiencia y respeto del principio del mérito como rector de la carrera judicial para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio. En efecto, bajo el faro orientador del principio del mérito se garantiza la correcta prestación del servicio público de administración de justicia, se materializan los fines esenciales del Estado y se salvaguarda el interés general, por ende, el traslado de los servidores judiciales también debe sujetarse a dichos postulados. En consecuencia, resulta imperioso garantizar que solo las personas más idóneas accedan a la función pública y que el desempe-

ño del empleo se verifique en términos de excelencia. En tal sentido, esta corporación ha sostenido que la identidad funcional entre los cargos también implica que estos se ejerzan «dentro de una misma área del conocimiento o área temática y coinciden en el grado de complejidad y responsabilidad». Igualmente, es preciso tener en cuenta que las funciones de los despachos judiciales están determinadas por las normas procesales expedidas por el legislador en las que se definen las reglas de jurisdicción y competencia, para que los asuntos se distribuyan de acuerdo con las diferentes áreas del derecho, «en razón de la especificidad o particularidad de la materia», dependiendo la naturaleza de los litigios o, inclusive, la calidad de los sujetos procesales, pues las causas revisten características diferentes desde la forma en que se tramitan hasta la decisión de fondo que deba adoptarse. [...] la distribución de competencias en las diferentes jurisdicciones y especialidades no son caprichosas, sino que obedecen a razones de eficiencia y atienden el interés de los asociados que deben acudir a la administración de justicia para dirimir sus conflictos, los cuales revisten variadas naturalezas. Además, dicha medida permite la racionalización del trabajo en la rama judicial, por ende, es legítima e idónea para alcanzar altos objetivos constitucionales en lo que respecta al acceso a la administración de justicia y la efectividad de los derechos. [...] el marco normativo que regula el acceso a los empleos en la Rama Judicial y la figura del traslado como una de las formas para proveerlos, se observa que el sistema de carrera debe estudiarse en forma integral y no aislada, por ende, resulta viable exigir el respeto al criterio de especialidad para viabilizar los traslados, pues este también es presupuesto de vinculación al servicio y fue acogido por el legislador para distribuir las competencias entre los diferentes despachos. [...] en condiciones de normalidad, debe seguirse la regla general tendien-

te a que el funcionario judicial ocupe un cargo en la especialidad escogida, pues la necesidad personal del servidor que solicite la aplicación de dicha figura debe conducirse dentro del marco legal que ha distribuido las competencias de los despachos judiciales en atención a la jurisdicción y a las diferentes especialidades. A su vez, esta relevancia del criterio de especialidad de cara a la definición funcional de los cargos, también encuentra respaldo en el artículo 92 de la ley 270 de 1996 en tanto dispone que cuando se suprima un cargo de un servidor judicial escalafonado en carrera administrativa, únicamente procederá su reubicación cuando se produzca una vacante «de su misma denominación, categoría y especialidad», advirtiendo que en caso de que ello no sea posible habrá lugar a reconocer la correspondiente indemnización. Así las cosas, la Sala considera que el Consejo Superior de la Judicatura no excedió su potestad reglamentaria al condicionar el traslado a que el cargo de origen y destino respondan a criterios de jurisdicción y especialidad, pues ello también hace parte de la afinidad funcional que exige el artículo 134 de la Ley 270 de 1996 para aplicar dicha figura. [...] Bajo este contexto, las razones de salud resultan relevantes al momento de seleccionar entre las diferentes hojas de vida de quienes aspiran a un cargo de carrera judicial, teniendo en cuenta que las específicas circunstancias del empleado que solicita el traslado podrían hacerlo primar frente a otros candidatos en aras de proteger sus derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal, pero ello no se ha aducido para desconocer el requisito de afinidad funcional entre los empleos objeto de la movilidad; por el contrario, la Corte Constitucional ha encontrado válido aplicar el criterio de especialidad y jurisdicción aun cuando el traslado se funda en razones de salud. [...] el estudio de las normas acusadas evidencia que los requerimientos de especialidad y jurisdicción

para los traslados se enmarcan dentro del ámbito reglamentario del Consejo Superior de la Judicatura, atienden el concepto de afinidad funcional establecido por el legislador para el efecto, obedecen a criterios de razonabilidad y se encaminan a cumplir un fin legítimo como lo es la garantía del principio del mérito para la provisión de los empleos públicos y su correlación con la salvaguarda del interés general, por lo cual, los vicios de nulidad alegados por el actor en tal aspecto no están llamados a prosperar. [...] Análisis de legalidad frente al artículo 19 del Acuerdo PSAA10-6837 de 2010 [...] la sentencia del 24 de abril de 2020, declaró la nulidad de la expresión «deberá ser igual o superior a 80 puntos», contenida en artículo 19 del Acuerdo PSAA10-6837 de 2010, así como la nulidad total de los artículos 18 y 19 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017 [...] en la referida providencia se concluyó que el Consejo Superior de la Judicatura no está facultado para establecer requisitos adicionales a los previstos por el legislador para estudiar las solicitudes de traslado, pues ello deriva en usurpar las funciones de este último en un asunto en el que opera la reserva de Ley, en tanto concierne al derecho fundamental a acceder a cargos públicos. Igualmente, en esa oportunidad se afirmó que exigir una calificación igual o superior a 80 puntos resulta ser un condicionamiento ajeno a la evaluación de los méritos de los solicitantes del traslado. Así las cosas, la Sala declarará estarse a lo resulto en la referida sentencia respecto de la pretensión de nulidad elevada en sub lite frente al artículo 19 del Acuerdo PSAA10-6837 de 2010, ya que esta corporación encontró que era ilegal requerir un determinado puntaje en la evaluación del desempeño para estudiar las solicitudes de traslado de los servidores judiciales. Es preciso aclarar, que en la sentencia en comentario únicamente se anuló la expresión «deberá ser igual o superior a 80 puntos», contenida en artículo 19 del Acuerdo PSAA10-

6837 de 2010, mientras que en este caso se solicita la nulidad integral de dicha disposición; sin embargo, en la referida providencia también se anuló en su totalidad el artículo 18 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, que reguló nuevamente el requisito del puntaje en la calificación de servicios en materia de traslados, es decir, que al tratarse de idéntica temática operó la cosa juzgada material. [...] Examen de legalidad frente al artículo 3 (inciso final) del Acuerdo PSAA12-9312 del 16 de marzo de 2012 [...] Se advierte que los cargos de citador y escribiente no requieren título profesional y están adscritos a los niveles auxiliar y operativo, es decir, que tienen asignadas funciones de apoyo a los despachos y dependencias judiciales, pero que por su naturaleza y responsabilidad revisiten menor complejidad que la de los cargos del nivel profesional, por lo que, en principio, no

se evidencia un tratamiento injustificado o irrazonable en el sentido de que no se exija el presupuesto de especialidad para los traslados de esos empleados. La anterior conclusión reconoce que el diseño organizacional implica variados niveles de responsabilidad y complejidad entre los diferentes cargos, pero de ninguna manera se pretende demeritar el esfuerzo, trabajo e impacto de todas las áreas y colaboradores que a diario contribuyen al desarrollo misional de las instituciones. Lo que se plantea en el sub lite es que la norma acusada atiende a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en tanto se abstuvo de aplicar el requisito de especialidad para los traslados de escribientes y citadores, pues aún sin dicha exigencia se sigue respetando el criterio de afinidad funcional previsto por el artículo 134 de la Ley 270 de 1996 para que opere dicha movilidad [...].”

Circular PSAC11-31 del 28 de junio de 2011: las expresiones «publicaciones de» y «especialidad y», contenidas en el artículo 17 del Acuerdo PSAA10-6837 del 17 de marzo de 2010, y las frases «publicaciones de», «especialidad y» y «salvo para escribientes y citadores para quienes solo se tendrá en cuenta que se trate de la misma jurisdicción», incluidas en el artículo 3 del Acuerdo PSAA12-9312 del 16 de marzo de 2012, actos que fueron proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura (no anulados).

Potestad reglamentaria del Consejo Superior de la Judicatura para la provisión de cargos en la Rama Judicial. Traslado de funcionarios de la Rama Judicial. Afinidad funcional. Eficiencia en la prestación del servicio público y afinidad funcional.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00631-00(1876-2015)

FECHA: 09/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Ezequiel Hernández Carrillo

DEMANDADO: Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (DEAJ)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos acusados desconocen el ordenamiento jurídico superior por incurrir en falta de competencia y exceso de la potestad reglamentaria, imposibilidad de condicionar las solicitudes de traslado a la publicación de los empleos vacantes y vulnerar el derecho a la igualdad entre los servidores judiciales?

Tesis: “Esta corporación ha expresado que el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de «regular, reglamentar y administrar la carrera judicial, en virtud de lo cual, tiene competencia para dictar autónomamente, y de manera excepcional y exclusiva, las regulaciones y los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración Judicial,

en los aspectos no previstos por el legislador». El Consejo Superior de la Judicatura no rebasó su potestad reglamentaria al establecer la tabla de afinidades, es decir, los cargos respecto de los cuales podía predicarse el traslado, pues el legislador no reguló en integridad la materia, sino que fijó un marco dentro del cual dicha corporación judicial podía válidamente expedir la normativa general tendiente a viabilizar la ejecución de la Ley 270 de 1996. [...] en concordancia con el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, los cargos en la Rama Judicial se proveen de tres formas, a saber: a) en propiedad; b) en provisionalidad; y c) en encargo. En lo que atañe al presente estudio, es oportuno hacer referencia a la primera de las citadas modalidades, la cual está

prevista para los empleos en vacancia definitiva, «en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado». A su vez, para proceder al traslado de un servidor que ocupa un cargo en propiedad, se exigen los siguientes requisitos: i) afinidad de funciones entre los cargos de origen y destino del traslado; ii) igualdad de categoría entre los empleos; y iii) identidad de requisitos para acceder a los cargos. [...] la Sala se aparta del entendimiento del actor en tanto refiere que cuando el legislador exige «funciones afines» entre los cargos objeto del traslado no pueden aplicarse criterios de jurisdicción o especialidad; por el contrario, tal afirmación deja de lado que el traslado es una forma de provisión del empleo público en propiedad y, por lo tanto, debe sujetarse a altos estándares de eficiencia y respeto del principio del mérito como rector de la carrera judicial para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio. [...] La distribución de competencias en las diferentes jurisdicciones y especialidades no son caprichosas, sino que obedecen a razones de eficiencia y propenden por el interés de los asociados que deben acudir a la administración de justicia para dirimir sus conflictos, los cuales revisten variadas naturale-

zas. Además, dicha medida permite la racionalización del trabajo en la rama judicial, por ende, es legítima e idónea para alcanzar altos objetivos constitucionales en lo que respecta al acceso a la administración de justicia y la efectividad de los derechos. [...] la Sala considera que el Consejo Superior de la Judicatura no excedió su potestad reglamentaria al condicionar el traslado a que el cargo de origen y destino respondan a criterios de jurisdicción y especialidad, pues ello también hace parte de la afinidad funcional que exige el artículo 134 de la Ley 270 de 1996 para aplicar dicha figura. [...] en principio, las argumentaciones presentadas por el Consejo Superior de la Judicatura para que se mantenga la legalidad del artículo 3 del Acuerdo PSAA12-9312 de 2012 resulta suficiente y congruente de cara a la eficiencia en la prestación del servicio público, en los términos analizados en precedencia, pues el hecho de que los empleos de citador y escribiente tengan asignadas funciones afines sin atención a una determinada área del derecho, permite concluir que desde su ingreso al servicio se prevé la posibilidad de que las competencias de los empleados sean aprovechables en los diferentes despachos judiciales sin importar la especialidad a la que estén adscritos”.

Demanda de nulidad en contra de la expresión «sin carácter salarial» contenida en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, «por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC», expedido por el presidente de la República (no anulada).

RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00103-00 (0209-2014)

FECHA: 30/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Wilson Guzmán Olaya

DEMANDADO: Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La expresión «sin carácter salarial», contenida en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994, vulnera el ordenamiento jurídico superior por incurrir en las irregularidades esgrimidas por el demandante y que, en síntesis, se circunscriben a lo siguiente: i) falta de competencia del Gobierno nacional para restar el carácter salarial de un emolumento creado por este; ii) ausencia de facultad por parte del ejecutivo para regular los componentes salariales que fueron establecidos en el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 para los servidores públicos; y, iii) la prima de riesgo tiene naturaleza salarial?

Tesis: “[...] el legislador y el ejecutivo concurren en la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. El primero ejerce dicha facultad mediante una ley marco, que fija normas, objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el segundo para concretar dicho régimen. A su vez, el ejecutivo tiene un mayor margen de acción para desplegar la referida competencia, pues

en la medida en que las normas superiores no regulan la materia de forma detallada se genera una amplitud que está llamada a ocupar el Gobierno. Por ende, sería un contrasentido afirmar que el ejecutivo tiene la potestad de crear emolumentos, pero no puede determinar si tendrán o no incidencia prestacional, pues la facultad quedaría incompleta y cada vez que establezca una nueva prima, bonificación o cualquier otro factor se vería obligado a acudir al congreso para que este defina sobre su impacto en la liquidación de las demás prestaciones. [...] no todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales e indemnizaciones, es decir, que nada impide que se excluyan determinados factores para esos efectos no obstante su naturaleza salarial y sin que por ello pierdan tal naturaleza. A su turno, el núcleo esencial del derecho al trabajo es el parámetro verdaderamente relevante para analizar si el legislador o el Gobierno nacional quebrantaron el ordenamiento superior al momento de restar el carácter salarial de un

emolumento, conforme se expuso en precedencia.[...] el Gobierno nacional puede derogar disposiciones preconstitucionales en aras de desarrollar leyes marco como la Ley 4 de 1992, por lo cual, carecen de fundamento los argumentos del actor frente a la imposibilidad de que el ejecutivo reglamente las materias tratadas por el Decreto 1042 de 1978. A su vez, el Consejo de Estado se ha referido a la «deslegalización» en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, ante el tránsito constitucional. [...] El actor manifestó que la prima de riesgo tiene naturaleza salarial, pues es una suma que habitual y periódicamente perciben los empleados del INPEC como retribución por sus servicios y, por lo tanto, el Decreto 446 de 1994 no podía restarle tal carácter; sin embargo, en anteriores acá-

pites se explicó con suficiencia las razones por las cuales no todo aquello que constituye salario debe tomarse inexorablemente como base para liquidar las prestaciones sociales e indemnizaciones, por lo cual la Sala se remite a las consideraciones expuestas en precedencia para desestimar este cargo. Igualmente, se reitera que el demandante no fundó su defensa en explicar las razones por las cuales la expresión «sin carácter salarial» contenida en el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 afectó el núcleo esencial del derecho al trabajo de los servidores del INPEC. En consecuencia, esta Subsección se abstendrá de hacer análisis adicionales frente a ello en aras de garantizar el debido proceso de las partes. Además, en el plenario no obran elementos de juicio que permitan abordar un estudio concienzudo frente a dicho aspecto”.

Nulidad del Decreto 26 de 2018 «por medio del cual se adiciona el título 7 en la parte 2 del libro 2 del Decreto número 1067 de 2015 “por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de relaciones exteriores”».

Reserva de ley para la determinación del número de cupos de ascenso a la categoría de embajador en la carrera diplomática y consular. Vicio de expedición irregular por la omisión de publicación previa de los proyectos específicos de regulación. Principio de confianza legítima en la expedición de actos administrativos.

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00302-00{1046-2018}

FECHA: 14/10/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Mario Andrés Sandoval Rojas

DEMANDADO: Ministerio de Relaciones Exteriores y Departamento Administrativo de la Función Pública

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico 1: ¿El acto administrativo demandado está viciado por la falta de competencia del Gobierno Nacional, al haber reglamentado un asunto cobijado por reserva legal?

Tesis 1: “Para que un acto administrativo sea válido se requiere, entre otras condiciones, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia o elemento subjetivo del acto, que se refiere tanto a la institución, entidad u órgano, como al individuo que lo profiere. [...] la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los parti-

culares que ejercen funciones públicas, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa. [...] Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico. [...] Así, en los casos en los que tiene aplicación la reserva de ley, no se encuentra

permitido regular la materia por medio de preceptos de inferior jerarquía o fuerza normativa, como lo son los reglamentos. En esos términos, el principio en cuestión constituye una garantía esencial de los Estados modernos hacia sus asociados, si se tiene en cuenta que los asuntos sujetos a reserva legal involucran temas de gran importancia e interés social y económico que, en tal virtud, deben positivarse como resultado de una amplia deliberación que garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma jurídica resultante. Es importante resaltar que la reserva de ley constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. En ese orden, el reglamento no queda completamente excluido de la posibilidad de normar estos temas, porque, una vez que sea expedida la ley, podrán dictarse aquellos que se conocen como reglamentos ejecutivos o *secundum legem* (según la ley), como los que profiere el presidente de la República en ejercicio de la potestad del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que gozarán de validez en la medida en que tengan una adecuada cobertura legal. Esto quiere decir que en aquellos casos solo habrá espacio para el reglamento si previamente existe una habilitación legal suficiente. [...] El acto administrativo demandado sí está viciado por la falta de competencia del Gobierno Nacional, al haber reglamentado, sin contar con habilitación legal, previa y suficiente, un aspecto sustancial de los requisitos para ascender en la carrera diplomática y consular, lo cual, según el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución, es un tema reservado a la regulación del legislador [...].”

Problema jurídico 2: ¿El Decreto 26 de 2018 fue expedido irregularmente por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que este se debió sujetar?

Tesis 2: “[...] El decreto acusado sí está viciado de expedición irregular por el incumplimiento del requisito de publicación previa de los proyectos específicos de regulación, previsto en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, debido a la trascendencia que tuvo el incumplimiento de este requisito formal de procedimiento. En todo caso, se precisa que el incumplimiento de este requisito no vicia por sí solo el acto administrativo de carácter general, por cuanto, tanto esta Corporación como la doctrina, han señalado de manera reiterada que, en virtud de los principios constitucionales de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y de eficacia de la función administrativa, las irregularidades formales que no tengan trascendencia en los derechos y garantías fundamentales, pueden ser subsanadas y no implican necesariamente la anulación del acto. En ese orden de ideas, para definir la trascendencia de la irregularidad que puede llevar a la anulación del acto administrativo es posible acudir, inicialmente, a un criterio eminentemente normativo, según el cual, si un precepto jurídico positivo le da el carácter de esencial a una formalidad, su incumplimiento puede generar la nulidad del acto, lo cual ocurre, por ejemplo, con la consulta previa. Luego, de no existir disposiciones en el anterior sentido, la determinación de la importancia de los requisitos formales en un caso concreto puede ser objeto de ponderación, esto es, de un ejercicio comparativo en el que se busca un equilibrio práctico entre, por un lado, los principios o derechos que subyacen a las reglas sobre las formalidades a las que debía sujetarse la manifestación unilateral de voluntad de la administración y, por el otro, de los que, en sentido contrario, propugnan por la eficacia de la actuación administrativa en un caso concreto [...] El Decreto 26 de 2018 fue expedido irregularmente por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que se debió sujetar y por la trascendencia que tuvo el

incumplimiento de este requisito formal de procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA, y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017 [...].”

Problema jurídico 3: ¿El acto administrativo demandado fue falsamente motivado respecto de las consideraciones de la Corte Constitucional en la Sentencia C-292 de 2001 sobre el cupo de embajadores en la carrera diplomática y consular?

Tesis 3: “[...] el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y jurídica, lo cual, en todo caso, no implica que para la ocurrencia de la causal deba existir la intención de engañar por parte de quien expide el acto administrativo, ya que basta el error para su materialización [...] el Gobierno Nacional se limitó a transcribir algunas disposiciones respecto del ascenso a la categoría de embajador en la carrera diplomática y consular, y asimismo las consideraciones de la Corte Constitucional que fundamentaron la inexequibilidad del numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, sin que emitiera juicios frente a lo que allí quedó plasmado, más allá de haber señalado que era necesario establecer el cupo de funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador, de acuerdo con la norma legal previamente mencionada. De esta manera, la Sala estima que no se configuró el vicio de falsa motivación alegado, porque no se observa ningún tipo de tergiversación de lo preceptuado en las normas invocadas en el acto ni de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001. Por el contrario, los motivos expresados en el Decreto 26 de 2018 son acordes con la realidad fáctica y jurídica

que sirvió de justificación para la emisión del acto administrativo acusado [...]”.

Problema jurídico 4: ¿El Decreto 26 de 2018 está incurso en la violación de las normas en que debía fundarse por el desconocimiento del artículo 243 de la Constitución, ya que reprodujo el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-292 de 2001?

Tesis 4: “[...] el significado estricto de esta causal ha sido comprendido por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁴⁰ como la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: (a) Falta de aplicación, (b) aplicación indebida o (c) interpretación errónea. [...] se recuerda que la razón que llevó a la declaración de inconstitucionalidad del cupo de veinticinco funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría de embajador era su número reducido, el cual, en la práctica, implicaba que el porcentaje mínimo de funcionarios de carrera que deben ocupar los cargos de embajador se transformaba en un límite máximo, dada la poca disponibilidad de embajadores de carrera que se derivaría de un cupo tan limitado. [...] partiendo de la base de lo afirmado por el Ministerio de Relaciones Exteriores acerca de que en el momento de expedición del Decreto 26 de 2018 existían sesenta cargos de embajador, el cupo de cincuenta funcionarios que podían estar escalafonados en la categoría con la misma denominación resulta razonable, teniendo en cuenta que, en el hipotético caso de que todos los embajadores de carrera ocuparan los cargos de embajador, estos representarían cerca del 83% de esos empleos, lo que demuestra que el Gobierno Nacional tendría un margen suficiente para superar el mínimo del 20% de funcionarios de carrera que deben

ejercer en esos cargos. De esta manera, al no haberse desconocido la *ratio decidendi* de la sentencia C292 de 2001, no puede afirmarse que el Decreto 26 de 2018 reprodujo el numeral 2.º del artículo 31 del Decreto Ley 274 de 2000, que fue declarado inexecutable [...].”

Problema jurídico 5: ¿El decreto demandado transgredió el ordenamiento superior al infringir los artículos 29, 53 y 83 de la Constitución Política, que consagraron los derechos al debido proceso y al trabajo, además del principio de buena fe, expresado como la confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador?

Tesis 5: “El principio de confianza legítima ha sido abordado por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado al analizar casos en los cuales se presentan cambios en situaciones de hecho o de derecho por parte del Estado, que afectan las situaciones jurídicas particulares. En este sentido, se ha entendido que se trata de una garantía en favor de las personas que restringe la posibilidad de que el aparato estatal, sea legislativo, administrativo o judicial, emita decisiones o modifique situaciones de manera abrupta y sorpresiva, sin adoptar medidas de transición que minimicen los efectos adversos que el cambio de regulación les implica. Es decir, que su alcance no es la de hacer intangibles o inmodificables las diferentes circunstancias fácticas y jurídicas que se puedan presentar, sino de reducir el eventual impacto negativo producido por las variaciones en ellas. En relación con este mandato de optimización, es importante resaltar su íntima relación con los principios de buena fe y seguridad jurídica. El

primero cuyo fundamento se encuentra en el artículo 83 de la Constitución Política, enfatiza la necesidad de que los particulares tengan certeza de que las actuaciones de los entes públicos se cumplirán conforme al ordenamiento jurídico. Y el segundo, que está íntimamente relacionado con el principio de legalidad, se refiere al respeto de las expectativas de estabilidad bajo las disposiciones que venían rigiendo una determinada situación jurídica. [...] el principio de confianza legítima busca proteger a las personas frente a los cambios bruscos e inesperados de las actuaciones de las autoridades. Este se convierte en un deber jurídico de la administración frente a los administrados, que debe atender en el ejercicio de la potestad de expedir actos administrativos, particulares o generales, y a través de ellos crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas. [...] esta Subsección estima que el Gobierno Nacional debió, como mínimo, socializar su intención de adoptar esta medida para que quienes se pudieran ver afectadas con ella, ajustaran sus expectativas frente a la posibilidad de ascender a la categoría superior del escalafón de la carrera diplomática y consular durante el año 2018, lo cual, al no haberse realizado, produjo un cambio brusco e inesperado que también vició de nulidad el Decreto 26 de 2018. En conclusión: Con la expedición del decreto demandado, el Gobierno Nacional transgredió el ordenamiento superior al desconocer el principio de confianza legítima de los funcionarios de la carrera diplomática y consular que tenían la expectativa de ascender a la categoría de embajador, en la medida en que este acto administrativo introdujo un cambio intempestivo o inesperado en la regulación jurídica del número de cupos para tales efectos [...].”

Declárase ajustada al ordenamiento jurídico la expresión «y por el jefe de la entidad pública respectiva», siempre que en su interpretación y aplicación se atienda lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2019, decisión judicial en la que se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 31, numeral 1, de la Ley 909 de 2004.

Ejercicio de la potestad reglamentaria. Firma de la convocatoria a concurso de méritos. Competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00039-00(0102-2019)

FECHA: 18/11/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Comisión Nacional del Servicio Civil

DEMANDADO: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: “¿El Gobierno Nacional, a través de las entidades demandadas, incurrió en las causales de falta de competencia por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria e infracción de las normas superiores en que debía fundarse el acto por, presuntamente, haber desconocido, a través del artículo 3 (parcial) del Decreto 051 de 2018, la atribución que le asiste a la CNSC para elaborar la convocatoria?”

Tesis: “[...] la naturaleza reglamentaria que le asiste al Decreto 051 de 2018 y el hecho de que la expresión acusada constituya un desarrollo de la Ley 909 de 2004, permiten sostener que esta última es el primer referente para juzgar si se presentó un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin desconocer, por supuesto, que la disposición también debe ajus-

tar su contenido a la norma constitucional [...] materialmente, el texto de la ley y de la norma reglamentaria es coincidente, lo que implica concluir que las demandadas no excedieron el ejercicio de la facultad que les asiste para reglamentar las materias que son de su competencia pero, además, que para que el contenido del acto acusado se ajuste a las normas superiores en que debe fundarse resulta necesario que en su interpretación y aplicación se atienda lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2019. En ese sentido, es plausible afirmar que, como sucede con el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la lectura del artículo 3 del Decreto 051 de 2018, en cuanto se refiere a la firma de la convocatoria, debe efectuarse con apoyo en las siguientes premisas: La competencia de la

CNSC como autor de la convocatoria es exclusiva y excluyente, de manera que al jefe de la entidad no le es dado elaborarla, modificarla u obstaculizarla en modo alguno. No obstante, la realización del concurso público de méritos no puede ser resultado de una decisión unilateral de la CNSC, de manera que, antes de expedir el acto que incorpore las reglas del proceso de selección, se tiene que haber presentado una planeación conjunta [...] En tales condiciones, aunque es factible que, como una manifestación del principio de coordinación, el jefe de la entidad en la que han de proveerse los empleos suscriba el acto de convocatoria, este no es un requisito indispensable para su legalidad. Por consiguiente, la Sala considera que la

expresión «y por el jefe de la entidad pública respectiva», contenida en el artículo 3 del Decreto 051 de 2018, se ajusta al ordenamiento jurídico superior siempre y cuando, en su interpretación y aplicación, se sigan los derroteros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 2019, entendiendo así que: “[...] (i) el jefe de la entidad u organismo puede suscribir el acto de convocatoria, como manifestación del principio de colaboración armónica, y (ii) en todo caso la Comisión Nacional de Servicio Civil no puede disponer la realización de un concurso sin que previamente se hayan cumplido en la entidad destinataria los presupuestos de planeación y presupuestales previstos en la ley [...]”.

Legalidad condicionada del Decreto 1352 de 2013 (artículo 46, inciso 2), en el sentido de que la potestad allí contenida solo puede ejercerse si (i) la Procuraduría no ha iniciado una investigación previamente por los mismos hechos, o (ii) la Procuraduría General de la Nación no reclama su poder preferente para llevarla a término, a pesar de haber sido iniciada por el Ministerio del Trabajo, conforme lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-914 de 2013.

Nulidad del Decreto 1352 de 2013 – Artículo 5, parágrafos 3 y 4, artículo 6, parágrafos 2 y 3, artículo 8, artículo 9, incluido el parágrafo, y artículo 49.

Vulneración del principio de reserva de ley respecto de la estructura orgánica de las juntas de calificación de invalidez. Provisión de los cargos de integrantes y miembros de la junta de calificación de invalidez por concurso público. Limitación al periodo de miembros de la junta de calificación de invalidez. Poder preferente disciplinario de la Procuraduría General de la Nación de integrantes de las juntas de calificación de invalidez. Inhabilidad integrantes principales de las juntas de calificación de invalidez. Honorarios del personal administrativo de la junta de calificación de invalidez.

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01776-00(4697-2013)

FECHA: 02/12/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Carlos Alberto López Cadena

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los artículos 5, 6, 8 y 9 del Decreto 1352 de 2013 son contrarios al contenido del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política?

Tesis 1: “[...] En relación con la reserva de ley como causal de nulidad de los actos administrativos, esta Sala ha puesto de presente que la

Constitución Política de 1991 determinó que en algunas materias precisas, la regulación se realice a través de una fuente del derecho en particular, en este caso, la ley, lo que significa que su expedición se debe realizar bien sea a través de (i) una ley en sentido formal, es decir aquella que surge del legislador ordinario o (ii) a través de decretos leyes, proferidos en ejercicio de facultades

extraordinarias conferidas por el Congreso de la República. [...] La reserva de ley constituye una garantía para los asociados de que los temas de mayor relevancia e interés social y económico serán objeto de una amplia deliberación, de manera que se garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma de derecho resultante, y, por ende, no es posible regular estas materias por medio de reglamentos, ya que estos tienen menor jerarquía normativa. Así las cosas, la reserva de ley se torna en un límite inquebrantable de la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión, ni tampoco es admisible el vaciamiento de las facultades que le competen a este, mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal. [...] En la sentencia C – 1002 de 2004 la Corte Constitucional estableció la naturaleza de las juntas de calificación de invalidez en los siguientes términos: “[...] De acuerdo con el contenido de los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, las juntas de calificación de invalidez son organismos de creación legal, conformados por particulares que tienen a su cargo la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. [...] El hecho de que su competencia exclusiva haya sido definida por el legislador y que los particulares que se desempeñan en las juntas no puedan extenderla a otros aspectos de la seguridad social, sin quebrantar con ello la finalidad institucional del organismo, denota también que el objeto institucional del mismo es de naturaleza pública y no privada. [...] si la Constitución Política ha reservado a la ley la función de determinar la estructura orgánica de las entidades públicas del orden nacional, no le corresponde al Gobierno, mediante un decreto reglamentario, adelantar esa labor. Por tanto, de comprobarse que alguno de los elementos que componen la estructura orgánica de las juntas de calificación

de invalidez se dejó a la voluntad del Gobierno, para que la haga efectiva a través de un decreto reglamentario, la conclusión que habría que imponer es que dicha delegación es inexequible. [...] al tratarse de entidades del orden nacional, y siguiendo lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, los elementos mínimos de las juntas de calificación de invalidez que le corresponde establecer al legislador son los siguientes: (i) la denominación, (ii) la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, (iii) la sede, (iv) la integración de su patrimonio, (v) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y (vi) el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos o vinculados. [...] Esta Sala encuentra que salvo los párrafos tercero y cuarto del artículo 5, el texto de la norma resulta contrario al principio de reserva de ley, debido a que fijó la estructura orgánica de las juntas de calificación, al establecer cómo se componen, cuál es el número de integrantes, qué profesiones deben tener, cómo se clasifican. [...] Luego, para la Sala es evidente que se invadió una competencia exclusiva del legislador, motivo por el cual se declarará la nulidad del artículo 5, salvo los párrafos tres y cuatro. [...] En cuanto al párrafo tercero, constituye una reproducción del texto del párrafo segundo del artículo 43 de la Ley 1562 de 2012. En cuanto al párrafo cuarto, esta Sala encuentra que no desarrolló la estructura orgánica de las juntas de calificación, por lo cual no está relacionado con la materia de reserva de ley. De otra parte, se considera que hay lugar a declarar la nulidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Decreto 1352 de 2013 ya que en este se reglamentan aspectos propios de la estructura orgánica de las juntas de calificación, como la modificación de sus integrantes y la forma de conformar las salas de decisión. En este punto, es importante poder de relieve que, la sentencia C- 914 de 2013, aclaró

que en el ámbito de las juntas sus integrantes principales equivalen también a sus órganos de dirección superior. Luego se concluye que toda regulación que se realice respecto de los miembros, tiene un efecto directo sobre la estructura de dichas entidades. [...] De conformidad con el texto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, la selección de los miembros de las juntas de calificación de invalidez se debe hacer por medio de concurso público, luego, se trata de una materia que ya se desarrolló en una norma con fuerza material de ley. En esta, se determinó que en los criterios de ponderación deben incluir aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, además señaló la posibilidad de operar por regiones. [...] En ese orden de ideas, se puede considerar que el artículo 6 (salvo los párrafos, aspecto sobre el que se regresará a continuación) del Decreto 1352 de 2013, constituye un verdadero reglamento ejecutivo, puesto que se limitó a desarrollar el procedimiento de selección que estableció el legislador extraordinario en el Decreto Ley 19 de 2012, es decir, el Gobierno Nacional complementó el contenido del decreto ley para detallarlo, desarrollarlo, o para preparar su ejecución, y, por lo tanto, no se desconoció el principio de reserva de ley en la materia. [...] Ahora bien, respecto de los párrafos del artículo 6 del Decreto 1352 de 2013 es preciso señalar lo siguiente: El párrafo primero, estableció una disposición transitoria hasta que se realice el próximo concurso, por lo que no hay lugar a declarar su nulidad. Sin embargo, los párrafos 2 y 3 del artículo 6, contienen determinaciones sobre la conformación de las salas, nombramientos provisionales, selección directa, modificación de integrantes de las juntas que claramente hacen parte de la estructura orgánica de la entidad, por lo que se trata de aspectos sometidos a reserva de ley, y por lo tanto se declarará su

nulidad. A partir de lo anterior, esta Sala considera que mientras que el artículo 6 del Decreto 1352 de 2013 (incluido el párrafo 1) se ajusta al ordenamiento jurídico colombiano, hay lugar a declarar la nulidad de sus párrafos 2 y 3, por lo que así se establecerá en la parte resolutive de la presente providencia. Continuando con el estudio de la violación del principio de reserva de ley, es preciso analizar el texto del artículo 8 [...] En el caso del artículo 8 del Decreto 1352 de 2013, nuevamente se advierte que se trata de elementos que integran la estructura orgánica de la entidad, concretamente en lo referente al elemento humano. Es decir, en la norma acusada se estableció una clasificación, en la que se divide la composición de las juntas de calificación en integrantes, trabajadores y miembros. [...] es evidente que se trata del aspecto orgánico de las juntas de calificación, que se refiere al elemento humano en los términos de la sentencia C – 306 de 2004, por lo que este es un asunto reservado al legislador, que no podía fijar el presidente de la República a través del reglamento. Por último, el texto del artículo 9 [...] se advierte nuevamente que se trata de cómo están conformadas las juntas de calificación, esto es, los empleados y funcionarios que se ponen al servicio del organismo del Sistema de la Seguridad Social. Es decir, se trata de aspectos que tienen que ver con la conformación del elemento humano de las juntas de calificación de invalidez, en este caso, lo que se considera es el personal administrativo, lo que constituye un aspecto puramente orgánico que debe ser determinado por el legislador y no por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria [...].”

Problema jurídico 2: ¿El párrafo tercero del artículo 5 del Decreto 1352 resulta contrario al derecho fundamental a la igualdad, pues en este se restringió la posibilidad de los actuales miembros de las juntas de calificación de invalidez de permanecer más de dos periodos continuos?

Tesis 2: “[...] En relación con el derecho a la igualdad, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que se trata de un concepto relacional, por lo que, para juzgar la constitucionalidad de la igualdad de trato, se requiere de la posibilidad de hacer una comparación entre personas o grupos de personas [...] En el caso concreto, no se evidencia la existencia de un grupo de personas que estén teniendo un trato discriminatorio en la norma, pues todo aquel que sea nombrado como miembro de la junta de calificación sabe de antemano que solo puede ocupar ese cargo máximo por dos períodos consecutivos. [...] en el presente asunto no se desconoció el artículo 13 de la Constitución Política, puesto que, si bien es cierto que la norma impuso un límite a los períodos de los integrantes de las juntas de calificación, todos aquellos que hagan parte de estas están sometidos a la misma regla, la cual no discrimina en razón a la de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Así mismo, es pertinente señalar que no existió un exceso en la potestad reglamentaria, puesto que la limitación a dos períodos fue fijada por la ley, y el ejecutivo simplemente reiteró esta restricción [...]”.

Problema jurídico 3: ¿El parágrafo tercero del artículo 5 del Decreto 1352 resulta contrario al derecho fundamental a la igualdad, pues en este se restringió la posibilidad de los actuales miembros de las juntas de calificación de invalidez de permanecer más de dos periodos continuos?

Tesis 3: “[...] esta Sala advierte que la limitación que se encuentra en dichos apartes no se dirige a establecer los requisitos o las condiciones para ejercer una profesión u obtener un título profesional. En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional indicó que si bien el legislador reguló el acceso al ejercicio de una función de carácter público al establecer una inhabilidad para quienes cumplen dos períodos, ello no implica que les impida escoger una profesión o un oficio,

ni que defina los requisitos para su ejercicio, o para la obtención de un título. [...] no se advierte vulneración alguna al derecho fundamental de escoger profesión u oficio, ya que no se está limitando la posibilidad de las personas de integrar las juntas de calificación, sino que simplemente se restringe la cantidad de períodos por los que pueden ocupar estas posiciones [...]”.

Problema jurídico 4: ¿El inciso segundo del artículo 46 del Decreto 1352 de 2013 debe ser declarado nulo por desconocer el principio de non bis in idem y al derecho al debido proceso, al permitir una doble sanción de los miembros de las juntas de calificación de invalidez?

Tesis 4: “En el asunto bajo análisis es preciso poner de presente que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de analizar la demanda de inexecutable del artículo 20 de la Ley 1562 de 2012, en el cual se fundamentó la disposición acusada, por el mismo cargo que se elevó en el caso bajo revisión, es decir, por la vulneración del principio de non bis in idem. [...] Por ello, la Corte Constitucional decidió que en la aplicación del artículo 20 de la Ley 1562 de 2012, el Ministerio del Trabajo podrá adelantar las investigaciones correspondientes, siempre y cuando estas no hayan sido asumidas previamente por la Procuraduría, o sean requeridas por el órgano de control, en ejercicio del poder disciplinario preferente, que le confiere la Constitución Política. [...] esta sala considera que los parámetros señalados por la Corte Constitucional llevan a que en el presente, se declare la legalidad condicionada del inciso segundo del artículo 46 del Decreto 1352 de 2013, con la precisión establecida por el Alto Tribunal Constitucional, esto es, que esta potestad solo puede ejercerse si (i) la Procuraduría no ha iniciado una investigación previamente por los mismos hechos, o (ii) la Procuraduría General de la Nación no reclama su poder preferente para llevarla a término, a pesar de haber sido iniciada por el Ministerio del Trabajo [...]”.

Problema jurídico 5: ¿El artículo 49 del Decreto 1352 de 2013 resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, puesto que contiene una inhabilidad para prestar servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones del cargo por el término de los dos años posteriores al retiro como integrante de la junta, y estas solo pueden ser establecidas por el legislador?

Tesis 5: “[...] la inhabilidad implica restricciones al ejercicio o desempeño de un empleo, e imposibilita el desarrollo de las funciones del cargo y tienen como propósito lograr la moralización, la idoneidad y probidad de quienes van a ocupar determinadas posiciones. En ese orden de ideas, es preciso indicar que las inhabilidades en algunos casos constituyen prohibiciones, y en otras suponen una sanción por parte del ordenamiento jurídico. [...] le está vedado al ejecutivo establecer inhabilidades, bien sea que tengan la naturaleza de prohibiciones o sanciones, motivo por el cual no se puede abrogar esa competencia, puesto que ello es facultad exclusiva del constituyente y del legislador. [...] Esta Sala advierte que el Gobierno Nacional, a través de la disposición contenida en el parágrafo tercero del artículo 49 del Decreto 1352 de 2013, consagró una inhabilidad, esto es, una restricción al ejercicio o desempeño de un empleo, puesto que determinó que los integrantes principales de las Juntas de Calificación de Invalidez no pueden prestar a título personal o por interpuesta persona servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con sus funciones, en ninguna entidad durante y hasta por el término de dos (2) años después de su retiro como integrante principal de la Junta de Calificación de Invalidez, para lo cual no tenía competencia, puesto que, tal como se señaló previamente estas prohibiciones solo pueden ser establecidas en la Constitución Política o en la ley. Así las cosas, esta Sala señalará que se excedió la potestad reglamentaria ya que el ejecutivo estableció una inhabilidad, para

lo cual carecía de competencia motivo por el cual se declarará la nulidad del parágrafo tercero del artículo 49 del Decreto 1352 de 2013 [...]”.

Problema jurídico 6: ¿El parágrafo del artículo 9 del Decreto 1352 de 2013 debe ser declarado nulo, por ser contrario a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012, ya que le traslada la responsabilidad sobre salarios, prestaciones sociales y demás derechos consagrados en normas laborales a los miembros de las juntas de calificación individualmente considerados, cuando esta debe recaer en la persona jurídica?

Tesis 6: “[...] En el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012 se estableció que será conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo la integración, administración operativa y financiera de las Juntas de Calificación de Invalidez y que estas tienen personería jurídica, sin embargo, tal como se señaló en el acápite preliminar, la expresión (i) “serán designados de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo”, contenida en el parágrafo primero del artículo 16 de la Ley 1562 de 2012, fue declarada inexecutable, por lo que la integración de las juntas de calificación se rige por lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, en los que se dispuso que estos particulares son nombrados directamente por el ministerio. Sin embargo, no se hizo referencia al «reconocimiento» de honorarios y salarios del personal administrativo, ya que, como se señaló anteriormente, en la ley no se concibió su existencia. A partir de lo anterior, dado que conforme a la presente sentencia no existe ninguna disposición de orden legal sobre el personal administrativo de las juntas de calificación, no es posible hacer un pronunciamiento relativo a la forma en que se reconoce y paga lo que estos devengan bien sea a título de salarios y prestaciones sociales, como a título de honorarios. Luego, se entiende que este parágrafo se debe declarar nulo por sustracción de materia [...]”.

Se niega el incidente de impacto fiscal, por no acreditar que la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia emitida el 24 de octubre de 2019, genera una grave afectación a la sostenibilidad fiscal de la Nación.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00992-00 (4473-2016)

FECHA: 03/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: David Enrique Rondón Palmera

DEMANDADO: Unidad Administradora Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Con ocasión de la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, se afectó de manera grave la sostenibilidad fiscal de la Nación, de forma tal que amerite modular, modificar o diferir en el tiempo sus efectos?

Tesis: “[...] El Ministerio de Educación Nacional, al proponer el incidente de impacto fiscal que nos ocupa, consideró que la Sentencia emitida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, por medio de la cual se declaró la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en relación con la posibilidad que tienen los docentes afiliados para solicitar el anticipo de sus cesantías, disponía que “no podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años

contados a partir de la fecha de pago de la anterior”; genera un grave impacto fiscal “en las finanzas del Estado” y que por tanto, se hace imperioso diferir sus efectos en el tiempo, para lo cual propuso un plan de cumplimiento de 5 años. (...) La Sala no desconoce la gravedad de las situaciones que se exponen [deuda en pensiones y servicio médico, pasivo por concepto de cesantías y sanción por mora en su pago, no contar con los recursos del Sistema General de Participaciones y, por último, los efectos de la pandemia del covid 19] y su menoscabo al patrimonio del FOMAG; pero si echa de menos la explicación de la manera cómo los efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, podrían haber contribuido e incidido en la generación de tales afectaciones financieras, que en la mayoría de los casos, subyacen con antelación a la emisión de dicha providencia. En ese sentido, la deuda que el FOMAG acumula y que se esgrime como argumento de afectación grave de la sostenibilidad financiera, como bien lo afirmó el agente del Ministerio Público, nada tiene que ver con el costo de las cesantías parciales, ni mu-

cho menos con el déficit que supuestamente se generaría por la anulación de la regla de periodicidad para su pago; por lo que claramente no se constituye en un elemento que de sustento a la afectación financiera que se arguye. Similar consideración merece el argumento tendiente a demostrar el déficit del Fondo con corte al 31 de diciembre de 2019, puesto que no se entiende cómo la Sentencia del 24 de octubre de 2019, que fue notificada a las partes el 26 de noviembre de 2019, en tan solo un mes y cuatro días de haber entrado en vigor, hubiere afectado las finanzas de la entidad para esa vigencia fiscal y las anteriores, de forma retroactiva. Razón por la cual, este argumento tampoco resulta ser explicativo de los efectos negativos que en la sostenibilidad fiscal pudiera producir la providencia acusada. (...) Es previsible que, a partir de la declaratoria de nulidad de la regla de periodicidad ya explicada, se aumente el número de solicitudes de retiros parciales de cesantías; es evidente que la entidad incidentante no demostró la manera como infiere que el aumento será del 50% o más de las solicitudes presentadas para el año 2020, toda vez que no soportó su dicho; pues no presentó las reglas matemáticas, ni los cálculos actuariales, ni los algoritmos empleados para efectuar las proyecciones. Tampoco probó, de manera siquiera sumaria, el número de solicitudes presentadas frente a los pagos efectivamente realizados en la vigencia del año 2020; ni adjuntó sus balances financieros, ni los soportes contables del Fondo. Adicionalmente, los escenarios planteados pasan por alto que no todas las solicitudes se deben resolver al mismo tiempo, sino que estas obedecen a un orden, sobre la base de un turno de radicación; de forma tal que el FOMAG, bien puede mejorar sus sistemas de gestión para efectos de poder atender y solventar, a tiempo, las peticiones que se le presenten. Asimismo, como ya se dijo, existen otros instrumentos y herramientas en el sistema presupuestario nacional de las que puede disponer el Gobierno para suplir el dinero faltante

que se requiera producto del aumento real de las solicitudes. En efecto, las hipótesis presentadas por el Ministerio, no pasan de ser precisamente eso, meras conjeturas; por lo que es indudable que el juez del incidente de impacto fiscal no puede tomar una decisión tan importante y trascendental, como lo es la de diferir los efectos de una sentencia que versa sobre la efectividad de los derechos fundamentales, solamente basado en afirmaciones y cálculos especulativos. (...) En ese orden de ideas, la Sala, arriba a la conclusión de acuerdo con la cual el Ministerio de Educación Nacional no demostró que con la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se afectare de manera grave la sostenibilidad financiera de esa cartera ministerial, ni mucho menos la del Estado en su conjunto. Por tanto, la respuesta al Problema jurídico planteado es negativa, no siendo necesario entrar a estudiar la viabilidad del plan de cumplimiento propuesto por la entidad incidentante [...].”

Salvamento de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez

Problema jurídico: ¿Procedía modular parcialmente los efectos de la sentencia que declaró nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, en atención al manejo presupuestal, la naturaleza y financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, para posibilitar legalmente la consignación anualmente a los docentes afiliados a dicho Fondo las cesantías parciales?

Tesis: “[...] En materia de cesantías, en el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989,²⁶ como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado». En segundo orden, en cuanto al origen de los recursos del FOMAG que se destinan a pagar las cesantías de los docentes oficiales, estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio²⁷ y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos. La Ley 715 de 2001, artículo 18, parágrafo 1º, señala al respecto lo siguiente: «Parágrafo 1º del artículo 18. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales». En tercer lugar, acerca de la liquidación de las cesantías, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998²⁹ expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o

del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional, en los primeros 20 días del mes de enero de cada año. Ahora bien, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el Sistema General de Participaciones, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, verbi gratia, en tratándose de las cesantías, y luego, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. En cuarto lugar, frente a los intereses a las cesantías, debido a que los afiliados al FOMAG, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989,³⁰ reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período». En consecuencia, el docente afiliado al fondo recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de di-

ciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que percibe, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de Ley No 159 de 1989,³¹ que dio lugar a la Ley 91 de 1989.³² En ese sentido es que manifiesto mi desacuerdo frente al auto proferido el 3 de febrero de 2021 por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, en tanto no analizó los anteriores aspectos relacionados con la naturaleza, el régimen legal, la administración y el origen de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, que se destinan a atender las cesantías

de los maestros del sector oficial, más aún porque uno de los argumentos del Ministerio de Educación Nacional gira en torno a ello. De allí que en mi criterio, el auto debió conceder, pero parcialmente, la solicitud realizada por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al proponer el trámite del incidente de impacto fiscal, porque a mi juicio, el aspecto de orden presupuestal anteriormente descrito de manera somera, así como la naturaleza y financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, genera una imposibilidad legal para consignar anualmente a los docentes afiliados a dicho Fondo, las cesantías en cuentas individuales, como se hace con los demás trabajadores cobijados por el régimen general o común de cesantías, circunstancia que a mi modo de ver, fue la que en su momento justificó la regla de periodicidad contenida en el inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo Nro. 34 de 1998, que anuló la sentencia proferida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, cuyo cumplimiento, evidentemente requiere ajustes legales adicionales a nivel presupuestal, dada la estructura temporal anual que rige la materia [...]"

Acuerdo 189 de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil – Artículos 20, 21, 22 y 25 (no anulados).

Regulación sobre la metodología de evaluación y publicación de las pruebas en los concursos de la carrera docente. Modelo de Rasch.

RADICADO: 11001-03-24-000-2014-00004-00[5276-2019]

FECHA: 03/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Marino Rafael Mosquera Girón

DEMANDADO: Comisión Nacional del Servicio Civil [CNSC] e Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación [ICFES]

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los artículos 20, 21, 22 y 25 del Acuerdo 189 de 2012 proferido por la CNSC, así como la interpretación oficial que de ellos han realizado las entidades demandadas, se encuentran viciados por la violación de los artículos 8.º y 9.º (literales e. y f.) del Decreto Ley 1278 de 2002 y de los artículos 2.º, 3.º (literal d.), 10, 13 y 14 del Decreto 3982 de 2006, al permitir la publicación conjunta de los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y la psicotécnica, en la Convocatoria n.º 145 de 2012 para docentes y directivos docentes del Distrito Capital de Bogotá?

Tesis: “[...] La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos

eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no de su interpretación errónea, debido a que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido. Por su parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Este error puede originarse por dos circunstancias: (i) En los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la Tesis del caso concreto. Finalmente, se incurre en este vicio de manera directa al dársele una interpretación errónea a los preceptos aplicados. Esto sucede cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica. Es decir, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. [...] Según el artículo 130 de la Constitución de 1991, en

Colombia existe, por un lado, el sistema general de carrera administrativa, que se aplica a las entidades que pertenecen a la Rama Ejecutiva en los niveles nacional y territorial, central y descentralizado. Por el otro, se encuentran los sistemas especiales de origen constitucional, que de acuerdo con la Carta Política corresponden a los de las universidades estatales, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Procuraduría General de la Nación. [...] existe una tercera, conformada por los sistemas especiales o específicos de carrera creados por el legislador, los cuales tienen su base en la potestad del Congreso para expedir las leyes que regulen el ejercicio de las funciones públicas y responden a la singularidad y especialidad de las tareas encomendadas a las entidades en las cuales se aplican. Entre estos últimos sistemas se encuentra la carrera docente, que es administrada y vigilada por la CNSC y que, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto Ley 1278 de 2002, «ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal. Se basa en el carácter profesional de los educadores; depende de la idoneidad en el desempeño de su gestión y de las competencias demostradas; garantiza la igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para el efecto; y considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el Escalafón». Así pues, a través de este sistema de carrera, se busca garantizar «que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente», con lo que además se persigue «una educación

con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes». Los profesionales que se acaban de mencionar son quienes ejercen la función docente, que es aquella que «implica la realización directa de los procesos sistemáticos de enseñanza-aprendizaje, lo cual incluye el diagnóstico, la planificación, la ejecución y la evaluación de los mismos procesos y sus resultados, y de otras actividades educativas dentro del marco del proyecto educativo institucional de los establecimientos educativos [...]». Estos, a su vez, se clasifican en dos categorías: los docentes y los directivos docentes. Los primeros, según el artículo 5.º *ibidem*, son quienes desarrollan labores académicas directa y personalmente con los alumnos de los establecimientos educativos en su proceso de enseñanza-aprendizaje, e igualmente llevan a cabo actividades curriculares no lectivas, complementarias del trabajo en el aula de clase. Por su parte, los segundos, de acuerdo con el artículo 6.º *eiusdem*, desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación de las instituciones educativas y son responsables del funcionamiento de la organización escolar, pudiendo ser, según corresponda, directores rurales de preescolar y básica primaria; rectores de instituciones educativas en educación preescolar y básica completa o educación media; y coordinadores. Así pues, por tratarse de un sistema basado primordialmente en el mérito, el ingreso a este se realiza mediante concurso, y la permanencia de los educadores en la carrera especial está ligada a su evaluación constante, para verificar que, en el desempeño de sus funciones, los servidores docentes y directivos docentes mantienen niveles de idoneidad, calidad y eficiencia que justifican la continuidad en el cargo, los ascensos en el escalafón y las reubicaciones en los niveles salariales dentro del mismo grado. [...] De acuerdo con el artículo 8.º del Decreto Ley 1278 de 2002, con el concurso

para el ingreso a la carrera docente se evalúan «las aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal». Este certamen, según lo previsto en el artículo 9.º *ibidem*, se compone de (...) etapas [...] según el artículo 13 del Decreto 3982 de 2006, la valoración de los resultados de cada una de estas pruebas se debe expresar en una calificación numérica en escala de cero a cien puntos, incluyendo una parte entera y dos decimales, y la calificación mínima para que un aspirante pueda superar las pruebas de aptitudes y competencias básicas y psicotécnicas, y así ser admitido a la valoración de antecedentes y entrevista, es de 60.00 puntos para cargos docentes y 70.00 puntos para cargos directivos docentes. Además, el precepto en estudio prevé que el resultado final del concurso obtenido se expresará en escala de cero a cien puntos, con una parte entera y dos decimales. Por último, el artículo 14 del Decreto 3982 de 2006 consagra, respecto de la publicación de los resultados de las pruebas, que la convocatoria señalará los medios y términos para tales efectos, así como las vías y tiempos de presentación de reclamaciones. [...] Para efectos de este juicio de legalidad, la Sala de Subsección considera pertinente, inicialmente, transcribir los textos de los artículos 20, 21, 22 y 25 del Acuerdo 189 de 2012 de la CNSC, acusados en este medio de control. [...] Respecto de estas disposiciones, la parte demandante sostiene, de manera general para todas, que violan las normas superiores porque la prueba de aptitudes y competencias básicas no se debía publicar como una sola, sino por pruebas individuales de, por un lado,

aptitudes, y por el otro, de competencias básicas. Acerca de lo anterior, la Sala estima que no le asiste razón a quien demanda, en la medida en que, como se vio, las normas de rango legal que regulan particularmente esta cuestión, que están contenidas en los literales d. y e. del artículo 9.º del Decreto Ley 1278 de 2002, consagran que, en el concurso de méritos de la carrera docente, después de la etapa de verificación de requisitos mínimos y publicación de los admitidos a las pruebas, lo que sigue es la selección mediante «prueba de aptitudes y competencias básicas» y después la «publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas»⁶⁸. En esa ilación, es posible observar que el legislador extraordinario se refirió de manera singular a esta clase de prueba y no la dividió, como lo afirma la parte demandante, en dos distintas categorías. [...] la definición de los detalles de la metodología de evaluación en estos exámenes le corresponde al ICFES y, en ese sentido, dicha entidad precisó, en la Guía de Orientación de las pruebas, que la de aptitudes y competencias básicas se integra de los componentes relativos a las aptitudes verbal, numérica, pedagógica y el dominio sobre los conocimientos disciplinares básicos para cada cargo docente al que se aspire, lo cual coincide plenamente con la discriminación de los resultados de las pruebas que expuso el demandante en el acápite de los hechos del libelo. Por otro lado, la Subsección resalta que lo relativo a la aplicación del modelo de análisis Rasch, se constituye como un desarrollo de las facultades otorgadas al ICFES para diseñar las pruebas y su metodología de evaluación, y en nada interfiere en lo que prevén las normas invocadas como violadas por el demandante que, se reitera, desvirtúan su Tesis de que la prueba de aptitudes y competencias básicas debía dividirse en dos tipos de pruebas. Así pues, se tiene que el artículo 20 del Acuerdo 189 de 2012, relativo al carácter y ponderación de estas prue-

bas no contraviene las normas invocadas como violadas en la demanda y, por el contrario, las observa plenamente, toda vez que esta disposición mantiene su naturaleza clasificatoria y eliminatória, expresa los resultados de la prueba en una escala de cero a cien y respeta la calificación aprobatoria tanto para docentes como para directivos docentes (D. 3982/2006, art. 13). Igualmente, el artículo 21 guarda plena coherencia con lo señalado en el artículo 10 del Decreto 3982 de 2006 que, como se vio, reglamenta lo relacionado con el objeto de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y psicotécnica, y preceptúa que los aspirantes deberán presentar ambas pruebas en una misma oportunidad. Por su parte, el artículo 22 tampoco transgrede las normas superiores, porque responde a lo que consagra el artículo 14 del Decreto 3982 de 2006 en el sentido de que la convocatoria es la que debe señalar los medios y términos para la publicación de los resultados de las pruebas, y también observa lo

que prevé el artículo 13 *ibidem*, frente a la expresión en una sola calificación numérica en escala de cero a cien puntos de cada una de las pruebas. Y, finalmente, el artículo 25 del acuerdo acusado no viola el ordenamiento superior y respeta plenamente las normas que la parte demandante alegó como violadas, toda vez que a la CNSC le corresponde administrar y vigilar la carrera especial docente y, en ese sentido, resulta ajustado a derecho que el ICFES le entregue oficialmente los resultados de las pruebas de aptitudes y competencias básicas y psicotécnicas a esa entidad, después de que se resuelvan todas las reclamaciones. Por lo demás, la expresión de la calificación de estos exámenes acata plenamente lo que establece el artículo 13 del Decreto 3982 de 2006. De esta manera, la Sala considera que en el presente asunto no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de las disposiciones del Acuerdo 189 de 2012 que fueron acusadas y, por lo tanto, denegará las pretensiones de la demanda [...].”

Suspensión provisional de los efectos del inciso 2.º del literal c) del artículo 1.6.5 de la Circular 01 de 2012, proferida por Colpensiones, por reproducir un acto administrativo declarado nulo.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00485-00 [1265-2015]

FECHA: 03/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Cipriano León Castañeda

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones [Colpensiones]

MEDIO DE CONTROL: Solicitud de nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Procede decretar la medida cautelar de suspensión provisional del inciso 2.º del literal c) del artículo 1.6.5 de la Circular 01 de 2012, que regula los requisitos para el pago del retroactivo pensional, por estimarse que dicha decisión reprodujo ilegalmente el inciso 2.º, numeral 4.º de las circulares 521 de 2002 y 2643 de 2006, actos administrativos anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

Tesis: [...] [L]a reproducción de acto suspendido o declarado nulo ocurre cuando el texto del nuevo acto es idéntico al anterior o, cuando no siendo así, las disposiciones contenidas en él reproducen sus efectos jurídicos a pesar de haber sido proscritos del ordenamiento jurídico mediante sentencia o auto ejecutivo (...). Las disposiciones normativas (...) establecen un procedimiento expedito para resolver la solicitud de suspensión y nulidad por reproducción, con el fin de que el acto que fue suspendido o declarado nulo no siga produciendo efectos jurídicos. (...) [E]l juez debe limitarse a constatar si el acto administrativo cuya suspensión es solicitada reprodujo en su esencia un acto previamente suspendido o de-

clarado nulo. Tal verificación no se restringe a que el enunciado normativo haya sido reproducido textualmente, sino que debe estudiarse si el contenido normativo de ambos actos les haría producir los mismos efectos jurídicos. En el evento en que el juez constate que el acto administrativo acusado no reproduce al suspendido o anulado, negará la solicitud. Sin embargo, en caso de considerar que hay una reproducción deberá continuar con el análisis de los fundamentos legales actuales. (...) [D] el análisis integral de la presente solicitud, se observa que el Instituto de Seguros Sociales mediante Circular 2643 de 2006 dejó sin efectos el inciso segundo del numeral 4 de la Circular 521 de 2002. Sobre ello, se precisa que la Sección Segunda (...) mediante sentencia de 1 agosto de 2013 proferida dentro del radicado 11001-03-25-000-2009-00090-00 (1211-09) declaró la nulidad de los referidos actos administrativos, razón por la que el análisis versará sobre tal punto de derecho. (...) [E]l Despacho advierte que de la confrontación entre el acto administrativo acusado y los reproducidos ilegalmente, se infiere que, a prima facie, existe una probable reproducción ilegal del acto administrativo anulado, toda vez que, el inciso 2º

del artículo 4 de la Circular 01 de 2012, al igual que lo establecía la Circular 2643 de 2006, dispone que para el pago del retroactivo pensional será exigible solamente el retiro del sistema con relación al último empleador, pero estableció una excepción, esto es, que se debe probar el retiro laboral con todos los empleadores cuando la vinculación con éstos sucedió en los cuatro años anteriores a la fecha del “reporte de la novedad de retiro del último empleador”. Dicha excepción supone, tal y como lo establece la sentencia de 1º de agosto de 2013, que aunque el último empleador sí haya reportado la novedad de retiro, se exige que se prueben

los retiros laborales no reportados dentro de los cuatro años anteriores, para que el pago de la mesada no se genere a corte de nómina, lo cual configura un exceso porque los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, solamente exigen la desafiliación del sistema o retiro para que se pueda disfrutar de la pensión. Así las cosas, la Sala decretará la suspensión provisional inmediata de los efectos jurídicos del inciso 2º del artículo 4 de la Circular 01 de 2012 y, en consecuencia, se ordenará correr traslado por el término de diez (5) días a la Administradora Colombiana de Pensiones, para que se pronuncie al respecto [...]”.

Artículo 2.º del Decreto Reglamentario 723 de 2013 (no anulado).

Reglamentación de la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales. Contrato de prestación de servicios por término de un mes. Trabajadores independientes en actividades de alto riesgo. Derecho de la seguridad social. Derecho de igualdad.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00464-00 [2135-2017]

FECHA: 31/03/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Angélica Tatiana Rojas Burgos y Lina María Rincón González

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Ministerio de Salud y Protección Social - Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El Decreto reglamentario 723 de 2013, al regular la afiliación obligatoria al Sistema General de Riesgos Laborales de Seguridad Social de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, con una duración superior a un mes, así como los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo, excedió la facultad reglamentaria y vulneró el derecho de la seguridad social y el derecho de igualdad de quienes se vinculen por un término menor y de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo?

Tesis: [...] Le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio del Trabajo y, a la Procuraduría General de la Nación, cuando afirman que el artículo 2º del Decreto Reglamentario 723 de 2013,

aquí demandado, no excede o contraviene la norma legal reglamentada, que es la Ley 1562 de 2012,⁵⁷ sino que, por el contrario, la reproduce casi que de manera exacta, pues, esta última señala en su artículo 2º -que modifica el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994⁵⁸ -, que son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales, en forma obligatoria, las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, con una duración superior a un mes, así como los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo.[...] La Sala recuerda, que para las demandantes, la expresión «con una duración superior a un mes» contenida en el artículo 2º del Decreto Reglamentario 723 de 2013, vulnera los derechos a la seguridad social y a la igualdad de los trabajadores que tengan contratos formales de prestación de servicios con una duración

inferior a un mes, así como de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo; porque les impide afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales, y por ende, no recibirían la atención integral en salud o que les sean pagadas las prestaciones económicas derivadas de un accidente o enfermedad laboral. [...] Pues bien, visto de manera aislada, solitaria o descontextualizada, es evidente que el segmento normativo acusado podría dar a entender que las reglas sobre afiliación, cobertura y aportes al Sistema General de Riesgos Laborales, contenidas en el Decreto Reglamentario 723 de 2013, benefician o aplican únicamente a las personas vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios -con entidades o instituciones públicas o privadas- con una duración superior a un mes y, a los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo; dejando de lado es decir, discriminando- a los trabajadores que tengan contratos formales de prestación de servicios con una duración inferior a un mes, así como de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo. [...] Sobre el particular, la Sala recapitula lo expuesto en los párrafos 44 a 63 de esta providencia, en los que se precisó que el Piso de Protección Social, creado en el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, permite

a “las personas que tengan relación contractual laboral o por prestación de servicios, por tiempo parcial y que en virtud de ello perciban un ingreso mensual inferior a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMLMV)” y a “las personas que no tengan una vinculación laboral o no hayan suscrito un contrato de prestación de servicios y no tengan capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización al Sistema Integral de Seguridad Social” afiliarse y/o vincularse a este -bajo la modalidad del piso de protección social-, para recibir, los siguientes beneficios: (i) el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad en Salud, (ii) el Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPs) como mecanismo de protección en la vejez y (iii) el Seguro Inclusivo que amparará al trabajador de los riesgos derivados de la actividad laboral y de las enfermedades cubiertas por BEPs. [...] Así las cosas, teniendo en cuenta el carácter obligatorio y vinculante de las sentencias de constitucionalidad, para esta Sala -acogiendo el criterio jurisprudencial expuesto- el déficit de protección en seguridad social e igualdad, advertido por las aquí accionantes, en estos momentos se encuentra superado o saldado por el Piso de Protección Social, creado en el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda [...]”.

Nulidad de la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 de la Agencia Nacional de Minería.

**Alcance de la potestad reglamentaria en materia de viáticos.
Reserva reglamentaria como criterio de validez normativa.
Publicidad de proyectos específicos de regulación.**

RADICADO: 11001-03-25-000-2020-00027-00(0028-2020)

FECHA: 07/04/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Carlos Ernesto Castañeda Ravelo y otros

DEMANDADO: Agencia Nacional de Minería

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de falta de competencia por ser la escala de viáticos y gastos de desplazamiento un asunto que pertenece al régimen salarial y, por ende, corresponde definir al Gobierno Nacional, sin que su determinación pudiera delegarse a los diferentes organismos y entidades públicas por disposición del Decreto Nacional 1013 de 2019, artículo 2?

Tesis 1: “[...] en los casos en que el ordenamiento superior ha contemplado que opere una reserva normativa, el organismo competente tiene el deber de desarrollar un contenido mínimo regulatorio frente al asunto que le ha sido confiado [...] Así pues, tratándose del contenido sustancial del tema reservado, no puede haber un desconocimiento de esa competencia exclusiva. Esto supone que a la autoridad competente le esté vedado delegar o desprenderse de esa función para que sea ejercida por una diferente, salvo que se trate de aspectos que, estando relacionados con el asunto sujeto a reserva, no sean esenciales a este [...] dentro de la facultad reglamentaria que le co-

rresponde ejercer exclusiva y excluyentemente al Gobierno Nacional en materia de régimen salarial, se encuentra también la de definir el régimen de gastos de desplazamiento (viáticos, gastos de representación y de transporte) de los empleados públicos. En desarrollo de dicha atribución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1013 de 2019 [...] Como la regulación del régimen de viáticos es un asunto sometido a reserva reglamentaria, bajo la lógica que se expuso, es preciso adentrarse en el contenido del acto enjuiciado para definir si, en él, la Agencia Nacional de Minería respetó el monopolio normativo existente en cabeza del Gobierno Nacional o si, por el contrario, lo transgredió [...] De un lado, se observa que el grueso de los artículos que integran la resolución consagran reglas que, sin desconocer su importancia, no podrían catalogarse como fundamentales en términos de la reserva de reglamento que existe frente a los gastos de desplazamiento. Por lo tanto, aquellas podían emanar de la entidad demandada dentro de la órbita de sus competencias para el logro de la adecuada prestación de los servicios a su cargo [...] No sucede lo propio con el artículo 4 ejusdem pues, parte de su contenido,

supone una invasión de la atribución del Gobierno Nacional para definir la escala de viáticos y los criterios aplicables a efectos de reconocer y pagar los gastos de desplazamiento respectivos [...] la demandada reguló asuntos esenciales al régimen de viáticos en los que invadió la competencia exclusiva del Gobierno Nacional, última que, en efecto, para el año 2019, había sido ejercida por aquel mediante la expedición del Decreto 1013 de 2019. En este punto, resulta de gran trascendencia ahondar en la correcta hermenéutica del artículo 2 del mencionado decreto pues se advierte que ambas partes tienen un entendimiento errado de la norma, según el cual aquella prevé una atribución en cabeza de las entidades y organismos del Estado para que establezcan de forma general e indeterminada un monto fijo y diario a reconocer por concepto de viáticos, según la remuneración del cargo, siempre que se respeten los topes definidos por el Gobierno Nacional en el artículo 1 de la misma norma reglamentaria. Esto no es lo que señala el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019. Cuando este precepto indica que «Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos», se refiere al acto de contenido particular y concreto en el que, atendiendo a las circunstancias específicas de la comisión, la entidad u organismo determina el monto a reconocerle al funcionario que se encuentra en dicha situación administrativa [...] En conclusión, el inciso 1 y los cuadros contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la Resolución 491 de 2019 fueron expedidos sin que la Agencia Nacional de Minería tuviera competencia alguna para ejercer una potestad de creación normativa en la materia [...]».

Problema jurídico 2: ¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de

audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella, en los términos de los artículos 3, numeral 6, y 8, numeral 8, del CPACA?

Tesis 2: “[...] El acto administrativo enjuiciado fue expedido en forma irregular por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que se debió sujetar y por la trascendencia que tuvo el incumplimiento de este requisito formal de procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017 [...] la sola constatación del incumplimiento de este deber de publicación de los proyectos específicos de regulación, al tratarse de un aspecto formal de procedimiento, no genera automáticamente la nulidad del acto administrativo, pues es necesario verificar que dicha situación tuvo trascendencia en la afectación de principios o derechos, para lo cual debe realizarse un ejercicio de ponderación [...] en el caso concreto la Sala le otorga mayor importancia a la satisfacción del principio de participación ciudadana pues, con la eventual intervención de los interesados en el asunto, la Agencia Nacional de Minería hubiera tenido la oportunidad de advertir que la escala de viáticos que fijó en el artículo 4 de la resolución acusada desconoció la reserva reglamentaria a cargo del Gobierno Nacional en materia de viáticos. De esta forma, al menos emergía la posibilidad de que el precepto anunciado no se hubiera incluido en el acto objeto de estudio [...]”.

Se niega la nulidad del artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947, proferida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, por medio de la cual se creó un sobresueldo del 20 % para los servidores a nivel territorial, por contar con competencia constitucional para su expedición. Decaimiento del acto administrativo a partir del Acto Legislativo 01 de 1968.

RADICADO: 25000-23-25-000-2010-00909-02[5194-2019]

FECHA: 05/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

DEMANDANTE: Diana Patricia Rojas Porras y otro

DEMANDADO: Departamento de Cundinamarca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

[ENLACE PARA DESCARGAR](#)



Problema jurídico: ¿Es viable declarar la nulidad del artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 suscrita por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, a través de la cual fue concedió un beneficio a los empleados y obreros consistente en incrementar el monto salarial en un 20% por haber prestado durante 20 años o más sus servicios al departamento, aun cuando, de acuerdo con los recurrentes, la Constitución Política de 1886 le otorgaba la facultad de crear este tipo de emolumentos?

Tesis: “[...] de conformidad con el régimen jurídico previsto en el Acto Legislativo 01 de 1968, en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 4ª de 1992, analizado en el anterior acápite, se logró concluir que existe una competencia compartida con relación a la fijación de la escala salarial de los empleados públicos, pues, mientras que el Congreso de la República establece los principios y parámetros que debe seguir el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial, a éste por su parte le compete establecer los topes máximos salariales de los servidores públicos. También se estableció que

las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales deben implantar la escala de remuneración de los cargos de sus dependencias según la categoría del empleo y, los Gobernadores y Alcaldes, deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias atendiendo las disposiciones que para el efecto profieran las Corporaciones enunciadas, por medio de Ordenanzas y Acuerdos, respectivamente. En tal virtud, resulta evidente que, en principio, el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 se encuentra viciado de nulidad por desconocer las normas del orden constitucional, tal y como lo advirtió e a-quo, como quiera que la Asamblea del Departamento de Cundinamarca no tenía competencia para fijar prestaciones salariales; sin embargo, la Sala, no puede desconocer que para el momento en que fue proferido el citado acto administrativo, aún no había entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 1968, el cual fue el que le entregó la competencia al Congreso de la República para regular las normas laborales para los empleados públicos, pues a las Asambleas Departamentales solo se les dejó la función de regular las escalas de remuneración

correspondientes a las distintas categorías de empleo. En otras palabras, para el año de 1947, época en la que fue suscrito el acto acusado, las Asambleas Departamentales contaban con la facultad de crear normas a fin de regular todos los aspectos salariales de los empleados públicos del sector territorial, ya que dicha competencia nació con la expedición del Acto Legislativo 3 de 1910, la cual fue reiterada con el Acto Legislativo 01 de 1945 y, derogada con posterioridad, por medio del Acto Legislativo 01 de 1968 y la Constitución Política de 1991. Por ende, contrario a lo expuesto por el a-quo, no es cierto que el artículo 5º de la Ordenanza 13 de 1947 se encuentre viciada de nulidad, dado que, como se vio, para el momento en que fue proferida, las Asambleas Departamentales tenían la competencia de proferir este tipo de actos administrativos de índole salarial. (...) Lo anterior no es óbice para que el Departamento de Cundinamarca examine la aplicación de esta normativa, dado que los empleados públicos que hayan in-

gresado a la administración con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968 no tienen derecho a que sea aplicada la Ordenanza 13 de 1947 y, por lo mismo puede, mediante el medio de control de nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho «depende del caso en concreto», solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la anulación de aquellos reconocimientos que se efectuaron con fundamento en este acto administrativo, ya que resulta evidente su derogación tácita por el actualmente competente para fijar el régimen salarial. En efecto, como se puede evidenciar, ha operado el fenómeno del decaimiento respecto de la Ordenanza 13 de 1947, dado que fue tácitamente derogada por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 1968, concretamente, porque desaparecieron las circunstancias fácticas que determinaron la expedición del acto, en este caso, la desaparición del mundo jurídico de las normas constitucionales que sirvieron de sustento para la expedición del acto acusado [...]”.

El artículo 20 del Decreto Reglamentario 4469 de 2006 (no anulado).

No vulneración del derecho a la igualdad al regular el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, dominicales y festivos exclusivamente en relación con los servidores que desempeñan funciones medicolegales forenses en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00482-00 [2215-2016]

FECHA: 12/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jairo Benjamín Villegas Arbeláez

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho - Ministerio del Interior - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) - Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006, al señalar que en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF) el reconocimiento y pago del trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos únicamente procede respecto de los empleados que atiendan urgencias medicolegales y/o forenses, vulneran el derecho a la igualdad a los empleados del Instituto que desempeñan funciones administrativas o de apoyo, que eventualmente desarrollen sus tareas en jornadas adicionales a la jornada ordinaria, así como en dominicales y festivos?

Tesis: “[...] [E]l hecho de que el artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006, por el cual se establece el régimen de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos del INMLCF, condicione de forma específica -o establezca como política general de la entidad- el reconocimiento y pago de horas extras,

dominicales y festivos, a que el empleado pertenezca al Nivel Profesional, Técnico y/o Asistencial y que ejerza funciones médico legales y forenses, no implica que los demás funcionarios de este establecimiento público, como por ejemplo, los que desarrollan tareas administrativas o de apoyo, no tengan derecho al eventual reconocimiento y pago de esos conceptos, cuando a ello hubiere lugar, por las siguientes dos razones que a continuación se explican: En primer lugar, porque - tal como lo adujeron el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el DAFP, el INMLCF y el Ministerio Público -, en los hipotéticos eventos en que ello ocurra, es decir, cuando por estrictas necesidades del servicio, los servidores del INMLCF que desarrollan funciones administrativas o de apoyo, laboren por fuera de la jornada establecida, o durante dominicales y

festivos, siempre que exista expresa autorización del nominador basada en las necesidades del servicio, el pago de dichos emolumentos se realizará conforme a las reglas establecidas en el Decreto Ley 1042 de 1978 y en el Decreto 1083 de 2015, que se aplican para la generalidad de los servidores públicos, incluyendo a los empleados del INMLCF destinados a tareas administrativas o de apoyo. Y en segundo término, porque - como bien lo mencionó el INMLCF - el vacío normativo advertido por el señor demandante en el artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006, fue colma-

do por las Resoluciones 00451 y 488 de 2019, expedidas por el mismo INMLCF para establecer el horario de trabajo en la entidad, en las que se establece, que en aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978 y del Decreto 1083 de 2015, cuando por estrictas necesidades del servicio, quienes desarrollen funciones administrativas laboren por fuera de la jornada establecida, se tomará como tiempo extra y será compensado con tiempo de descanso. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 12 de mayo de 2022 [...]”.

Nulidad de la Instrucción n.º S-2020-/INSGE-ASJUR-38.10 del 25 de mayo de 2020 de la Policía Nacional.

Cosa juzgada. Control inmediato de legalidad y medio de control de nulidad simple. Competencia como criterio de validez normativa. Decreto declarativo del estado de excepción.

RADICADO: 11001-03-25-000-2021-00419-00 (2007-2021)

FECHA: 09/06/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Arnol Yesid Medina Zamudio y otros

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Se configura la causal de nulidad de falta de competencia respecto de la Instrucción No. S-2020-/INSGE-ASJUR-38.10 del 25 de mayo de 2020 toda vez que, para esa fecha, no existía fundamento jurídico que permitiera suspender los términos de las actuaciones administrativas? De ser así, ¿ese vicio afectaría la validez de los demás actos demandados?

Tesis 1: “[...] es cierto, como lo anuncian los demandantes, que el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, que en su artículo 6 consagraba expresamente la facultad de suspensión de términos de las actuaciones administrativas, no pudo servir de fundamento para la competencia que habría ejercido la Policía Nacional a través de la Instrucción transcrita toda vez que se expidió con posterioridad a esta última. En cuanto a la Resolución 08276 del 27 de diciembre de 2016, la Sala advierte que aunque se cita como sustento de la instrucción enjuiciada, su alcance se encuentra orientado a justificar el componente subjetivo de la competencia pues pretende dar cuenta de las razones por las que el acto fue proferido por el Inspector General

de la Policía. Así, mientras que su artículo 2 se refiere a la misión que le ha sido encargada a dicha dependencia, consistente en el control y asesoría al mando institucional en el direccionamiento del comportamiento ético y disciplinario de los servidores que conforman la institución, su artículo 4 se ocupa de detallar las funciones que debe cumplir aquella, sin que en forma expresa o siquiera velada pueda desprenderse la facultad de suspensión de términos en las actuaciones administrativas pues, en criterio de la Sala, este no puede ser el alcance que se le confiera a labores como «[...] Coordinar la ejecución de la Política Institucional en materia de Investigación disciplinaria y ejecución de las sanciones en la Policía Nacional [...]» o «[...] Ejercer las atribuciones disciplinarias en la Institución [...]». De acuerdo con ello, también le asiste razón a los demandantes cuando afirman que la Resolución 08276 del 27 de diciembre de 2016 no consagraba la competencia para que, como lo hizo la Policía Nacional en la instrucción demandada, se suspendieran los términos «[...] en las actuaciones disciplinarias que se surten al interior de la Inspección General,

Inspecciones Delegadas y Oficinas de Control Disciplinario Interno en el país, a partir de las 00:00 horas del 26 de marzo y hasta las 00:00 del 13 de abril de 2020». Ahora, que el Decreto Legislativo 491 de 2020 ni la Resolución 08276 del 27 de diciembre de 2016 sustenten la competencia que habría ejercido la Policía Nacional mediante la Instrucción S-2020-/INSGE-ASJUR-38.10 del 25 de mayo de 2020 no significa que no existiera en el ordenamiento jurídico otra disposición que justificara la suspensión de términos que se ordenó en dicho acto. En efecto, la Sala considera que la medida dispuesta en la instrucción objeto de estudio, desarrolló y tenía sustento en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, sin que fuera estrictamente necesario esperar a que el Gobierno Nacional dictara otra norma para disponer la suspensión de términos en los procesos disciplinarios. Lo anterior bajo el entendido de que la naturaleza del mencionado decreto no solo es la de ser declarativo del estado de excepción, sino que además goza del carácter de un verdadero decreto legislativo en cuanto cumple con la finalidad propia de estos actos, consistente en dar manejo a la situación de crisis y evitar la expansión de sus consecuencias adversas. En tales condiciones es preciso entender que el decreto declarativo del estado de excepción adopta las medidas señaladas en la parte considerativa para conferirles alcance de ley. Tratándose del Decreto Legislativo 417 de 2020, esta característica puede evidenciarse en su artículo 3 en cuanto dispone que el «[...] Gobierno Nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos [...]». En armonía con ello, para lo que es objeto de discusión en el presente proceso interesa destacar que, en la parte considerativa de dicha norma, quedó plasmada la siguiente medida [...] «se hace necesario expedir normas

de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y se permita incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales [...] a juicio de la Sala, el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 era fundamento suficiente, en materia de competencia, para que a través de la instrucción demandada se suspendieran los términos de las actuaciones disciplinarias en los procesos adelantados ante la Inspección General de la Policía Nacional, Inspecciones Delegadas y Oficinas de Control Disciplinario Interno del país. Es importante anotar que para entender que dicho acto administrativo se profirió como desarrollo directo del decreto legislativo de excepción no hacía falta que aquel lo hubiera invocado en forma manifiesta. Ciertamente la referencia expresa que se haga en ese sentido resultará de utilidad para llegar a tal conclusión, pero no es un requisito indispensable pues, apelando a un criterio material, del contenido del acto es factible establecer que se trata de una manifestación directa de lo dispuesto en la norma legal de excepción. De acuerdo con lo expuesto, no se configura la causal de nulidad de falta de competencia respecto de la Instrucción No. S-2020-/INSGE-ASJUR-38.10 del 25 de marzo de 2020 porque para esa fecha la facultad de suspender los términos de las actuaciones administrativas tenía sustento en el Decreto 417 de 17 de marzo del mismo año. Por consiguiente, no hace falta ahondar en el estudio de las alegaciones de la parte demandante que sugieren la nulidad de las resoluciones acusadas por, supuestamente, conformar un único acto con aquella instrucción”.

Problema jurídico 2: ¿Los actos administrativos demandados desconocen los artículos 66 y 67 del CPACA porque, al ser presuntamente de carácter particular y concreto, debieron ordenar la notificación personal de los interesados y prever los recursos que procedían en su contra?

Tesis 2: “[...] La publicidad del acto administrativo a través de su publicación, tratándose de actos de contenido general, y mediante su notificación, en el caso de los de contenido particular, es una actuación posterior a su nacimiento, por lo tanto no es requisito de validez del acto sino de eficacia. En tales condiciones, las supuestas irregularidades que se hubieren presentado respecto de la publicidad de la instrucción y resoluciones demandadas no tendrían el alcance de comprometer su validez. [...] Uno de los atributos de los actos administrativos es la eficacia. En virtud de este, el acto administrativo tiene la aptitud para producir los efectos jurídicos que persigue, como una expresión de la autotutela de la administración. La regla general es que los actos administrativos tengan eficacia inmediata a partir de su firmeza y que ella sea constante en el tiempo, esto es, que la obligación de su cumplimiento se mantenga durante toda la vida del acto. [...] Es importante señalar que el hecho de que el carácter ejecutorio de los actos administrativos opere desde el momento en que estos adquieren firmeza tiene su explicación en la presunción de legalidad que los cobija, en virtud de la cual, a partir de entonces y mientras que no sean declarados nulos judicialmente, debe entenderse que se profririeron de conformidad con el ordenamiento jurídico. Así las cosas, presumir la legalidad de la decisión administrativa permite que esta se haga definitivamente obligatoria tanto para la administración como para los administrados desde que ha quedado ejecutoriada. [...] ningún acto administrativo es obligatorio para sus destinatarios ni para las autoridades mientras no haya sido objeto de

publicidad a través de las formas especialmente dispuestas para tal fin, esto es, notificación para los de contenido particular y publicación, tratándose de aquellos de carácter general. [...] La parte demandante consideró que los actos demandados tienen carácter particular y concreto, motivo por el cual debieron notificarse en los términos de los artículos 66 y 67 del CPACA además de haber indicado los recursos que procedían en contra suya. La Sala se aparta de la posición que defienden los demandantes porque, sin necesidad de ahondar en el carácter general o particular de estos actos, lo cierto es que, como se explicó en precedencia, las irregularidades en su publicidad, independientemente de la forma en que esta deba surtirse, afecta su eficacia mas no su validez. De acuerdo con lo anterior, en el evento en que se hubiese presentado alguna anomalía en la publicidad de la instrucción y resoluciones acusadas, estas se tornarían inoponibles frente a sus destinatarios, pero en ningún momento quedarían viciadas de nulidad por ese hecho. El mismo artículo 67 del CPACA, que los demandantes estiman transgredido, es claro en ese sentido cuando, refiriéndose a los requisitos de la notificación personal señala que «El incumplimiento de cualquiera [...] invalidará la notificación», mas no el acto en sí mismo. En tales condiciones, el cargo que formularon los demandantes al respecto no está llamado a prosperar debido a que se basa en un reproche ajeno a la validez de los actos acusados, cuyo juzgamiento escapa a la competencia que le asiste al juez en este medio de control”.

Se decreta la nulidad del inciso 2 del literal c del numeral 1.6.5 de la Circular 01 del 1 de octubre de 2012, por reproducir actos administrativos declarados nulos. Pensión de jubilación en régimen de prima media.

RADICADO: 11001-03-25-000-2015-00485-00 (1265-2015)

FECHA: 26/09/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Cipriano León Castañeda

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones

MEDIO DE CONTROL: Solicitud de Nulidad

ENLACE DE DESCARGA



Problema jurídico: ¿El inciso 2 del literal c del numeral 1.6.5 de la Circular 01 del 1 de octubre de 2012 reproduce el inciso 2 del numeral 4 de la Circular 521 de 2002, modificado por la circular 2643 de 2006, los cuales fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante sentencia del 1 de agosto de 2013? En consecuencia, ¿debería declararse su nulidad?

Tesis: “[...] El presupuesto para tenerse como reproducido un acto anulado o suspendido, reside en que el nuevo acto conserve en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas; o guarde identidad material con el texto expulsado del ordenamiento jurídico, ambos actos produzcan los mismos efectos jurídicos. Revisada la plataforma SAMAI y siglo XXI, se evidencia que ciertamente mediante sentencia del 1 de agosto de 2013, radicado 110001-03-25-000-2009-00090-00 (1211-09), el Consejo de Estado, decretó la nulidad del inciso 2 del numeral 4 de la Circular 521 de 2002 y Circular 2643 de 2006 del Instituto de Seguros Sociales.(...) se evidencia que las circulares 01 de 2012, 521 de 2002 y 2643 de 2006, nacieron a la vida jurídica en el mismo contexto, Instrucciones internas en materia pensional régimen

prima media. Asimismo, examinado el contenido y confrontado el inciso 2º del numeral 4º de la Circular 521 del 2 de diciembre de 2002, modificado por la Circular 2643 del 16 marzo de 2006, con el inciso 2 del literal c del numeral 1.6.5 de la Circular 1 del 1 de octubre de 2012, se evidencia que guardan identidad material en los enunciados normativos. Vale decir, reproduce el contenido, específicamente la Circular 2643 de 2006. (...) De manera que del análisis esbozado, evidencia el despacho que el inciso 2 del literal c del numeral 1.6.5 de la Circular 1 de 1 de octubre de 2012, reproduce el contenido de la Circular 2643 de 2006, modificadorio del inciso 2 de la Circular 521 de 2002, normas estas últimas declaradas nulas por el Consejo de Estado, mediante la sentencia del 1 de agosto de 2013. Ante lo anterior, por las mismas razones, esbozadas en la sentencia del 1 de agosto 2013, el inciso 2 del literal c de la Circular 1 de 2012, corre la misma suerte. Si bien es cierto la Circular 1 de 1 de octubre de 2012 contentiva de la norma reproducida, es anterior a la sentencia 1º de agosto de 2013, no lo es menos que el artículo 237 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, no prevé en estricto sentido el elemento de temporalidad, como

presupuesto para considerarse reproducido un acto anulado. Adicionalmente, consultado en la fecha [26 de septiembre 2022] el sitio web de COLPESIONES, reposa la Circular 1 de 1 de octubre de 2012, en la cual se mantiene el texto del inciso 2º del literal c del numeral 1.6.5, sin nota alguna de actualización, pese a que su contenido desconoce el artículo 237 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y la sentencia del 1 de agosto de 2013. Además, pone en peligro o amenaza derechos fundamentales de futuros pensionables”.

Se decreta la nulidad el numeral 8 del artículo 1.º de la Resolución n.º 3559 del 28 de agosto de 2018.

1309

Reporte de información de personas en trámite de pensión. Exceso de la facultad reglamentaria.

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00399-00 [2758-2019]

FECHA: 20/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Julián Andrés Gómez Pino

DEMANDADO: Ministerio de Salud y Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El Ministerio de Salud y Protección Social, al expedir el numeral 4 por medio del cual se aclara el subtipo denominado “Cotizante con requisitos para pensión”, contenido en el numeral 8 del artículo 1º de la Resolución N° 3559 de 28 de agosto de 2018, desconoció las normas en las que debía fundarse e incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, al exigir como presupuesto de uso para este subtipo, que el operador de información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA, debe validar que el cotizante se encuentre relacionado en el archivo “Reporte de información de personas que están en trámite de solicitud de pensión” dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social?

Tesis: “[...] Se observa que esta Corporación determinó que el mecanismo de validación, consistente en el “Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión”, establecido en el numeral 8 de la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018, dentro del subtipo denominado “4. Cotizante con requisitos cumplidos para pensión”, introdujo una exigencia adicional a las previstas

por el legislador en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, para que se extinguiera la obligación de cotizar, lo cual desbordó la competencia del Ministerio de Salud y Protección Social y desconoció el deber de ejercer sus atribuciones dentro del marco constitucional y legal. En efecto la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó que la resolución demandada fijó un nuevo requisito para que los afiliados pudieran eximirse del deber de cotizar a pensión, consistente en la necesidad de solicitar la prestación ante la entidad respectiva y aparecer en el mencionado reporte. Ello se tradujo en una adición a los requerimientos establecidos por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, pues este solamente exigió, para la operatividad del beneficio, el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la pensión mínima de vejez. Asimismo, la providencia transcrita refirió que la resolución demandada, si bien, tenía como objetivo impedir la evasión en el pago de aportes, también es cierto que la medida de verificación se estableció como un obstáculo injustificado para quienes pretendían beneficiarse de la exención de aportar al sistema de pensiones y

desconoció que ellos acataron su deber de solidaridad con el sistema, pues justamente la prerrogativa obedece a que acreditaron las semanas mínimas o el capital suficiente para acceder a la pensión de vejez, dentro del esquema contributivo adoptado por el Estado colombiano. En este sentido, la Sección Segunda, advirtió que la exigencia del “Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión”, desconoció que las administradoras y fondos de pensiones tienen la historia laboral de los afiliados, por ende, cuentan con importantes elementos para determinar si los interesados han cumplido con los requisitos para acceder a una pensión mínima de vejez y beneficiarse de la exclusión de aportar al sistema de pensiones, tal y como se establece en el artículo 2.2.3.1.24 del Decreto 1833 de 2016, el cual le impone a las mencionadas entidades administrar la información relacionada con la historia laboral de los afiliados. Bajo este contexto, la Corporación concluyó entonces que los apartes demandados de la Resolución N° 3559 de 28 de agosto de 2018, se encontraba viciada de nulidad, por cuanto se desvirtuó su presunción de legalidad, luego de examinar su

contenido en contraste con el ordenamiento jurídico superior rige la materia, y las directrices jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en casos análogos.(...) Como corolario de lo anterior, se debe concluir que el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió los apartes demandados del numeral 8 de la Resolución N° 3559 de 28 de agosto de 2018, “Por la cual se modifican los Anexos Técnicos 2, 3 y 5 de la Resolución número 2388 de 2016 modificada por las Resoluciones números 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017”, con desconocimiento de las normas superiores en las que debía fundarse y con exceso de la potestad reglamentaria que le asistía; por lo que se desvirtuó su presunción de legalidad. En estas condiciones habrá que estarse a lo dispuesto en sentencia de 17 de marzo de 2021 proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que accedió a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que los cargos expuestos por la parte actora en el presente asunto contra los apartes del acto administrativo demandado ya fueron objeto de pronunciamiento por esta Corporación [...]”.

Nulidad de la Ordenanza 00006 del 8 de marzo de 2001 «por la cual se establece la nueva estructura administrativa de la Contraloría Departamental del Atlántico, se establece la planta de personal y se dictan unas disposiciones generales».

Nulidad de la Ordenanza 00010 del 3 de mayo de 2001, de la Asamblea Departamental del Atlántico, que introdujo modificaciones a la Ordenanza 00006 del 8 de marzo de 2001.

Supresión de cargos. Reestructuración de planta de la Contraloría Departamental del Atlántico. El estudio técnico como sustento de la reestructuración administrativa.

RADICADO: 08001-23-31-002-2001-02601-01(1578-2016)

FECHA: 27/10/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Victoria Eugenia Caballero de Mejía

DEMANDADO: Contraloría General del Departamento del Atlántico y Asamblea Departamental de Atlántico

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los actos administrativos demandados incurrieron en vulneración de la ley y expedición irregular al haber sido emitidos sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 reglamentada por el Decreto 1572 de la mencionada anualidad, esto es, precedidos del correspondiente estudio técnico?

Tesis 1: “[...] los actos enjuiciados deben anularse, toda vez que dentro del plenario no se demostró la existencia del estudio técnico previo que justificara la nueva estructura administrativa y de la planta de personal de la Contraloría Departamental del Atlántico, como lo exige el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios [...] La ca-

rrera administrativa es la institución a través de la cual la administración pública garantiza la estabilidad laboral del personal vinculado a las distintas dependencias del Estado, cuya reglamentación legal se encontraba consignada en la Ley 443 de 11 de junio de 1998 (vigente para la época de expedición de los actos administrativos demandados), que en el Título I Carrera Administrativa, Capítulo I establece la definición, los principios y el campo de aplicación, en los artículos del 1.º al 6.º. A su turno, bien es sabido que los derechos no son absolutos y por ende, el derecho a la estabilidad laboral que se predica de la permanencia de un servidor público en la carrera administrativa, como expresión del artículo 53 de la Carta Política, está de todas maneras

sometido a algunas excepciones que de igual manera son de rango superior como las que se encuentran consignadas en el artículo 125 ídem, a saber: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causas previstas en la Constitución o la ley. Por tanto, es procedente el retiro de un servidor público de la carrera administrativa, siempre y cuando concurren alguna de las excepciones previstas [...] el derecho a la estabilidad no impide que la administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general. Ahora bien, el proceso de reestructuración de las plantas de personal en la rama administrativa se encuentra compuesto por una serie de etapas que son necesarias para su prosperidad y que comienzan con la elaboración del estudio técnico, luego, la propuesta de modificación de la planta de personal, el concepto técnico favorable y el concepto de viabilidad presupuestal. [...] la modificación de las plantas de personal es una actuación esencialmente reglada, en la cual la ley le señala tanto la oportunidad como el procedimiento a seguir, en este sentido, la administración debe actuar dentro de un estricto marco legal, pues sus actuaciones en esta materia están desprovistas de discrecionalidad. En efecto, la medida debe ser razonable y proporcional dando prevalencia al interés general, para lo cual es preciso que esté justificada y basada en estudios técnicos [...] la Asamblea Departamental del Atlántico determinó la nueva es-

tructura administrativa y planta de personal de la contraloría del ente territorial mencionado, para lo cual estableció la nomenclatura, las escalas de remuneración, por medio de la Ordenanza 00006 del 8 de marzo de 2001. Posteriormente, dentro del trámite de las objeciones presentadas por el gobernador, la duma departamental profirió la Ordenanza 00010 del 3 de mayo de 2001 mediante la cual modificó el anterior acto administrativo. En este sentido y conforme se analizó en precedencia, dichos actos administrativos, por mandato legal deben ceñirse al ordenamiento jurídico previsto para ese efecto, como los consagrados en la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, avalados por la Corte Constitucional, esto es, precedidos de un estudio técnico que sustentara la necesidad de modificar la planta de personal, tal como ocurrió en el presente asunto. [...] la Ordenanza 00006 de 2001 no se encuentra soportada en ningún documento previo al acto ni en el acto mismo, por lo que se omitió atender las disposiciones legales que regulan este trámite administrativo. Sobre el particular se destaca que, si bien en la parte motiva de la Ordenanza 00010 del año en comento que modificó el anterior acto administrativo, se señaló la premura en su implementación, pues por cada mes se agravaba el déficit fiscal de la entidad, lo cierto es que la administración debe ceñirse al marco constitucional y legal previsto para tal efecto. Conforme a lo anterior, la Sala de Decisión encuentra que la reestructuración administrativa que se llevó a cabo en la Contraloría Departamental del Atlántico no acató las normas en que debió fundarse, pues aquella no estuvo sustentada en un estudio técnico previo elaborado de conformidad con las normas que regían la materia para esa época, esto es, la Ley 443 de 1998 y su Decreto reglamentario 1572 de 1998. [...] es claro que la reestructuración administrativa que se llevó a

cabo por parte de la Asamblea Departamental del Atlántico por medio de la Ordenanza 00006 del 8 de marzo de 2001, modificada por la Ordenanza 00010 del 3 de mayo de la anualidad en comento, respecto de la nueva planta de personal de la Contraloría de dicho ente territorial, no atendió los requerimientos legales, pues la reducción de 205 a 83 empleos, no contó con el documento previo que justificara dicha reducción y la necesidad de la reforma o modificación aludida, pues el documento exigido por la ley para tal efecto, se efectuó de forma posterior, esto es, con el fin de implementar la aludida ordenanza. Como la inexistencia de un estudio técnico previo comprometió la legalidad de la reestructuración adelantada a través de las Ordenanzas 00006 del 8 de marzo y 00010 del 3 de mayo, es inevitable que los actos que le sucedieron también adolezcan de nulidad [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La Resolución Reglamentaria 00010 del 15 de agosto de 2001, que desvinculó del servicio a la señora (...) en el empleo de profesional, código 340, grado 07, se profirió con anterioridad a las resoluciones 00012 y 00013 de 2001, que implementaron la nueva planta de personal de la Contraloría Departamental del Atlántico y, por tanto, adolece del vicio de falsa motivación?

Tesis 2: “[...] el acto administrativo referido no adolece de falsa motivación, en la medida en que fue expedido el mismo día en que se retiró a la demandante del cargo de profesional, código 340, grado 07 [...] el Consejo de Estado ha afirmado que la falsa motivación del acto ocurre cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) el autor del acto le ha dado a

los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen, y iv) razones que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión. Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y jurídica, lo cual, en todo caso, no implica que para la ocurrencia de la causal deba existir la intención de engañar por parte de quien expide el acto administrativo, ya que basta el error para su materialización. [...] no es cierto que la entidad demandada haya retirado del servicio a la señora (...) con anterioridad a la implementación de la nueva estructura de la Contraloría Departamental del Atlántico, pues nótese que ambas Resoluciones 00010 y 00012 se profirieron el 15 de agosto de 2001; y si bien la Resolución 00013 fue posterior -16 de agosto-, lo cierto es que aquella solo aclaró ésta última, en el sentido de indicar que los cargos de asesor de despacho eran empleos cuya (sic) de confianza y asesoría del contralor, mientras que los demás asesores lo eran directamente respecto de los jefes de dependencia, en consecuencia, no afectaba la situación específica de la interesada que ocupaba un cargo del nivel profesional. En conclusión: la Resolución Reglamentaria 00010 del 6 de agosto de 2001, mediante la cual se retiró del servicio a la demandante, no incurrió en falsa motivación, pues el acto administrativo que implementó la nueva planta de personal fue expedida en la misma fecha del acto primigenio en comento, no de forma posterior como se esgrime en el recurso de alzada [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Le asiste derecho a la demandante a ser reintegrada al empleo que ejercía o a uno equivalente con el respectivo pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirada del servicio y hasta su efectiva vincula-

Tesis 3: “[...] al ser declarada la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales fue retirada del servicio, la señora (...) tiene derecho a ser reintegrada al cargo que desempeñaba al momento de la supresión o a uno equivalente, sin solución de continuidad, así como al pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde su retiro hasta su vinculación efectiva, descontando lo reconocido por indemnización por supresión de cargo, los demás conceptos derivados del retiro del servicio y las sumas derivadas de otras vinculaciones con el sector público, durante el tiempo en que estuvo cesante. Con todo, es importante precisar que el restablecimiento, en sus componentes de reintegro y pago de salarios y prestaciones, también encuentra otras limitaciones objetivas. Entre otras, se puede presentar la ocurrencia de otras causales de retiro que hubieran sobrevenido al acto acusado, tales como el cumplimiento de la edad de retiro, el reconocimiento del derecho pensional, la imposición de una sanción disciplinaria. [...] es necesario precisar que la renuncia al derecho de reubicación está ligada a la legalidad del acto de incorporación pues carecería de sentido que, si el acto está viciado por violación de la ley, falsa motivación o desviación de poder, no pudiera el expleado demandar su ilegalidad y, como consecuencia, pedir el restablecimiento de su derecho. En efecto, bien puede demostrar que el cargo no fue suprimido, o que la administración actuó sin competencia para ello, o que desconoció disposiciones a las cuales debía sujetarse, o que profirió el acto con fines contrarios a la necesidad del buen servicio, o que incorporó en cargos equivalentes a personas sin derecho preferencial, entre otros. Y es que una es la facultad del Estado para suprimir los empleos y la potestad del empleado para escoger la indemnización o la reubicación, y otra muy distinta la ilegalidad

del acto de supresión. Si bien el desempeño de un empleo público no conlleva el derecho a permanecer en el cargo, los servidores inscritos en carrera administrativa ostentan estabilidad relativa y el derecho preferencial para ser reubicados en cargos equivalentes de la nueva planta de personal, prerrogativa que debe ser respetada por la entidad. [...] En consecuencia, el hecho de que el empleado escoja la indemnización no significa per se la legalidad del acto de supresión, porque ella en todo caso puede ser discutida en vía judicial. En consecuencia, no resulta válida la afirmación de la parte demandada, según la cual el hecho de haber optado el empleado por la indemnización, le impide rebatir la actuación previa de la administración. [...] a partir del entendimiento de que las sumas que se ordenan pagar al trabajador como consecuencia de la anulación del acto de retiro lo son a título de restablecimiento del derecho, pues se trata de salarios y prestaciones dejados de recibir como consecuencia de la desvinculación ilegal, es imperativo atender las limitaciones a tal derecho. Una de estas restricciones la impone la prohibición general contenida en el artículo 128 de la Constitución Política, con las excepciones desarrolladas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, dentro de las cuales no se concibe las provenientes del sector privado. Además, la jurisprudencia se ha ocupado de resaltar la importancia de la diferencia conceptual de la naturaleza de las sumas objeto de orden judicial, esto es, si son a título de restablecimiento del derecho o de indemnización. Es a partir de esta última que se predica la evaluación del perjuicio como su limitante. En consecuencia, este aspecto no resulta compatible con la primera figura que en esta oportunidad se acoge, es decir la de restablecimiento del derecho, cuya finalidad es la de restituir las cosas como si el acto de retiro no hubiera sido expedido. En suma, la Tesis que sostiene esta Sección consiste en que de

la condena de restablecimiento del derecho a favor del empleado de carrera administrativa desvinculado del servicio por causa de una supresión que es declarada ilegal, solamente proceden los descuentos de que trata el artículo 128 de la Carta Política y no de aquellas sumas de dinero que este haya devengado por su trabajo dependiente o independiente en el sector privado. Sin perjuicio de las deducciones de lo reconocido por indemnización por supresión de cargo y por los demás conceptos derivados del retiro del servicio. [...] En conclusión: la

señora (...) tiene derecho a ser reintegrada al cargo que desempeñaba al momento de la supresión o a uno equivalente, sin solución de continuidad, así como al pago de salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación hasta su reintegro efectivo, descontando lo reconocido por indemnización por supresión de cargo, por los demás conceptos derivados del retiro del servicio, y las sumas derivadas de otras vinculaciones con el sector público, durante el tiempo en que estuvo cesante, debidamente indexadas [...].”

Nulidad de la Circular 413 del 4 de febrero de 2016 “por medio de la cual se establecieron los parámetros en cuanto a la vinculación de familiares de los funcionarios de La Previsora, S. A., Compañía de Seguros”.

Función pública, fines estatales y satisfacción del interés general. Régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses como límites al ejercicio de la función pública.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00233-00 (1248-2017)

FECHA: 03/11/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Sindicato Nacional de Trabajadores de La Previsora

DEMANDADO: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La Previsora S.A. Compañía de Seguros, mediante la Circular 413 del 4 de febrero de 2016, reguló el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflicto de intereses por fuera del ámbito de sus competencias o, por el contrario, se ajustó al artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, como lo afirmó la entidad demandada en su defensa?

Tesis: “La función pública implica el desarrollo de distintas actividades por parte de los servidores oficiales dirigidas a cumplir con sus funciones, los fines estatales y la satisfacción del interés general de la sociedad. En virtud de ello, las actuaciones deben ejecutarse atendiendo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 constitucional. En procura de lo anterior, el ordenamiento jurídico exige, para quienes pretendan ejercer la función pública, el cumplimiento de ciertos requisitos y competencias comportamentales que garantizan un desempeño con idoneidad y

probidad, en beneficio del interés general y sin atender intereses personales o privados. Esta exigencia se materializa, entre otras formas, con la consagración de un régimen de inhabilidades que, en términos generales, han sido definidas como «[r]estricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad, el acceso a la función pública». De acuerdo con la jurisprudencia, se deduce que las inhabilidades i) pueden establecerse como sanción dentro de las normas que contienen la potestad sancionadora del Estado; y ii) se fijan en la Constitución y en la ley como normas de protección de principios y valores como la lealtad, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, entre otros, sin que se deriven de un proceso sancionatorio, de modo que se controle el acceso al servicio oficial. De lo anterior también se deriva que las inhabilidades son de carácter

taxativo al estar siempre estipuladas en la Constitución o la ley. [...] las inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses y prohibiciones buscan regular el acceso y el desempeño de la función pública con miras a la realización de los fines del Estado y el bienestar de la colectividad, por lo que se han entendido como límites y restricciones legítimas al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. [...] En este proceso se demanda la nulidad de la Circular 413 de 2016, proferida por La Previsora S.A. en la que se determinó como política de la entidad que no podrían «vincularse laboralmente, ni por medio de empresas de servicio temporal personas que tengan parentesco con funcionarios de la Previsora S.A., Compañía de Seguros, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes se tengan vínculos de matrimonio o unión permanente». Igualmente, se especificó que el incumplimiento de la referida directriz daría lugar a sanciones disciplinarias y a la terminación del contrato de trabajo. [...] Dentro del término para contestar la demanda, la entidad accionada expresó que el acto acusado se limitó a replicar el contenido del Acto Legislativo 2 de 2015, modificatorio del artículo 126 de la Carta. En orden a desatar la controversia, resulta pertinente referirse a la norma constitucional invocada por La Previsora S.A. [...] La Corte Constitucional, mediante las Sentencias C-106 de 2018 y SU-621 de 2021, analizó la anterior disposición y concluyó que contiene 3 tres prohibiciones cuyo efecto es restringir el ejercicio de funciones públicas o celebrar contratos con el Estado, a saber: i) Prohíbe a los servidores públicos para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan cierto grado de parentesco. ii) Prohíbe a los funcionarios oficiales nombrar o postular como servidores públicos, o celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas

que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior. iii) Prohíbe la reelección para determinados empleos o para ser elegido a un cargo de elección popular, hasta un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas en dicho artículo. [...] Para el presente caso resultan relevantes las dos primeras prohibiciones, toda vez que La Previsora S.A. sostiene que la circular demandada se inspiró en ellas con el fin de impedir que se presenten relaciones de parentesco, matrimonio o unión permanente entre los servidores de la compañía. [...] esta corporación ha precisado que la prohibición que tienen los servidores oficiales de nombrar, postular o contratar a parientes, cónyuges o compañeros permanentes se encamina a materializar el ideal democrático y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. En efecto, tal limitante permite depurar el ingreso a la función pública y dotar de legitimidad a las autoridades e instituciones que dirigen los destinos de la sociedad, en aras de que vinculen el personal a la luz de los principios del mérito, transparencia e imparcialidad y que no se acuda a criterios como el favoritismo familiar. En tal sentido, se ha destacado que la norma superior cumple con «el propósito de abolir prácticas nocivas y antidemocráticas como el nepotismo, el clientelismo y la concurrencia de conflictos de intereses, que facilitan la concentración de poder y sacrifican la idoneidad de quienes ingresan a la función pública». Asimismo, el Consejo de Estado ha sido enfático en expresar que los destinatarios del artículo 126 de la Carta «son los “servidores públicos” que gozan de atribuciones de nominación o postulación». Bajo este escenario, la Sala considera que les asiste razón al sindicato demandante y al Ministerio Público en el sentido de afirmar que el acto enjuiciado amplió la prohibición establecida en el artículo 126 de la Constitución Política, toda vez que esta se predica exclusivamente del nominador, mien-

tras que la Circular 413 de 2016 la extendió a todos los servidores de La Previsora S.A., lo que se traduce en que en la entidad no pueden trabajar personas con vínculos de parentesco, matrimonio o unión permanente, pese a que ninguno de los involucrados tenga la función de nombrar, postular o contratar al interior de la empresa. En efecto, lo que proscribe la Carta es que un servidor con facultad nominadora se aproveche de tal posición para designar a familiares, a su cónyuge o compañero permanente para que ejerzan función pública, pero de ello no puede inferirse que en una entidad no puedan trabajar personas con esa clase de vínculo cuando ninguno de ellos tiene la potestad de nombramiento, pues tal alcance no atendería al fin que tuvo el constituyente al momento de establecer la prohibición, conforme se explicó en precedencia. [...] Esta Subsección estima que el anterior entendimiento corresponde a la lectura correcta del artículo 126 de la Constitución

Política, teniendo en cuenta que es congruente con la Tesis que ha sostenido el Consejo de Estado en el sentido de indicar que el destinatario de la prohibición allí consagrada es el servidor público con potestad nominadora. [...] El anterior lineamiento es expresión de los principios de favorabilidad, pro persona y pro libertatis, en virtud de los cuales la aplicación de la prohibición establecida en el artículo 126 de la Constitución Política debe realizarse en forma que se limite en menor medida el derecho de los ciudadanos a desempeñar cargos oficiales o ejercer funciones públicas. Por las razones antes expuestas se declarará la nulidad de la circular demandada en la medida en que amplificó la prohibición constitucional en comentario y de ello derivó consecuencias disciplinarias y la culminación de los contratos de trabajo, pese a que la limitación estaba llamada a interpretarse en su tenor literal y restringido al servidor público con potestad nominadora [...].”

Nulidad de la expresión «pequeñas causas laborales» del artículo 24 del Acuerdo PCSJA17-10754 del 18 de septiembre de 2017, «por el cual se compilan los reglamentos de traslados de los servidores judiciales y se dictan otras disposiciones en la materia», expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00821-00 (4363-2017)

FECHA: 09/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Hernán Darío Torres Carrascal

DEMANDADO: Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La expresión «pequeñas causas laborales», contenida en el artículo 24 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, se encuentra viciada de nulidad por las razones alegadas en la demanda de la referencia y que, en síntesis, reconducen a los cargos de falta de competencia, infracción de normas superiores, ausencia y/o falsa motivación, por cuanto no se respetaron los criterios de especialidad y afinidad funcional para el traslado de los servidores judiciales?

Tesis: “[...] el Consejo Superior de la Judicatura tiene una función de alta relevancia para el cumplimiento de los fines estatales, pues debe dictar los reglamentos tendientes a disponer los recursos humanos y físicos necesarios para que el servicio de la administración de justicia se preste bajo altos estándares de eficiencia, moralidad, corrección e idoneidad en aras de cumplir la misión institucional que se ha asignado a la Rama Judicial, esto es, «hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mante-

ner la concordia nacional» [...] el interés del legislador de acoger los criterios de jurisdicción y especialidad para asignar el conocimiento de los diferentes asuntos que se ventilan en sede judicial dependiendo del área del derecho que rija la materia, a modo de ejemplo pueden citarse los siguientes: juzgados civiles municipales y del circuito; juzgados de familia; juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple; juzgados penales municipales, de circuito, de circuito especializados y de ejecución de penas y medidas de seguridad; juzgados laborales; juzgados administrativos; tribunales superiores en sus Salas Civil, Familia, Laboral y Penal; tribunales administrativos; Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Agraria, Penal y Laboral; Consejo de Estado en sus Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta; Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Tribunal Especial para la Paz y Salas de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP [...] distribución de competencias en las diferentes jurisdicciones y especialidades no son caprichosas, sino que obedecen a

razones de eficiencia y atienden el interés de los asociados que deben acudir a la administración de justicia para dirimir sus conflictos, los cuales revisten variadas naturalezas. Además, dicha medida permite la racionalización del trabajo en la rama judicial, por ende, es legítima e idónea para alcanzar altos objetivos constitucionales en lo que respecta al acceso a la administración de justicia y la efectividad de los derechos [...] os «juzgados municipales de pequeñas causas y competencia múltiple» a que alude el artículo 12 del CPTSS fueron creados por el Consejo Superior de la Judicatura como juzgados laborales municipales de pequeñas causas o juzgados de pequeñas causas laborales con la finalidad de conocer los asuntos laborales y de seguridad social que regula ese estatuto. Bajo este escenario, se concluye que los juzgados promiscuos municipales carecen de competencia para conocer los litigios laborales y de seguridad social a que se refiere el CPTSS. Esta tesis se acompasa con el criterio de la Corte Constitucional según el cual «en aquellos lugares en los que no existan jueces de pequeñas causas y competencia múltiple, el competente es el juez laboral del circuito» Por lo tanto, no es posible predicar

una afinidad funcional entre los jueces promiscuos municipales y los jueces de pequeñas causas laborales. [...] Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en las directrices jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en consonancia con el requisito de afinidad funcional que instituyó el legislador para viabilizar el traslado de los servidores judiciales, se concluye que debe anularse la expresión «pequeñas causas laborales» contenida en el artículo 24 del Acuerdo PCSJA17-10754 del 18 de septiembre de 2017 [...] no puede predicarse una afinidad funcional entre los jueces promiscuos municipales y los jueces de pequeñas causas laborales; por lo tanto, no se cumple con uno de los presupuestos establecidos por el artículo 134 de la Ley 270 de 1996 para que proceda el traslado de esos funcionarios judiciales. En consecuencia, la Sala anulará la expresión «pequeñas causas laborales» contenida en el artículo 24 del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017, pues el Consejo Superior de la Judicatura habilitó el traslado de los mencionados servidores sin atender al requisito de la afinidad funcional, por lo que contravino el mencionado mandato legal [...]”.

Demanda de nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) el Acuerdo PCSJA17-10635 del 31 de enero de 2017 «[p]or medio del cual se determina la capacidad máxima de respuesta para los cargos de magistrados y jueces de la República»; (ii) el Acuerdo PCSJA18-10883 del 31 de enero de 2018 «[p]or medio del cual se determina la capacidad máxima de respuesta para los cargos de magistrados y jueces de la República»; y (iii) la expresión «3 meses» contenida en el literal e) del párrafo del artículo 88 del Acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016». En forma subsidiaria, solicitó declarar la nulidad parcial de (i) el Acuerdo PCSJA17-10635 del 31 de enero de 2017 «[p]or medio del cual se determina la capacidad máxima de respuesta para los cargos de magistrados y jueces de la República», componente juez administrativo-sin secciones; (ii) el Acuerdo PCSJA18-10883 del 31 de enero de 2018 «[p]or medio del cual se determina la capacidad máxima de respuesta para los cargos de magistrados y jueces de la República», componente juez administrativo-sin secciones (normas no anuladas).

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00614-00 [2586-2018]

FECHA: 09/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Miguel Augusto Medina Ramírez

DEMANDADO: Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los Acuerdos PCSJA17-10635 y PCSJA18-10883 de 2017 y 2018, respectivamente, incurrieron en (i) inexistencia de motivación; (ii) falta de competencia; (iii) violación del debido proceso; y (iv) violación del derecho a la igualdad; y (v) la expresión «tres meses» contenida en el Acuerdo PSAA16-10618 de 2016, artículo 88, literal e) del párrafo, incurrió en violación de las normas en que debía fundarse?

Tesis: “Los acuerdos cuya nulidad total o parcial se deprecia fueron expedidos, por una parte, con el objeto de fijar las reglas a las cuales se debía sujetar la evaluación de servicios de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial y, por otra, aquellos mediante los cuales se determinó el límite máximo de referencia para establecer el rendimiento de cada despacho judicial, para los años 2017 y 2018. [...] Inexistencia de motivación. [...] En atención a lo anterior, es importante señalar que la calificación

integral de servicios está comprendida por los siguientes factores: calidad, eficiencia o rendimiento, organización del trabajo y publicaciones. A su turno, el factor eficiencia o rendimiento se evalúa atendiendo los siguientes subfactores: (i) respuesta efectiva a la demanda de justicia y (ii) atención de audiencias programadas, para el cargo de jueces y los dos anteriores más el de (iii) asistencia a salas de decisión, en el caso de los magistrados. [...] En torno al cargo de falta de motivación [Acuerdos PCSJA17-10635 de 2017 y PCSJA18-10883 de 2017 de 2018] se precisa que esta causal de anulación se configura cuando la decisión carece íntegramente de motivos, 20 es decir, la administración se abstiene de exteriorizar las razones y fundamentos que le sirvieron de base, por lo que, bajo ese lineamiento se analizará el cargo propuesto. Ahora bien, es oportuno señalar que, de conformidad con lo señalado en el artículo 38 del Acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016, es competencia del Consejo Superior de la Judicatura definir la capacidad máxima de respuesta para cada jurisdicción, especialidad o sección y categoría y función, la cual constituye «el límite máximo de referencia para establecer el rendimiento de cada despacho judicial». La cifra pertinente se obtiene al calcular «el promedio de los egresos, del diez por ciento (10%) del total de los despachos de cada jurisdicción, especialidad o sección y categoría, que corresponda a los que registran mayores egresos dentro del período, excluyendo los datos extremos que distorsionen el cálculo efectuado». Para obtener ese guarismo, el Consejo Superior de la Judicatura debe tener en cuenta lo siguiente: (i) la información estadística que repose en la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, correspondiente al lapso comprendido entre el 1.º de octubre del penúltimo año y el 30 de septiembre del último año, anterior al año objeto de evaluación; y (ii) analizar los factores que puedan distorsionar la esta-

dística de los despachos judiciales, como las reiteraciones y otras figuras jurídicas que puedan elevar de manera inusual los egresos de los despachos judiciales, a fin de determinar la exclusión de tales cifras en el cálculo y, de esa manera, determinar un ajuste para la calificación de los despachos judiciales de la jurisdicción, especialidad jurisdiccional, categoría, sección y función que lo amerite; lo anterior, acorde con «el análisis técnico estadístico rendido por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura». Pues bien, al revisar el contenido de los actos acusados, cuyo texto, en su integridad, se transcribió en los acápites 2.4.1.1. y 2.4.1.2. de esta providencia, se puede advertir que, en ellos, no aparecen los análisis o datos estadísticos o reportes que se tuvieron en cuenta para definir la capacidad máxima de respuesta de los despachos de jueces y magistrados de cada una de las especialidades allí aludidas; no obstante, en sentir de la Sala, ello no conlleva que la decisión al respecto haya estado desprovista de motivación, como pasa a explicarse. Según se señaló con antelación y de acuerdo con la exigencia del artículo 38 del Acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016, la fijación de la capacidad máxima de respuesta por parte del Consejo Superior de la Judicatura, debe estar precedida del correspondiente examen de la información suministrada por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, lo que no quiere decir que este y los estudios que de él se hagan deben figurar en el acto administrativo que establece la capacidad máxima de respuesta, pues, en últimas, lo que se exige es que la decisión, al respecto, esté precedida de tales análisis. Precisamente, y como bien lo afirmó el demandante, se trata de un proceso previo en el que se clasifica y analiza la información y se realizan todos los cálculos y ajustes que dispone la norma, para identificar cuál es el límite máximo de referencia, o que no implica que ese

análisis deba incorporarse en el acto administrativo que fija la capacidad máxima de respuesta, pero sí que exista y que le preceda.²¹ Por lo anterior, la Sala estima que como en el expediente se demostró que, con antelación a la expedición de los acuerdos acusados, se emitieron los Memorandos CJM17-29 del 31 de enero de 2017 y CJM18-12 del 26 de enero de 2018, que contienen información que da cuenta de los análisis que se llevaron a cabo y la explicación de los cálculos realizados para determinar la capacidad máxima de respuesta de los jueces y magistrados para los años 2017 y 2018, es forzoso concluir que los actos censurados sí estuvieron soportados en estudios y análisis estadísticos, como los que exige el artículo 38 del Acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016 y, por ende, no es viable afirmar que se trató de actos carentes de motivación, por lo cual no debe prosperar el cargo propuesto. [...] Falta de competencia. [...] En torno al cargo anterior, es preciso señalar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 del Acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016, la cifra correspondiente a la capacidad máxima de respuesta de los despachos de jueces y magistrados, en efecto, debe ser establecida por el Consejo Superior de la Judicatura, y que para ello debe atender la información estadística que reposa en la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico. Con fundamento en lo anterior y al verificar la autoridad que expidió los acuerdos censurados —Acuerdos PCSJA17-10635 de 2017 y PCSJA18-10883 de 2018— la Sala concluye que la fijación de la capacidad máxima de respuesta a que ellos aluden fue establecida por la autoridad competente para ello, esto es, el Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que tales actos administrativos están suscritos por el presidente de dicha corporación, en quien radica la competencia para suscribir ese tipo de actos, de conformidad con lo previsto en el Acuerdo PSAA-10556 del 5 de agosto de 2016

«[p]or el cual se adopta el reglamento del Consejo Superior de la Judicatura» [...] Violación del debido proceso [...] el propio artículo 38 sí refiere la realización de un análisis de los factores que puedan distorsionar la estadística, con el propósito de determinar la exclusión de estos y, en ese sentido, se entiende que en los numerales 2.6. y 2.7. de los memorandos que sirvieron de base para los actos acusados se haya plasmado que una vez se establecieron los límites superiores «se determinó si procedía o no el corte de extremos», lo que, en otras palabras, quiere decir que una vez obtenidos todos los datos necesarios para hacer el cálculo, se verificó si existían o no extremos distorsionadores, y, en caso afirmativo, proceder a eliminarlos. Así las cosas, la Sala considera que la administración no desatendió el mandato del artículo 38 del acuerdo que se invoca como desconocido y que no se configura el desconocimiento del derecho al debido proceso por el argumento que se propuso en torno a ese aspecto. (...) Al verificar el contenido de los memorandos que sirvieron de antecedente a los acuerdos censurados en el sub lite, se advierte un aparte que se denomina «Procedimiento para el Corte de Extremos» al que se hizo referencia en los numerales (i) y (iv) del acápite 2.3 de esta providencia; sin embargo, la Sala considera que lo allí expuesto no constituye una subregla en el esquema de los criterios a tener en cuenta dentro de la evaluación de los empleados y funcionarios a los que está destinada la norma, sino que comprende la explicación de los pasos que siguió la entidad a fin de eliminar los extremos de distorsión, dentro del análisis que le correspondía realizar, frente a los datos sometidos a su consideración. (...) a Sala estima que el «procedimiento para al Corte de Extremos» que contienen los memorandos citados, no constituye la fijación de una subregla, con miras a la eliminación de extremos distorsionadores para la fijación de la capacidad máxima de respuesta de los despachos judiciales a

que se refieren los acuerdos acusados, sino que comprende la consideración o explicación de la manera en que se efectuó el análisis de las cifras, o los pasos que se siguieron con el fin de determinar la existencia o no de extremos distorsionadores y proceder a su eliminación, todo dentro del marco del estudio de datos permitido por el inciso final del artículo 38 del Acuerdo PSAA16-10618 del 7 de diciembre de 2016. En razón de lo anterior, al no constituir una subregla dentro del marco del proceso de evaluación de los jueces y magistrados no era viable, como lo sugiere el actor, ponerla en conocimiento de los evaluados pues, se repite, tan solo constituyó la explicación de los pasos que siguió la administración para analizar los datos estadísticos sometidos a su escrutinio, con el propósito de cortar los extremos distorsionadores, todo dentro de los parámetros fijados por el artículo 38 del aludido Acuerdo y, por ello, no prospera el cargo planteado por el demandante. (...) [Los] valores de egresos efectivos, para el caso de los juzgados administrativos sin secciones, son iguales a los que se refirieron en los Memorandos CJM17-29 del 31 de enero de 2017 y CJM18-12 del 26 de enero de 2018 como capacidad máxima de respuesta para los juzgados de esa especialidad, y los que, en últimas, fueron tomados en los Acuerdos PCSJA17-10635 de 2017 y PCSJA18-10883 del 31 de enero de 2018, para tal fin. Lo anterior lleva a la conclusión de que la capacidad máxima de respuesta, en los casos analizados, sí se calculó sobre «el diez por ciento (10%) del total de los despachos [de esa especialidad] [...] que correspond[ían] a los que registra[ron] mayores egresos dentro del período, excluyendo los datos extremos que distorsionen el cálculo efectuado» tal como lo exige el artículo 38 del Acuerdo que se dice conculcado, lo que quiere decir que el cargo planteado no resultó probado. [...] Violación del derecho a la igualdad [...] Cargo contra la expresión «tres meses» contenida en el Acuerdo

PSAA16-10618 de 2016, artículo 88, literal e) del párrafo [...] el artículo que contiene la expresión que se cuestiona, identifica cuáles son los procesos que cuentan como carga del despacho y aquellos que no se cuentan como tal, para los jueces administrativos, entre estos últimos están los siguientes: (i) los procesos sin sentencia o decisión que resuelva de fondo el asunto en la respectiva instancia cuando hayan estado suspendidos o interrumpidos durante los últimos seis (6) meses del período a evaluar en virtud del recurso de apelación en el efecto suspensivo, del decreto de suspensión, por la interrupción del proceso; (ii) los procesos sin sentencia o decisión que resuelva de fondo el asunto en la respectiva instancia y las demandas no notificadas, que no tuvieron trámite durante los últimos seis (6) meses del período, siempre que no sea posible su impulso oficioso y no proceda la perención o el desistimiento tácito; (iii) los procesos que en cumplimiento en programas de descongestión hayan sido enviados a otros funcionarios para sustanciación y fallo; (iv) los procesos sin sentencia o decisión que resuelva de fondo el asunto en la instancia remitidos por competencia o impedimento a otro despacho dentro del período; (v) las demandas y acciones constitucionales rechazadas o retiradas y las demandas, y acciones constitucionales recibidas los 3 últimos meses del período, así como las acciones de tutela que al finalizar el período estén dentro de los términos para ser falladas. [...] el reparo del demandante consiste en que tales procesos, en los que no existe una posibilidad de egreso, durante el lapso allí previsto «3 meses» hacen que se incremente la carga y, por ende, surge un perjuicio al evaluado; sin embargo, lo que advierte la Sala es, precisamente, que tales procesos no se incluyen para identificar la carga del juzgado, pues lo que define el literal e) del párrafo del artículo 88, es que se excluyen de ella, de manera que si no se cuentan para identificar la carga, no tendrían la capaci-

dad de incrementarla. En efecto, los procesos allí referenciados, hacen parte de los enlistados en el párrafo del artículo 88 del Acuerdo PSAA16-10618 de 2016 que relaciona aquellos procesos que «[n]o se tendrán en cuenta para determinar la carga»; por ende, el hecho de que estos no puedan tramitarse y decidirse dentro del periodo allí descrito «3 meses» —que es la preocupación que refleja el actor—, no altera la carga del despacho a evaluar, pues justamente se excluyen de ella y, por ende, no se configuraría el perjuicio que quiere hacer notar el accionante. La exclusión de tales procesos tampoco conlleva, como sugiere el señor Medina Ramírez, que se pretenda obligar a los juzgados a lo imposible, que es «lograr que el proceso culmine en un término de 3 meses» pues, se repite, lo que impone la norma es excluir de la carga del despacho los procesos que hubieran ingresado en el aludido periodo, luego no es cierto que esa orden de exclusión «impl[que] el aumento de la carga sin que el funcionario judicial tenga la posibilidad de generar el egreso», pues todo lo contrario, lo que hace es restar de la carga los procesos ingresados en ese periodo, porque no se contabilizan como tal. Adicional a lo expuesto, la Sala reitera el argumento tenido en consideración al momento de resolver la medida de suspensión provisional solicitada por el actor, en donde se señaló que «la calificación integral

de servicios obedece al estudio de múltiples factores»²⁸ por lo que los procesos que comprenden el periodo de exclusión de ese análisis, esto es, «las demandas y acciones constitucionales rechazadas o retiradas y las demandas, y acciones constitucionales recibidas los 3 últimos meses del período» no constituyen la única variable que se excluye, para determinar ese subfactor de la calificación por lo que «desconocer los demás componentes que determinan dicha calificación [...] eventualmente generaría desbalances en los resultados del método de evaluación». En todo caso, también es oportuno señalar que la exclusión de las demandas y acciones constitucionales recibidas en los 3 últimos meses del periodo no solo está determinada respecto de la carga de los juzgados administrativos, pues constituye un criterio general para evaluar el factor eficiencia o rendimiento de los funcionarios en los sistemas orales, tal como se hace evidente en el título II, capítulo II del Acuerdo, en particular en el artículo 36, párrafo, literal e)²⁹ y también se excluyen, por igual lapso, respecto de los juzgados de ejecución de sentencias en civil y familia, como se ordena en el párrafo, literal e) del artículo 78. Bajo el anterior criterio, el cargo propuesto no está llamado a prosperar y ello impone denegar las súplicas de la demanda, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia”.

Demanda de nulidad formulada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Notariado y Registro (Sintranore) en contra de la Resolución 9272 del 30 de agosto de 2017, «[P]or la cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral de los servidores públicos vinculados en provisionalidad y en empleos temporales de la Superintendencia de Notariado y Registro», proferida por el superintendente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia (norma no anulada).

RADICADO: 11001-03-25-000-2018-00136-00 [0411-2018]

FECHA: 29/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Sindicato Nacional de Trabajadores de Notariado y Registro (Sintranore)

DEMANDADO: Superintendencia de Notariado y Registro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La Resolución 9272 del 30 de agosto de 2017, que reglamentó la evaluación del desempeño laboral de los empleados nombrados en provisionalidad y en empleos temporales, adscritos a la Superintendencia de Notariado y Registro, se encuentra ajustada a derecho o se expidió sin competencia y con infracción de las normas en que las debía fundarse, en los términos alegados por Sintranore?

Tesis: “El artículo 123 de la Constitución Política señala que los empleos del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. [...] La Ley 909 de 2004 consagró en su artículo 41, como causal de retiro del servicio, entre otras, la “declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa”. [...] Como se observa, la regla

constitucional de retiro del servicio por calificación insatisfactoria en el desempeño laboral no es exclusiva de empleados escalafonados, pues aquella no hace diferenciación alguna a este respecto. La norma, se reitera, se refiere de manera genérica al retiro en los cargos de carrera, no al retiro de los empleados de carrera. [...] La distinción es similar a la que se dio cuando se discutía por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado la necesidad o no de motivar los actos administrativos por los cuales se declaraba insubsistente el nombramiento de empleados provisionales, en tanto que los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 107 del Decreto 1950 de 1973 establecían que en cualquier momento podía declararse insubsistente el nombramiento de un empleado que no perteneciera a carrera sin motivar el acto, mientras que el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 dispuso que la declaratoria de insubsistencia de nombramientos de empleos de carrera debía efec-

tuarse por acto motivado. De allí que a partir de esta fecha se tuvo claro que los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente el nombramiento de empleados de carrera y provisionales debe ser motivado. [...] En concordancia con lo anterior, el artículo 27 de la misma ley creó el Sistema Nacional e Institucional de Control Interno, para el fortalecimiento y el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado, sin perjuicio de la competencia atribuida en el artículo 78 ibidem a los directores, gerentes o representantes legales de las entidades para vigilar y controlar la ejecución de las funciones de todo el personal. [...] Igualmente, el ordenamiento superior dispone que la desvinculación de las personas que ejercen cargos de carrera debe motivarse suficientemente, mandato que también ampara a los servidores en provisionalidad, conforme lo explicó la Sentencia SU-917 de 2010 y lo reiteró la Ley 909 de 2004; por lo tanto, la decisión de la administración debe fundarse en razones claras, detalladas y precisas. [...] De lo anterior, se concluye que la Ley 909 de 2004, por un lado, reguló de forma parcial la evaluación de desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa, pues dejó en manos de la CNSC y de las entidades su implementación. Y, por otro lado, en relación con los empleados temporales y demás empleados públicos, hizo mención en sus artículos 21 y 2, respectivamente, a la posibilidad de implementar los instrumentos de evaluación para determinar su permanencia o retiro del servicio público y las responsabilidades por el trabajo desarrollado. [...] De esta manera, la Sala no comparte el vicio de nulidad alegado por el sindicato demandante que atañe a la ausencia de una norma jurídica que faculte a la Superintendencia de Notariado y Registro para valorar el desempeño de los colaboradores nombrados en provisionalidad o en empleos temporales; por el contrario, el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, precisó que uno de los presu-

puestos para la efectiva prestación del servicio público era la responsabilidad de los servidores por el trabajo desarrollado, “que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión”. [...] En consecuencia, la causal de retiro del servicio por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, consagrada en la Constitución Política, supone el deber de las autoridades administrativas correspondientes, de la adopción de criterios o instrumentos de evaluación del desempeño, objetivos, razonados y justificados, para el personal nombrado en provisionalidad. [...] En este orden de ideas, los propósitos de la evaluación para la permanencia, el ascenso y el disfrute de los incentivos a que tienen derecho los servidores de carrera no pueden confundirse con la calificación encaminada al control, gestión y cumplimiento de la misión institucional y la prestación eficiente del servicio, pues frente a este aspecto todos los servidores son sujetos de evaluación de su desempeño, ya que no hay razón para que los provisionales demuestren menos responsabilidad, compromiso o cumplan las tareas con inferior calidad o cantidad en comparación con un empleado escalafonado en carrera; por el contrario, ese tratamiento contravendría el interés general, el principio “a trabajo igual, salario igual” y la noción de empleo público. [...] Ahora bien, como se explicó en acápites anteriores, la reglamentación del sistema de evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa, en la forma como está concebida, no puede extenderse en su totalidad a los empleados temporales o nombrados en provisionalidad, por los distintos efectos jurídicos que producen dichos nombramientos y por las condiciones especiales que la ley otorga a aquellos que ingresan al servicio público por concurso público. [...] De esta manera, se observa que la resolución demandada incurrió en una imprecisión lingüística al utilizar la expresión “[a]doptar el

Sistema de Evaluación del Desempeño Laboral establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Acuerdo 565 de 2016” para los servidores vinculados en provisionalidad y en empleos temporales; sin embargo, esta dificultad gramatical fue zanjada inmediatamente al precisar que dicha adopción se hacía “con los ajustes necesarios de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 775 de 2005 y su Decreto Reglamentario 2929 del mismo año”. [...] Así las cosas, existen varias diferencias entre el sistema de evaluación contenido en el acto acusado, aplicable a empleados vinculados en provisionalidad y en empleos temporales de la Superintendencia de Notariado y Registro, y el modelo de valoración establecido en el Acuerdo 565 de 2016, ideado para empleados de carrera y en período de prueba, por ende, no puede señalarse que la resolución demandada equiparó tajantemente dos situaciones que son diferenciables por la forma de la vinculación. [...] En este orden de ideas, se observa que la entidad demandada acudió a dicho acuerdo como un referente que contiene lineamientos objetivos, aplicables en el marco de un sistema integral de calificación del desempeño, en aras de valorar las competencias laborales y que

conciernen a “la capacidad que tiene una persona para desempeñar, en diferentes contextos y con base en los requerimientos de calidad y resultados esperados en el sector público, las funciones inherentes a un empleo; capacidad que está determinada por los conocimientos, destrezas, habilidades, valores, actitudes y aptitudes que debe poseer y demostrar el empleado público”. [...] Al respecto se observa que, de acuerdo con las pautas que para entonces había fijado la CNSC, como entidad administradora de los sistemas específicos de carrera administrativa, los evaluadores debían ser el superior o jefe inmediato del evaluado o la comisión evaluadora, “según sea el caso”. Idéntica previsión fue acogida por el artículo 7.6 del acto administrativo atacado. [...] Por lo tanto, los aspectos relacionados con la conformación de la comisión evaluadora y, en general, los responsables de calificar, fueron tomados de la regulación que había expedido la CNSC para la época, por lo que no se incurrió en la omisión antes señalada. [...] Así las cosas, los cargos de nulidad endilgados por la parte accionante a la resolución demandada carecen de soporte fáctico y jurídico, por ende, debe mantenerse incólume su presunción de legalidad”.

Demanda de nulidad de la expresión «y contra dichos conceptos no procederán recursos», contenida en los artículos 1, numeral 3, del Decreto 1352 de 2013 y 2.2.5.1.1, numeral 3, del Decreto 1072 de 2015, proferidos por el presidente de la República, con la salvedad de que esta decisión tendrá efectos solo a partir de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, término dentro del cual el Gobierno Nacional podrá adoptar las medidas que estime necesarias para ajustar los reglamentos pertinentes (normas anuladas).

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00478-00 [2215-2017]

FECHA: 22/06/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Juan Alexander Cano Medina

DEMANDADO: Ministerio del Trabajo

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿El decreto parcialmente enjuiciado quebrantó el Preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 40, 209 y 237 de la Constitución Política? O, por el contrario, ¿se ajustó al ordenamiento superior en que debía fundarse?

Tesis: “La disposición acusada previó que «las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en procesos judiciales o administrativos, deben demostrar el interés jurídico e indicar puntualmente la finalidad del dictamen, manifestando de igual forma cuáles son las demás partes interesadas». [...] esta Sala considera que el requerimiento que establece la norma demandada para la práctica del dictamen no resulta desproporcionado ni irrazonable, pues se trata de una medida tendiente a viabilizar la actuación de las juntas de calificación de invalidez, así como dotarlas de suficientes elementos para poder rendir su experticia de manera integral, técnica y científica, conforme lo demanda la ley. [...] el actor afirma

que la mencionada exigencia «ha provocado que las Juntas de Calificación exijan información cualificada a usuarios que no están en condición de elaborar un documento con formación jurídica como se ha pretendido en un sinnúmero de casos»; sin embargo, este efecto no se deriva necesariamente de la disposición acusada, pues en ningún momento establece algún tipo de rigurosidad en torno a la redacción jurídica o científica de la solicitud del dictamen, tampoco se explicita que el interesado deba actuar por intermedio de un abogado u otro profesional de alguna disciplina específica. El accionante tampoco aportó pruebas encaminadas a probar su afirmación, por lo que los cargos de nulidad carecen de soporte fáctico y normativo. [...] El señor (...) sostuvo que en las situaciones enlistadas por el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 1352 de 2013 no es posible interponer recursos contra los conceptos de las Juntas de Calificación de Invalidez, pese a que en los demás casos sí se prevé el derecho a la do-

ble instancia. Esta barrera procedimental impide el acceso a la pensión de invalidez y a los beneficios amparados por las pólizas de seguros. Conforme al marco normativo y jurisprudencial citado en acápites precedentes, en consonancia con la especial protección que la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han prodigado a este grupo poblacional, esta Subsección considera que le asiste razón al accionante. A continuación, se desarrollará esta conclusión a partir de argumentos encaminados a facilitar la comprensión del debate: i) La Ley 100 de 1993, modificada por el Decreto Ley 19 de 2012 y la Ley 1562 de 2012, estableció un diseño escalonado de las Juntas de Calificación de Invalidez, de manera que la primera instancia la realizan las Juntas Regionales y la segunda le compete a la Junta Nacional. Estas normas preceptúan que Colpensiones, EPS, ARL y compañías de seguro que asuman los riesgos de invalidez y muerte están llamadas a hacer la calificación de primera oportunidad; sin embargo, las inconformidades de los interesados frente a dichos conceptos deben tramitarse a través de las Juntas Regionales y la Nacional de Calificación de Invalidez, pues el legislador les fijó expresamente dichas funciones. También pueden presentarse situaciones en que los interesados deben acudir directamente a las Juntas de Calificación de Invalidez, por ejemplo, cuando no se encuentran vinculados a una entidad del sistema general de seguridad social que pueda hacer la valoración de primera oportunidad. ii) Contrario a lo dispuesto en el artículo 1, numeral 3, del Decreto 1352 de 2013, la lectura del ordenamiento superior en que debía fundarse impide concluir que las juntas regionales se convierten en organismos de única instancia cuando actúan como peritos. Inclusive, tal entendimiento constituye un contrasentido, ya que justamente el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 creó las Juntas Regionales y Nacional con

la función de emitir «dictámenes periciales», es decir, que es de su esencia cumplir «una función de peritaje, técnica y de tipo operativo y que incumbe el ejercicio de una función pública consistente en la calificación de la pérdida de la capacidad laboral». A su vez, las Jurisdicciones de lo Contencioso Administrativo y la Ordinaria en la especialidad Laboral han acudido a las Juntas Regionales y a la Nacional para obtener conceptos técnicos en los asuntos debatidos en sede judicial. En lo que respecta a la Junta Nacional, se ha expresado lo siguiente: “Si bien, expresamente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no se le asignó como una de sus funciones la de resolver o decidir sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral remitidas por la autoridad judicial, no menos cierto es que su carácter de organismo experto en esa materia lo legitima plenamente para ser designado por los jueces laborales para que rinda el dictamen pericial decretado como prueba en esta clase de actuaciones, puesto que tal como lo tiene definido la Sala, al interior de un proceso judicial en la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el origen de una enfermedad o accidente, las Juntas de Calificación de Invalidez intervienen como auxiliares de la justicia, de suerte que la selección del órgano encargado de practicar el dictamen pericial es del es del resorte del instructor del proceso, en virtud del principio de libertad probatoria del que están asistidos los juzgadores de instancia no solo en cuanto a la valoración de los elementos de juicio incorporados al expediente, sino además al optar por el medio de prueba que estima más adecuado para demostrar los supuestos fácticos en que se soportan pretensiones y excepciones, sea que los decreta por su propia iniciativa, ora por petición de las partes.” De acuerdo con el anterior lineamiento interpretativo, en consonancia con el artículo 42 de la Ley 100 de 1993, la Sala concluye que no existe fundamento legal para en-

tender que hay ocasiones en que las Juntas Regionales actúan como peritos de única instancia o que la Junta Nacional no está facultada para actuar como perito al resolver recursos de apelación contra el primer dictamen emitido por las Juntas Regionales o para ejercer sus atribuciones por solicitud de una autoridad judicial, pues estas hipótesis no se infieren de la naturaleza de esos organismos y tampoco fueron previstas expresamente por el legislador. iii) En armonía con el anterior entendimiento, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1002 de 2004 fue enfática en determinar que el derecho a la doble instancia opera plenamente en la estructura organizacional de las Juntas de Calificación de Invalidez. Entonces, «no es cierto que a la luz de las normas pertinentes en los procedimientos adelantados ante las juntas de calificación de invalidez el legislador haya previsto una única instancia». A su vez, «el hecho de que la ley haya dispuesto la organización jerarquizada de las juntas es indicativo de que los procedimientos de calificación de la pérdida de la capacidad laboral permiten una revisión escalonada de la decisión». [...] iv) La Ley 1346 de 2009 aprobó la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad [...] la garantía de acceso a la seguridad social, en sus diferentes componentes, resulta una medida indispensable para salvaguardar plenamente los derechos establecidos en la aludida Convención y que buscan proteger a las personas en condición de discapacidad, así como viabilizar su participación en la sociedad de manera igualitaria e integral. Es así como las competencias asignadas a las juntas de calificación de invalidez implican la prestación de un servicio a la comunidad «relacionado con la seguridad social, pues constituye nada menos que la vía oficial por la cual el sistema califica la pérdida de capacidad laboral de sus beneficiarios». Bajo esta óptica, no resulta razonable impedir que quienes aspiran a un beneficio en razón a la pérdida de su capacidad la-

boral vean menguada la posibilidad de interponer recursos contra los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, en los términos previstos en la disposición acusada. Por el contrario, la referida restricción carece de un fundamento legal y va en contravía del principio de eficiencia que orienta el sistema de seguridad social y las actuaciones de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez. En efecto, el legislador estableció la estructura para el funcionamiento de dichos organismos, los adscribió al sistema de seguridad social y les encomendó la función pública de dictaminar la pérdida de la capacidad laboral de los asociados, por ende, implementar un trámite de única instancia no solo resulta contrario al querer del legislador, sino extraño al diseño jerarquizado de las juntas y el cual se estructuró sobre la base de que las regionales actuarían en primera instancia y la Nacional lo haría en segunda instancia. Entonces, al contar con dicho esquema no se comprende la razón por la cual en lugar de poder agotar las instancias previamente establecidas, se conmine al usuario a acudir a otra Junta Regional de Calificación de Invalidez (conforme lo sugiere el Decreto 1352 de 2013) o a un perito particular, pues ya se cuenta con una estructura diseñada por niveles, avalada por el Ministerio del Trabajo, que cumplen sus tareas con base en manuales técnicos, mediante profesionales idóneos y que hacen parte del sistema de seguridad social. Bajo esta línea de intelección, se infiere que es más razonable permitir que se surtan todas las instancias previstas con antelación, pues ello permite aprovechar el recurso humano y todo el andamiaje técnico, científico y administrativo que configuró el legislador para emitir los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral. Igualmente, se garantiza que las personas en condición de discapacidad incurran en menos gastos y tramitología para acceder a las prestaciones y beneficios que se han instituido en su favor y cuya finali-

dad consiste en menguar las dificultades económicas, de salud, acceso al mercado laboral y demás consecuencias inherentes a las circunstancias que los convierten en sujetos de especial protección y merecedores de la solidaridad del Estado y del conglomerado social. Es relevante anotar que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral es un instrumento importante para acceder a beneficios como las pensiones de invalidez y sobrevivientes, indemnizaciones, ayudas humanitarias, entre otros beneficios que el Estado ha previsto en favor de este segmento de la población, por lo que resulta imperioso garantizarles su derecho al debido proceso en los términos en que fue configurado por el legislador en la Leyes 100 de 1993 y 1562 de 2012 y el Decreto Ley 19 de 2012. [...] el Gobierno nacional, al expedir la disposición acusada, ejerció la potestad reglamentaria sin contar con el soporte legal para implementar un trámite de única instancia por parte de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez cuando actuaran como peritos. Por el contrario, el legislador ideó una estructura de dos instancias y no especificó excepciones a esta regla. Además, la posibilidad de interponer recursos a los aludidos dictámenes resulta coherente con el acceso a la seguridad social por parte de un grupo poblacional que es destinatario de acciones afirmativas tendientes a garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y la participación efectiva en la sociedad. Ahora bien, el actor solicitó la anulación del numeral 3 del artículo 1 del Decreto 1352 de 2013; sin embargo, la lectura de la disposición permite advertir que el vicio de nulidad solamente recae en la expresión «y contra dichos conceptos no procederán recursos», por lo cual la declaratoria de nulidad únicamente recaerá sobre ese aparte. Además, conforme lo ha determinado esta Subsección en anteriores oportunidades,²⁵ los efectos de la decisión se diferirán por el término de 6 meses con el fin de

que el Gobierno nacional pueda hacer los ajustes a que haya lugar y no se genere un vacío normativo o una desarticulación del sistema de seguridad social con ocasión de la anulación de la expresión en comentario”.

Integración normativa y exhorto al Gobierno Nacional.

“[...] En lo que respecta al sub lite, se observa que el Decreto 1072 de 2015 derogó todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al sector trabajo que versaran sobre las materias allí reguladas, es decir, que el artículo 1, numeral 3, del Decreto 1352 de 2013 también fue derogado por la nueva disposición; sin embargo, el texto de la norma derogada fue integrado por completo en dicho acto, por ende, el mandato ha venido operando desde su expedición con idéntica redacción hasta la actualidad. La anterior premisa se ratifica en el artículo 3.1.1. del Decreto 1072 de 2015 en tanto previó que los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones allí compiladas mantendrían su vigencia y ejecutoriedad «bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto compilatorio». En este orden de ideas, se efectuará la integración normativa con el artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1072 de 2015, ya que su tenor es idéntico al de la disposición enjuiciada en este proceso, por ende, la presente decisión también se extenderá a esa norma. De esta manera se garantiza la eficacia real de la sentencia y la protección del orden jurídico superior. De otro lado, teniendo en cuenta que el Decreto 1072 de 2015 contiene más disposiciones que pueden guardar relación con la expresión que se anula en el sub lite, se exhortará al Gobierno nacional para lo que revise integralmente, así como las demás disposiciones concordantes, en aras de que armonice la reglamentación con la regla de decisión adoptada en la presente sentencia”.

AUTOS DE UNIFICACIÓN

Auto de unificación. Competencia para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos disciplinarios proferidos por la Procuraduría General de la Nación y demás entidades del Estado.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00674-00[2836-2016]

FECHA: 30/03/ 2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto de unificación

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: José Edwin Gómez Martínez

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Cuál es el juez competente para conocer del medio de nulidad y restablecimiento contra actos administrativos disciplinarios con cuantía, expedidos por autoridad diferente a la Procuraduría General de la Nación?

Tesis 1: “De la lectura de los artículos 149 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala considera que, conforme con el numeral 3 del artículo 152 ibídem, las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que imponen las sanciones de i) Destitución e inhabilidad general; (ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad; (iii) Suspensión, o (iv) Multa, expedidos por las autoridades administrativas de los diferentes órdenes, distintas de la Procuraduría General de la Nación, con una cuantía superior a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, son de competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Para la Sala, la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 152 citado puede aplicarse perfectamente como una regla especial de competencia para las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controvierten

asuntos disciplinarios con una clara distinción: entre (a) los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación diferentes al Procurador General de la Nación, sin atención a la cuantía, y (b) los funcionarios de cualquier autoridad (todas las autoridades del orden nacional, departamental, distrital y municipal) diferentes a la Procuraduría General de la Nación, cuando la cuantía exceda de 300 SMLMV. La segunda instancia de estos asuntos son de competencia del Consejo de Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Coherente con lo anterior, cuando se trate de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias, con cuantía inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, expedidos por autoridades de cualquier orden, sea nacional, departamental, distrital o municipal, conocerán los jueces administrativos en primera instancia, conforme con el numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En segunda instancia conocerán los tribunales administrativos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Problema jurídico 2: ¿Cuál es el juez competente para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento contra actos sancionatorios disciplinarios expedidos por la Procuraduría General de la Nación?

Tesis 2: “Tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra actos administrativos a través de los cuales la Procuraduría General de la Nación ejerce su poder disciplinario, para efectos de la competencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es relevante la cuantía ni el tipo de sanción impuesta; lo determinante es quién expide el acto sancionatorio. Así, si quién expide el acto sancionatorio es el Procurador General de la Nación en única instancia en los casos previstos en los numerales 16, 17, 21, 22, 23 y 24 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000 o el Viceprocurador o la Sala Disciplinaria por delegación del Procurador General de la Nación de las funciones previstas en los numerales 21, 22, 23 y 24 anteriormente citados, conoce el Consejo de Estado en única instancia de conformidad con el artículo 149 numeral 2, inciso 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Y si quien expide el acto administrativo disciplinario es un funcionario de la Procuraduría General de la Nación diferente del Procurador, la competencia está radicada en los tribunales administrativos en primera instancia”.

Problema jurídico 3: ¿Cuál es el juez competente para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento contra actos administrativos disciplinarios sin cuantía expedidos por autoridad diferente a la Procuraduría General de la Nación?

Tesis 3: “Las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía,

en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, es decir, las amonestaciones escritas, impuestas por las autoridades municipales, son de conocimiento de los juzgados administrativos en única instancia. Y en cuanto a las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos disciplinarios expedidos por una autoridad distrital, sin cuantía, es decir, que se trate de amonestación escrita, son de competencia de los tribunales administrativos en única instancia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto para dichos procesos no existe regla especial de competencia”.

Problema jurídico 4: ¿Cómo se determina la competencia en atención del factor territorial en los casos de imposición de sanciones?

Tesis 4: “Una vez se ha determinado la competencia por el factor objetivo, para establecer el factor territorial, la Sala considera que se debe aplicar la siguiente regla de competencia, por tratarse de un asunto sancionatorio: Artículo 156 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone: “Artículo 156. Competencia por razón del territorio. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas: [...] 8. En los casos de imposición de sanciones, la competencia se determinará por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción”. (..) en virtud del principio de la perpetuatio jurisdictionis, como garantía de la inmodificabilidad de la competencia judicial en el transcurso de un proceso, derivada del derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, los tribunales administrativos y juzgados administrativos que vienen conociendo de los procesos de nulidad y restablecimiento del

derecho contra los actos administrativos expedidos en ejercicio del poder disciplinario del Estado seguirán tramitándolos y los fallarán, sin que por razón de esta decisión se altere dicha competencia. En todo caso se garantizará la segunda instancia, respectivamente, ante el Consejo de Estado o ante los tribunales administrativos, para aquellos procesos que sean de doble instancia”.

Aclaración de voto de Consejero de Estado Rafael Suárez Vargas

Problema jurídico: ¿Cuál es la norma aplicable para establecer la competencia del juez administrativo para conocer del medio del control de nulidad y restablecimiento de actos sancionatorios disciplinarios expedidos por entidades distintas a la Procuraduría General de la Nación?

Tesis: “La posición mayoritaria de la Sala acoge la Tesis de aplicar el numeral 3 del artículo 155 y el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a efectos de determinar la competencia de asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos, proferidos en ejercicio del poder disciplinario por autoridades distintas a la Procuraduría General de la Nación que tengan cuantía. En este orden de ideas, concluye la Sala que de tales controversias conocerá, de un lado, el juez administrativo en primera instancia y el tribunal

administrativo en segunda instancia cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes y, de otro, el tribunal administrativo en primera instancia y el Consejo de Estado en segunda instancia, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.3.- Considero que las normas aplicables en los referidos eventos no son las invocadas en el fallo, sino el numeral 2 del artículo 155 y el numeral 2 del artículo 152 ibídem, según los cuales, respectivamente, los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos de “nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”4.- En sentir del suscrito no cabe duda que el régimen disciplinario de los empleados públicos hace parte del Derecho Administrativo Laboral y, por ende, las reglas de competencia en dicha materia en lo que toca con el factor territorial y el factor cuantía, son las precisadas anteriormente”.

Auto de unificación. Se fijan las reglas jurisprudenciales para determinar la autoridad judicial competente para conocer de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con los actos administrativos expedidos por el procurador general como supremo director del Ministerio Público y autoridad nominadora. Exclusión de participantes de concurso de méritos.

RADICADO: 11001-03-25-000-2016-00718-00(3218-16)

FECHA: 31/10/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto de unificación

PONENTE: Sandra Liseth Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Domingo Rafael García Pérez

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación y Universidad de Pamplona

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La demanda en la que se pretende la nulidad del acto administrativo expedido por el Procurador General para excluir a participantes del referido se profiere en su calidad de «supremo director del Ministerio Público» o en ejercicio de la comúnmente denominada «facultad nominadora», y en consecuencia, cuál es la autoridad judicial competente para su conocimiento?

Tesis: “[...] La Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su postura frente a: (i) la comprensión y alcance de la atribución de «supremo director del Ministerio Público» asignada al señor Procurador General; y (ii) la determinación de la autoridad judicial competente para conocer de las demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentadas para cuestionar los actos administrativos expedidos por el Procurador General en desarrollo de sus roles de «supremo director del Ministerio Público» y de «autoridad nominadora», para lo cual se fijan las siguientes reglas jurisprudenciales: La función de supremo director del Ministerio

Público, atribuida al Procurador General de la Nación, comprende esencialmente, el desarrollo de actividades de (1) orientación, (2) coordinación y (3) dirección de las diferentes dependencias y funcionarios que integran la entidad, a través de directivas, circulares, conceptos, memorandos y cualquier otra clase de actos administrativos, para que actúen de manera articulada en los ámbitos orgánico, funcional y técnico, y así asegurar unidad de acción. En aplicación del artículo 149, numeral 2.º, inciso 2.º, de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado es el competente para conocer en única instancia, de las demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que sin atención a la cuantía, se promuevan contra las decisiones proferidas por el Procurador General de la Nación como supremo Director del Ministerio Público. Los actos administrativos expedidos por el Procurador General de la Nación, para excluir a participantes de los concursos de méritos de carácter laboral desarrollados al interior de la entidad, son proferidos en ejercicio de la comúnmente denominada «facultad nomina-

dora». La competencia para el conocimiento de las demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovidas contra los actos administrativos expedidos por el Procurador General de la Nación, para excluir a participantes de los concursos de méritos de carácter laboral desarrollados al interior de la entidad, está atribuida en primera instancia, a los juzgados y tribunales administrativos, dependiendo de la cuantía, en atención a las reglas de competencia establecidas en los artículos 151 a 155 de la Ley 1437 de 2011 [...]”.

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

Sentencia de Unificación CE-SUJ-009-18. Reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en simple actividad antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004. Compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Procedencia o no de descuentos. Término de prescripción.

RADICADO: 68001-23-33-000-2015-00965-01(3760-2016)

FECHA: 01/03/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Araceli del Carmen Llanos García

DEMANDADO: Municipio de Soledad

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La demandante en su calidad de cónyuge supérstite del marino (...), quién falleció en simple actividad el 12 de enero de 1998, tiene derecho a la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes previsto en la Ley 100 de 1993?

Tesis 1: “[...] Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. [...] La pensión de sobrevivientes no

se consagró de la misma manera para todos los miembros de las Fuerzas Militares, especialmente en los casos de muerte simplemente en actividad. En efecto, se previó un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio, en atención a las distintas particularidades de cada una de las vinculaciones. [...] Es significativo anotar que el artículo 5 del Decreto 1211 de 1990, al definir la jerarquía militar, clasificó a los miembros de las Fuerzas Militares en oficiales y suboficiales en diferentes grados y categorías según su vinculación al Ejército Nacional, a la Armada Nacional o a la Fuerza Aérea. (...) En este punto y con el fin de clarificar el ámbito de aplicación de esta normativa, es importante precisar que no hacen parte del grupo de suboficiales del Ejército Nacional los soldados voluntarios ni los profesionales, como tampoco los soldados regulares, bachilleres y campesinos. En los términos de la Ley 131 de 1985, los soldados voluntarios eran

aquellas personas que habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y en tal condición quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expedieran para el desarrollo de aquella ley. Posteriormente, el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000 incorporó a los soldados voluntarios como soldados profesionales, para quienes el Gobierno Nacional expidió un régimen salarial y prestacional con base en lo preceptuado por la Ley 4.^a de 1992 (art. 38), el cual se encuentra contenido en el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000. De otro lado, se encuentran los soldados regulares, bachilleres y campesinos, que son modalidades de prestación del servicio militar obligatorio de conformidad con la Ley 48 de 1993, los cuales han sido denominados de manera genérica como conscriptos. [...] El artículo 13 ejusdem [Ley 48 de 1993] distinguió las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y los tiempos de duración de cada uno de ellos, así: «Artículo 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar: a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; b) Como soldado bachiller durante 12 meses; c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.» [...] Es de anotar que en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, al igual que en el de oficiales y suboficiales, el vínculo con la administración nace de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo

de nombramiento y la posterior posesión del servidor. Mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. [...] La financiación de la pensión de sobrevivientes se cubre con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional y con la suma adicional que sea necesaria completar, la cual está a cargo de la aseguradora correspondiente. Es importante precisar que los recursos para sufragar esta prestación no provienen de la acumulación de un capital suficiente para financiarla, como en principio sucede por ejemplo con la pensión de vejez, sino que se derivan de un sistema de aseguramiento del riesgo por fallecimiento del afiliado. Para el efecto el legislador previó un tiempo mínimo de cotización, con la expectativa de que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte de todos los afiliados cotizantes, resultaran suficientes para generar un fondo común en el caso del régimen de prima media, o una cuenta separada para este efecto, en el caso del régimen de ahorro individual, a través de una compañía de seguros. Así se deduce del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los principios de solidaridad y universalidad consagrados en la Constitución Política en esta materia. [...] El principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra. La trascendencia de este principio «radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación» Y su fundamento está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, en virtud de la cual «El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad exis-

tente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador» [...] El principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento (...) es plausible concluir que, para la aplicación de este principio, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:- La existencia de varias fuentes formales de derecho que regulen la misma situación fáctica.-Que dichas fuentes se encuentren vigentes al momento de causarse el derecho.-Que exista duda sobre cuál de ellas se debe aplicar.-La fuente formal elegida debe aplicarse en su integridad.-Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador. [...] El pro homine es un principio que irradia a todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de los derechos humanos. En palabras de la Corte Constitucional, «el principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad huma-

na y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. [...] Es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población [...] El denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las disposiciones legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. [...] Con fundamento en el principio de favorabilidad, los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en

virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros: i) habrá de verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la Ley 100, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, de acuerdo con lo previsto en el régimen general. En ningún caso habrá prescripción a favor

de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional [...].”

Problema jurídico 2: ¿La demandante acreditó los requisitos para tener derecho a la prestación? De ser así, ¿se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 00203 del 26 de marzo de 1999, que reconoció unas prestaciones por la muerte del marinerio (...) en los términos del Decreto 1211 de 1990?

Tesis 2: “[...] Se advierte que el requisito de dependencia se encuentra plenamente acreditado con las declaraciones extrajuicio que no fueron controvertidas por la parte demandada (ff. 19 y 20), en las cuales se afirmó de manera coincidente que él era el soporte económico de su hogar. [...] en virtud de la regla de favorabilidad, fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se debe atender el artículo 46 ibidem, en su texto vigente para el momento del deceso, es decir, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 47 de la misma [...] La Sala no pasa por alto que el Decreto 1211 de 1990 incluye dentro del orden de los beneficiarios de las prestaciones por muerte a los padres del causante si no hubieren hijos (en un monto del 50%), y el restante 50% para el cónyuge, mientras que la Ley 100 de 1993 solamente incluye al cónyuge, caso en el cual, se podría inferir que tal previsión podría resultar menos favorable para aquellos, no obstante, el reconocimiento así previsto resulta razonado y justificado si se tiene en cuenta la finalidad misma de la pensión en cuestión, que como se dijo, se dirige a proteger la familia como núcleo básico de la sociedad,

constituida por la voluntad responsable de conformarla, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar. [...] dado que el señor (...) (q.e.p.d.) prestó sus servicios a la Armada Nacional durante 3 años, 2 meses y 11 días, el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, debe ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación. Es decir, que conforme la certificación que obra en los folios 21 a 26 del expediente deberá tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada lo devengado por concepto de sueldo básico, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. [...] Lo anterior, en razón a que si bien se observa que el señor (...) devengó además del sueldo básico, prima de actividad, subsidio de familia y subsidio de alimentación, también es cierto que el porcentaje de los aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se calculó conforme a la asignación básica, motivo por el cual se debe atender el contenido del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 [...] en lo que se refiere al término de prescripción, ha de decirse que dado que el régimen aplicado debe atenderse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, el reconocimiento debería tener efectos, por prescripción trienal, a partir del 6 de marzo de 2011, teniendo en cuenta que la petición fue presentada el 6 de marzo de 2014, sin embargo, la sentencia de primera instancia señaló como fecha límite el 18 de marzo de 2011. No obstante, como tal aspecto no fue objeto de discusión en segunda instancia por la parte demandante, una modificación en tal sentido implicaría empeorar la situación del apelante único, lo que está prohibido por la ley. Por tanto, no es posible modificar la decisión del a quo. En relación con el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 00203 del 26 de marzo de 1999 que reconoció unas prestaciones por

la muerte del mariner (...) en los términos del Decreto 1211 de 1990, la Sala precisa que, ante la incompatibilidad de las prestaciones, es procedente el descuento de dichas sumas [...].”

Reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación

“[...] 1. Con fundamento en la regla de favorabilidad, los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

2.- Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

3.- Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros: i) habrá de verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación

por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

4.- Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la Ley 100, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, de acuerdo con lo previsto por el régimen general que contempla esta prestación.

5.- En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional [...]”.

Sentencia de Unificación CE-SUJ2-010-18. Pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las Fuerzas Militares en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada. Término de prescripción.

RADICADO: 81001-23-33-000-2014-00012-01(1321-2015)

FECHA: 12/04/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Pastora Ochoa Osorio

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los beneficiarios del soldado regular (...), quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tienen derecho a la aplicación del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993, en tanto que este derecho no está previsto en el Decreto 2728 de 1968, en la Ley 447 de 1998 ni en el Decreto 4433 de 2004 que contienen el régimen de prestaciones por retiro o fallecimiento de los miembros de las Fuerzas Militares, vinculados en razón de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio?

Tesis 1: “[...] el principio de la jurisdicción rogada tiene fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos en los términos indicados por el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, pero debe precisarse que aquel no puede entenderse como absoluto en esta jurisdicción y menos aún en materia laboral, especialidad dentro de la cual se conciben derechos mínimos e irrenunciables, que obligan al juez a dar aplicación a normas superiores, tal y como sucede cuando se acude a las excepciones de

convencionalidad, inconstitucionalidad, de ilegalidad, como tampoco si se está en presencia de eventos como el descrito en la sentencia C-197 de 1999, la cual prevé la obligación del juez contencioso administrativo de atender la norma constitucional cuando se encuentre frente a derechos fundamentales de aplicación inmediata o cuando debe decidir de oficio sobre excepciones previas o de fondo, solo para señalar algunas excepciones que se pueden presentar al carácter restrictivo del marco impuesto por los argumentos de las partes. En esas condiciones, es claro que el derecho pensional, como prestación concebida dentro del sistema de seguridad social integral, no debe considerarse ajeno a dicho principio, máxime si se tiene en cuenta su naturaleza de fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, lo que en principio faculta al juez para verificar el alcance de las pretensiones, interpretar los hechos de la demanda e incluso para aplicar el régimen pensional que corresponda a los presupuestos fácticos, así el citado régimen no haya sido expresamente invocado en la demanda o haya sido

invocado de manera errónea. No obstante lo anterior, en la aplicación de tal principio deben tenerse en cuenta algunas limitaciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: - Debe respetarse el principio de congruencia y por ello al juez no le está dado desconocer la relación lógica de coherencia entre los fundamentos fácticos que sustentan la pretensión y el objeto de la decisión judicial. - Al juez no le está dado suplir carencias procesales, como puede ser, entre otros, el poder para actuar. - No es posible agravar la situación al apelante único, salvo que fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la modificación que se pida, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso. En segunda instancia, deberá tener especial cuidado de que los hechos litigiosos sobre los cuales vaya a decidir hayan sido objeto del debate probatorio. [...] La aplicación del principio *iura novit curia* cobra especial importancia en materia laboral y de seguridad social. En efecto, la naturaleza de derecho fundamental de la seguridad social y el hecho de que el régimen general de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993 tenga «por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten», son condiciones que a las autoridades públicas no les está permitido desconocer. Ello implica que está vedado entender que el no invocar expresamente una norma, conlleva una dimisión a su aplicación en el caso concreto, por parte del interesado. Precisamente, el carácter de irrenunciables conlleva un trato especial al tema pensional, esto es, que ni siquiera se encuentra sometido al requisito de procedibilidad de la conciliación como presupuesto para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, condición que la jurisprudencia de esta Sección derivó de su carácter de dere-

chos ciertos e indiscutibles. [...] la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar. Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. [...] la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017 en su artículo 81 derogó la Ley 48 de 1993, pero reafirmó la obligación de definir la situación militar una vez cumplida la mayoría de edad (art. 11), previó una duración de entre 12 y 18 meses (art. 13), y señaló que el servicio militar se podría prestar como: «a) Soldado en el Ejército; b) Infante de Marina en la Armada Nacional; c) Soldado de Aviación en la Fuerza Aérea; d) Auxiliar de Policía en la Policía Nacional; e) Auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.» Así mismo esta norma prevé como uno de los derechos de los conscriptos el de devengar una bonificación mensual

hasta por un valor del 50% del salario mínimo mensual legal vigente (art. 44, literal a.) y la última llegará al total del salario mínimo (literal g.). Al finalizar el servicio este tiempo le será computado para efectos pensionales, de cesantías y prima de antigüedad (art. 45 literal a.). Así mismo, el artículo 75 se refirió a una indemnización en caso de que el conscripto sufra una disminución de la capacidad laboral. (...) solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 se previó una pensión a favor de los beneficiarios del conscripto fallecido, toda vez que el Decreto 2728 de 1968 no la contemplaba. Aunado a lo anterior, es importante advertir que la Ley 447 de 1998 consagró la aludida pensión, tan solo para aquellas muertes ocurridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público. Se observa entonces que para el caso del fallecimiento de un conscripto en simple actividad, la única prestación se encuentra prevista en el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, y consiste en el reconocimiento y pago de 24 meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinerero. [...] El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equiparlo con la otra. La trascendencia de este principio «radica en que diferencia el derecho laboral del derecho civil, en el cual se predica igualdad de las partes y no discriminación». Y su fundamento está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo, en virtud de la cual «El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable

al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador» Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el de favorabilidad, el in dubio pro operario, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos, y el de la primacía de la realidad sobre las formas. Desde el punto de vista legislativo tal principio ha tenido su desarrollo en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo. [...] el principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. No está de más aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador». [...] El pro homine es un principio que irradia a todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de los derechos humanos. En palabras de la Corte Constitucional, «el principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de

la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional [...] Es viable que frente a una prestación en particular sea procedente el análisis de la transgresión del derecho a la igualdad por establecer un trato diferenciado que conlleve una desmejora evidente, de manera arbitraria y sin razón aparente, frente a quienes están afiliados al régimen general, pues la creación de dichas condiciones especiales busca ofrecer protección específica a algunos sujetos que desarrollan determinada labor, lo cual implica que no pueda ser menos beneficiosa que la prevista para el resto de la población. [...] El denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las disposiciones legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. [...] La demandante, en su calidad de madre del soldado regular [...] quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tiene derecho a la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes previsto en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, en tanto que el régimen especial de prestaciones por muerte en simple actividad de los soldados regulares, no consagra dicha prestación [...].”

Problema jurídico 2: ¿La demandante acreditó los requisitos exigidos por las normas que consagran la pensión de sobrevivientes? De ser así, se deberá resolver si ¿se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007, a través de la cual se

reconoció una compensación por la muerte de (...) en los términos del Decreto 2728 de 1968?

Tesis 2: “[...] La demandante demostró el parentesco con (...) con el registro civil de su fallecido hijo. [...] es claro que la dependencia económica no puede asumirse desde la óptica de la carencia total de recursos económicos, sino en la falta de condiciones materiales mínimas para la subsistencia. Es de anotar que dicho concepto debe ser analizado en armonía con los postulados constitucionales y legales que enmarcan la seguridad social, tales como la protección especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. [...] dado que el señor (...) (q.e.p.d.) prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 1 año, 5 meses y 26 días el monto de la citada prestación pensional, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, debe ser equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, según lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 [...] Conviene precisar que la Ley 48 de 1993 en el artículo 39 literal a.) concedió a los conscriptos el derecho a devengar una bonificación mensual, sin embargo, el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 dispuso que frente a tal valor no se realizarían cotizaciones. Por lo anterior, y para efectos de liquidar la mesada pensional decretada, habrá de tenerse en cuenta que el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, determina que en ningún caso el ingreso base de cotización puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente [...] en lo que se refiere al término de prescripción, debe señalarse que al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el cual como se dijo, debe aplicarse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, es decir, en relación con las mesadas pensionales a reconocer, es el trienal, conforme se explicó anteriormente. Así las cosas, el reconocimiento tendrá efectos a partir del 13 de julio de 2008, dado que la petición se presentó el 13

de julio de 2011 [...] En relación con el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 a través de la cual se reconoció una compensación por la muerte de (...) en los términos del Decreto 2728 de 1968, la Sala precisa que ante la incompatibilidad de las prestaciones, es procedente el descuento, el cual deberá efectuarse de conformidad con lo señalado en las reglas de unificación”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] 1. En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011.

2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

3. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general.

6. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional [...]”.

Se unificó la jurisprudencia respecto al reconocimiento de la pensión gracia, en cuanto a los recursos provenientes del situado fiscal, una vez incorporados al presupuesto, son de propiedad de los entes territoriales y no tienen la virtualidad de mutar la vinculación de los docentes territoriales o nacionalizados en nacionales, respecto de aquellos en los que ha intervenido el Fondo Educativo Regional.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-04683-01(3805-2014)

FECHA: 21/06/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

DEMANDANTE: Gladys Amanda Hernández Triana

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“Los docentes nombrados por entidades territoriales, cuyos pagos salariales fueron financiados en su momento con recursos del situado fiscal, posteriormente Sistema General de Participaciones, en cuya vinculación además haya intervenido el respectivo Fondo Educativo Regional (FER), ostentan la condición de educadores nacionales en virtud de que los recursos para el pago de sus acreencias laborales provienen directamente de la Nación”?

Tesis: “[...] i) Los recursos del situado fiscal que otrora transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales, en vigencia de la Carta de 1886 y hasta cuando permanecieron en vigor en la Constitución de 1991, no obstante su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes en calidad de rentas exógenas. ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del sistema general de participaciones, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Po-

lítica de 1991. iii) La financiación de los gastos que generaban los fondos educativos regionales no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del situado fiscal, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2.º, de la Ley 24 de 1988). iv) Así como los fondos educativos regionales atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados, resulta factible colegir de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación — situado fiscal — como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas. v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionaliza-

dos se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la junta administradora del respectivo fondo educativo regional, así, este último, certifique la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación. vi) Prueba

de calidad de docente territorial. Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales o, en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial [...]”.

Se unificó jurisprudencia en relación con la calidad de servidor público del docente oficial, el momento a partir del cual se hacen exigibles las cesantías parciales o definitivas, el salario base para su liquidación y la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

RADICADO: 73001-23-33-000-2014-00580-01[4961-2015]

FECHA: 18/07/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jorge Luis Ospina Cardona

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial?

Tesis 1: “[...] Los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de

los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional”.

Problema jurídico 2: En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías o se pronuncie de manera tardía, ¿a partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?

Tesis 2: “[...] [Sienta Jurisprudencia] la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas: En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica

la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria. Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto [...].”

Problema jurídico 3: ¿Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

Tesis 3: “La Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extiende en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir

del 31 de diciembre de 1996, la obligación del empleador surge.» A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las por cada vigencia fiscal -Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente- y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas”.

Problema jurídico 4: ¿Resulta procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce?

Tesis 4: “[...] Al no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.(...) otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde el salario como retribución por los servicios

prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.(...) En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido [...].”

Sentencia de Unificación CE-SUJ2-013-18.

Régimen de prestaciones de los soldados voluntarios muertos en combate antes del 7 de agosto de 2002.
Compatibilidad de los emolumentos percibidos en virtud de la muerte con la pensión de sobrevivientes reclamada.
Procedencia o no de descuentos. Término de prescripción.

RADICADO: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15)

FECHA: 04/10/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Dora Alicia Campo Correa y Luis Ángel Correa Quintero

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los demandantes, en su calidad de madre y padre del soldado voluntario (...), ascendido de forma póstuma al grado de cabo segundo, quién falleció en combate el 3 de agosto de 1998, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que no está prevista en el Decreto 2728 de 1968 que contiene el régimen de prestaciones por retiro o fallecimiento de los soldados y grumetes de las Fuerzas Militares?

Tesis 1: “[...] El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas. [...] la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuer-

zo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». Asimismo, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y, en este mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia». En el mismo sentido, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales

que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad norma mínima, que contempló las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes como una garantía mínima para las pensiones protegidas. En desarrollo de tal convenio, luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), que resalta la importancia de estas prestaciones sociales. [...] el artículo 48 de la Constitución Política dispuso que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley. [...] la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar. Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un de-

sarrollo del principio de solidaridad. [...] los soldados voluntarios eran aquellas personas que, habiendo prestado servicio militar obligatorio, decidían vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al reglamento de régimen disciplinario, al régimen prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley. [...] a fin de precisar el ámbito de aplicación de la presente sentencia de unificación, es importante diferenciar a los soldados voluntarios, de los soldados regulares, bachilleres y campesinos, e igualmente de los suboficiales y oficiales de la Fuerza Pública. Los soldados regulares, bachilleres y campesinos corresponden a modalidades de prestación del servicio militar obligatorio de conformidad con la Ley 48 de 1993, los cuales han sido denominados de manera genérica como conscriptos. [...] en el caso de los soldados voluntarios y profesionales, el vínculo con la administración nace de una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento y la posterior posesión del servidor. Mientras que en tratándose de los conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. [...] El régimen especial de las Fuerzas Militares reguló de diferente manera el tema de las prestaciones por muerte de sus miembros, en atención a las particularidades de cada una de las vinculaciones. En efecto, se previó un régimen para los soldados voluntarios y otro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y uno adicional para quienes prestaran el servicio militar obligatorio [...] señaló una serie de prestaciones a favor de los beneficiarios de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en combate, entre las que se encuentran el

ascenso póstumo y el derecho a la asignación de retiro por muerte en combate, cuando el oficial o suboficial fallecido llevare como mínimo doce años en servicio. [...] se observa que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 no contempló una pensión de sobrevivientes para los beneficiarios de los soldados voluntarios muertos en combate, y que no fue sino hasta la expedición de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 que se consagró, de manera expresa, tal derecho a favor de los beneficiarios de los soldados que para ese momento habían sido incorporados como profesionales por virtud del Decreto 1793 de 2000. [...] el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, incluyó como destinatarios a los beneficiarios de los soldados fallecidos entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y teniendo en cuenta que dicha norma fue expedida el 31 de diciembre de 2004, se generaría el interrogante de cuál es la preceptiva que rige a dicho personal entre el 1 de enero y el 30 de diciembre de 2004, duda que se disipa al corroborar que el proceso de incorporación de los soldados voluntarios al régimen de carrera de soldados profesionales instaurado por el Decreto 1793 de 2000, se adelantó de manera generalizada a través de las Órdenes Administrativas de Personal 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, por medio de las cuales el Ministerio de Defensa dispuso la conversión obligatoria, situación que conllevó a que todos los soldados fueran ya profesionales, lo cual los ubica en el primer inciso del referido artículo 22. [...] El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equiparlo con la otra. [...] Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el principio de favorabilidad, el in dubio pro operario, el de la condición más bene-

ficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos y el de la primacía de la realidad sobre las formas. [...] En lo que es relevante para el asunto bajo examen, el principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la fuente formal de derecho aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. [...] Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador. [...] El principio pro homine es un principio que irradia a todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de tales derechos. En palabras de la Corte Constitucional, «el principio de interpretación pro homine, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional». [...] El pro homine se ha considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, que tiene aplicación en materia laboral y de derecho a la seguridad social, al ser considerado este como un derecho fundamental. [...] En materia pensional, la jurisprudencia Constitucional y

del Consejo de Estado ha admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio sino que favorece a sus destinatarios. [...] el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las disposiciones legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. [...] la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y, en ese sentido, se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente, y propende por la salvaguarda de las expectativas legítimas, que es aquella que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro. [...] La especialidad es un principio general del derecho y su referente normativo en el ámbito Colombiano se ubica en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 (...) La utilidad de este principio como criterio interpretativo para resolver los casos en los que se presenta incompatibilidad entre fuentes formales del derecho de igual jerarquía [...] en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 permitió que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia, esta le resulta más favorable, siempre que se someta a la totali-

dad de sus disposiciones, lo cual genera duda sobre cuál es la que debe regular la situación de los beneficiarios del soldado voluntario frente a las prestaciones por muerte de aquel. [...] Se evidencia entonces la existencia de dos regímenes vigentes hasta antes del 7 de agosto de 2002, fecha a partir de la cual los beneficiarios de los soldados voluntarios tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 22 del Decreto 4433 de 2004. [...] es evidente la divergencia que se presenta entre las prestaciones que conceden ambos regímenes, especialmente en relación con el ascenso póstumo, el cual si bien no tiene un carácter económico sí sirve como base para el reconocimiento de las prestaciones que se expresan en sumas líquidas, motivo por el cual la Sala se detendrá en este particular. [...] por virtud del Decreto 2728 de 1968, los soldados voluntarios fallecidos en combate, ascendían a suboficiales y por ende eran destinatarios del Decreto 89 de 1984, tal regulación solo contemplaba la pensión de sobrevivientes para aquellos miembros de la Fuerza Pública que hubieran fallecido en combate, y tuvieran 12 o más años de servicios, lo que no les permitía acceder a la aludida prestación por muerte, como quiera que al haberse incorporado en esa calidad a las Fuerzas Militares por virtud de la Ley 131 de 1985, no les era dable reunir el requisito temporal que la norma exigía toda vez que ningún soldado voluntario habría podido prestar sus servicios durante 12 años en vigencia del decreto en mención. [...] con la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989, que obtuvieron el derecho a tal prestación, toda vez que la aludida disposición la preveía con independencia del tiempo de servicio, lo cual se mantuvo con el Decreto 1211 de 1990, normas que mejor regulan el supuesto de hecho consistente en la muerte de un miembro de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o

restablecimiento del orden público [...] el criterio hermenéutico de especialidad conduce a que sea el Decreto 95 de 1989 o el Decreto 1211 de 1990, según la fecha de fallecimiento, la norma aplicable para los soldados voluntarios fallecidos en combate desde la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989 hasta el 7 de agosto de 2002, fecha a partir de la cual se aplican las reglas contenidas en el Decreto 4433 de 2004”.

Problema jurídico 2: ¿Se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte [del soldado] en los términos del Decreto 2728 de 1968?

Tesis 2: “[...] dado que el señor (...) prestó sus servicios al Ejército Nacional, por un lapso inferior a 12 años, la liquidación de la mesada, en aplicación del Decreto 1211 de 1990, artículo 189, debe realizarse debe realizarse teniendo como base los haberes correspondientes al grado conferido, esto es de cabo segundo, sobre el equivalente al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 de la misma normativa [...] en lo que se refiere al término de prescripción, debe decirse que al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el cual como se dijo, debe atenderse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales es el cuatrienal, de acuerdo con lo previsto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 [...] no se ordenará descuento alguno por concepto de compensación y cesantías dobles, comoquiera que no existe incompatibilidad entre las prestaciones por muerte en combate reconocidas en la Resolución 001663 del 12 de mayo de 1999 y las que se ordena reconocer en virtud del Decreto 1211 de 1990, sino que contrario a ello, se presenta identidad entre aquellas. Tal como se explicó en las reglas de unificación,

al señalarse que por tratarse de una muerte en combate, y de la aplicación del régimen propio de las Fuerzas Militares y no el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, no es dable la realización de los descuentos [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Si la liquidación de la pensión de sobrevivientes con el régimen aplicable es mayor a la que le hubiera correspondido con la liquidación de la Ley 100 de 1993, se vulneraría el principio de la non reformatio in pejus teniendo en cuenta que la entidad es apelante único?

Tesis 3: “[...] como quiera que ya se encuentran establecidos los criterios para la liquidación de la prestación en comento, es necesario verificar si tal medida resulta más desfavorable al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Ello, en atención a que el artículo 328 del Código General del Proceso impone al juez de segunda instancia la limitación de hacer más desventajosa la situación del apelante único. Para lo anterior, se observa que la liquidación de la pensión con base en el régimen general, se liquida de acuerdo a lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 en el artículo 48, que ordena que sea equivalente al 45% del ingreso base de liquidación, el cual según lo dispuesto por el artículo 21 ibidem corresponde al «promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE», es decir, que se debe tener en cuenta la asignación salarial que devengaba un soldado voluntario, que para lo que interesa al presente caso será el sueldo básico (\$326122.00) y la prima de antigüedad (\$63593.79), certificados en el folio 88 del expediente. En esas condiciones, es evidente la diferencia entre una y otra mesa-

das, pues resulta más elevada la liquidada conforme el régimen especial. No obstante, dada la condición de apelante único del Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, no es viable modificar la decisión del a quo en este sentido sin desconocer la limitante impuesta por el principio de la non reformatio in pejus”.

Reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación

“[...] - Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida

se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.

- Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

- Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990) [...]”.

Sentencia de unificación. El régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio lo determina la fecha de vinculación al servicio. Determinación del ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

RADICADO: 68001-23-33-000-2015-00569-01[0935-2017]

FECHA: 25/04/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Abadía Reynel Toloza

DEMANDADO: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Cómo se determina el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

Tesis: “[...] De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régi-

men de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones [...]”.

Régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales y partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación. Inclusión del subsidio familiar como partida computable. Forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales – Inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

RADICADO: 85001-33-33-000-2013-00237-01(1701-16)

FECHA: 25/04/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Julio César Benavides Borja

DEMANDADO: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Cuál es el salario base de liquidación que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante?

Tesis 1: “De conformidad con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de sentar jurisprudencia. [...] la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en atención a lo previsto en los artículos 13A y 14 del regla-

mento interno de esta Corporación (Acuerdo 58 de 1999). En este caso, el proceso fue avocado para su conocimiento por la Sala de Sección por medio de auto del 31 de octubre de 2018, al considerar que, en el presente asunto, se daban los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para que la Sección Segunda del Consejo de Estado proferiera una sentencia de unificación. [...] a fin de precisar en su integridad lo relacionado con la asignación de retiro de los soldados profesionales, la Sala de Sección considera necesario unificar jurisprudencia en relación con lo siguiente: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación

del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales. Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015. [...] la Constitución Política consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley. [...] Uno de los componentes del derecho a la seguridad social es aquella prestación que tiene la finalidad de amparar la contingencia de la vejez, de manera que se le permita al afiliado mantener las condiciones necesarias para su subsistencia y de esta manera «garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez». En ese orden, y bajo los principios constitucionales, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, con instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se llegaren a in-

corporar normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar, y les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Estas condiciones no pueden ser desconocidas por las autoridades públicas, sin embargo, el artículo 279, excluyó de su aplicación a las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, de manera que este personal tiene su régimen propio como pasa a estudiarse. [...] la asignación de retiro se concibió como una prestación a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, para compensar el desgaste físico y mental al que se han visto sometidos y para garantizar la dignidad de los miembros de la respectiva institución que, con posterioridad a los años de servicio en cumplimiento de funciones de especial riesgo, se enfrentan a la cesación en sus actividades laborales. De manera que la asignación de retiro es uno de los componentes del derecho a la seguridad social propio de este personal. [...] solo hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 que pudo hablarse de un derecho a la asignación de retiro de los soldados profesionales, propiamente dicho, dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares, pues, las normas que anteriormente regularon las prestaciones sociales en favor de este personal remitieron a las disposiciones generales en esta materia. [...] las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensiona-

les». [...] los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. [...] tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. [...] En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: i.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad; ii.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes. [...] la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016.

Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2. del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. [...] la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Debe incluirse dentro de la asignación de retiro del demandante el subsidio familiar como partida computable?

Tesis 2: “[...] Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. [...] Para quienes causaron su derecho a la asigna-

ción de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal [...].”

Problema jurídico 3: ¿CREMIL aplicó debidamente el 70 % previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro del demandante?

Tesis 3: “[...] CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación. Conviene aclarar además que el hecho de que la citada entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar a cabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador. [...] la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo. [...] al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor

de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad = Asignación de Retiro. [...] En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho. [...] Resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro [...] es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%. [...] si bien el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ii) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes. [...] No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares [...]”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] 1.- En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asig-

nación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1.- Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2.- Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2.- Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3.- Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

4.- A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley

1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1.- La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2.- Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5.- Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$

6.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

7.- No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

8.- Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción. [...]”.

Pensión de sobrevivientes de beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004. Compensación por muerte en simple actividad y pensión de sobrevivientes. Prescripción de los descuentos percibidos por compensación por muerte en simple actividad.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-02235-01[2602-16]

FECHA: 30/05/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Flor Myriam Acosta Castañeda

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿La demandante, en su calidad de cónyuge superstite del cabo primero (...), quién falleció en simple actividad el 8 de octubre de 1994, tiene derecho a la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes previsto en la Ley 100 de 1993?

Tesis 1: “[...] El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como un derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas. Para señalar algunos de tales instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la

satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». Asimismo, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y en idéntico sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia». En este sentido, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, se suscribió el Con-

venio 102 de la OIT sobre la seguridad social, la cual contempló las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes como una garantía mínima para las personas protegidas. Luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), en el que se resalta la importancia de esas prestaciones sociales. [...] el artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley. [...] la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar. [...] Dentro de las prestaciones económicas que se incluyen en el Sistema General de Seguridad Social, el legislador, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, previó la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como mecanismos de protección a la familia como núcleo básico de la sociedad, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de quienes se beneficiaban de sus ingresos. Es decir, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y constituye un desarrollo del principio de solidaridad. [...] El artí-

culo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó a los miembros de la Policía Nacional de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social y, por su parte, los artículos 150, ordinal 19.º, literal e) y 218 de la Constitución Política establecieron que la ley debía fijar el régimen salarial y prestacional especial aplicable a aquellos, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. [...] en lo que respecta a la definición de muerte simplemente en actividad o en simple actividad, como también se ha denominado, es de anotar que no se encuentra de manera expresa en la norma. [...] debe advertirse que la pensión de sobrevivientes no se consagró en la misma normativa para todos los miembros de la Policía Nacional, especialmente en los casos de muerte simplemente en actividad. [...] antes de la expedición de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de ese año, el fallecimiento simplemente en actividad de un oficial o suboficial en servicio activo solamente podría causar una pensión para sus beneficiarios si había permanecido en la institución por lo menos 15 años. Ello conforme a lo previsto por el Decreto 1212 de 1990, exigencia que corresponde a la impuesta por el artículo 144 de la misma norma para la asignación de retiro [...] El contexto normativo en cuestión evidencia un vacío que limita el acceso a la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales muertos en simple actividad antes de la expedición de la mencionada Ley 923 de 2004, dado que no existía una regla que expresamente consagrara este derecho. [...] Frente a esta situación, la Sala sostendrá que, dada la naturaleza y finalidad de la prestación en estudio, no se debe impedir el acceso al derecho pensional a los beneficiarios del oficial o suboficial de la Policía Nacional fallecido en simple actividad. [...] El Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 contempló distintos tipos de prestaciones para las contingen-

cias de vejez, invalidez y muerte. [...] el artículo 49 previó el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, en los casos en los cuales para el momento de la muerte del afiliado, éste no había cumplido con el requisito de las semanas de cotización. Los requisitos para obtener la aludida prestación fueron modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 [...] en desarrollo del principio de solidaridad, el artículo 75 ejusdem contempla la garantía estatal de pensión mínima de sobrevivientes, precisando que el Estado debe garantizar el complemento para que los sobrevivientes tengan acceso a tal prestación mínima, la cual será equivalente al 100% del salario mínimo mensual vigente. [...] los recursos para sufragar esta prestación no provienen de la acumulación de un capital suficiente para financiarla, como en principio sucede por ejemplo con la pensión de vejez, sino que se derivan de un sistema de aseguramiento del riesgo por fallecimiento del afiliado. Para el efecto el legislador previó un tiempo mínimo de cotización, con la expectativa de que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte de todos los afiliados cotizantes, resultaran suficientes para generar un fondo común en el caso del régimen de prima media, o una cuenta separada para este efecto, en el caso del régimen de ahorro individual, a través de una compañía de seguros. Así se deduce del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los principios de solidaridad y universalidad consagrados en la Constitución Política en esta materia. [...] El principio más importante en materia laboral es el principio protector o protectorio como también se le ha denominado. En virtud de este principio se protege a la parte más vulnerable de la relación laboral, que es el trabajador, y por ende hay desigualdad o discriminación positiva en su favor a fin de equipararlo con la otra. [...] Dentro de las manifestaciones de este principio se encuentran el de favorabilidad, el in

dubio pro operario, el de la condición más beneficiosa, el de la irrenunciabilidad de los derechos, y el de la primacía de la realidad sobre las formas. Desde el punto de vista legislativo tal principio ha tenido su desarrollo en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo. [...] El principio de favorabilidad es una de las expresiones del principio protector [...] En lo que es relevante para el asunto bajo examen, el principio de favorabilidad se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto concreto. La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento. [...] de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador». [...] Igualmente, puede aplicarse este principio cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador. [...] El pro homine es un principio que irradia a todos los derechos humanos, al ser connatural a la existencia misma del sistema de protección de los derechos humanos. En palabras de la Corte Constitucional, «el principio de interpretación pro homine, impone aquella

interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional». [...] El aludido principio se ha considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, que tiene aplicación en materia laboral y de derecho a la seguridad social, al ser considerado este como un derecho fundamental. [...] En materia pensional, la jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado han admitido que la existencia de regímenes especiales que ofrezcan un nivel de protección igual o superior al previsto por el general no vulnera el derecho a la igualdad y que dicho tratamiento diferenciado no resulta discriminatorio sino que favorece a sus destinatarios. Adicionalmente, ha indicado que quienes se encuentran beneficiados por aquellos regímenes especiales, en principio, deben acogerse en su totalidad a estos pues, aunque existan algunas prestaciones que no resulten tan favorables, es posible que estén contempladas otras disposiciones que permitan compensar ese tratamiento con otros beneficios. [...] la condición más beneficiosa se presenta cuando hay tránsito legislativo y, en ese sentido, se debe escoger entre una norma derogada y otra vigente. En tales casos se busca la salvaguarda de las expectativas legítimas, que son aquellas que otorgan a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro. [...] si bien el régimen gene-

ral exceptúa de su ámbito de aplicación a los miembros de la Policía Nacional en el artículo 279, también es cierto que en el artículo 288 ibidem, permite que todo trabajador se beneficie de ella si ante la comparación con leyes anteriores sobre la misma materia esta le resulta más favorable y siempre que se someta a la totalidad de sus disposiciones. [...] Así las cosas, el régimen aplicable en virtud de la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288, es el general previsto en la Ley 100 de 1993, el cual deberá atenderse en su integridad, esto es, en lo relativo al monto de la prestación, al ingreso base de liquidación y al orden de beneficiarios. [...] Es oportuno señalar, además, que el término prescriptivo trienal es igual al que consagran los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respecto de los derechos de que tratan las referidas normas. [...] en el sub examine, es importante anotar que la Tesis aquí expuesta no implica un cambio de jurisprudencia. Por el contrario, se trata de materias sobre las cuales se está sentando jurisprudencia y, adicionalmente, no se observa que con las reglas acá establecidas se esté restringiendo el acceso a la administración de justicia, o se configure alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial. De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. Así mismo, como esta sentencia no es constitutiva de derecho, las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción [...]”.

Problema jurídico 2: ¿La demandante acreditó los requisitos para tener derecho a la prestación?

Tesis 2: “[...] se colige que, en el presente caso y en virtud de la regla de favorabilidad fijada por el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se debe atender el artículo 46 ibidem, en su texto vigente para el momento del deceso, es decir, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, que sí reconoce la citada prestación pensional a favor de los beneficiarios de que trata el artículo 47 ejusdem [...] La Sala no pasa por alto que el Decreto 1212 de 1990, al incluir dentro del primer orden de beneficiarios de las prestaciones por muerte al cónyuge sobreviviente, en un porcentaje del 50%, y a los hijos del causante, en el 50% restante, no exige respecto de estos últimos el cumplimiento de requisitos especiales a efectos de concederles tales derechos, lo que sí sucede con la Ley 100 de 1993 en cuanto les condiciona el reconocimiento de la calidad de beneficiarios (...) Aunque podría pensarse que tales condiciones no son más favorables, el reconocimiento así previsto resulta razonado y justificado si se tiene en cuenta la finalidad de la pensión en cuestión, que como se dijo, se dirige a proteger la familia como núcleo básico de la sociedad, constituida por la voluntad responsable de conformarla, con el propósito de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba una persona a su grupo familiar. Lo cierto es que la reclamación objeto de revisión fue realizada por la cónyuge a nombre propio y que, en virtud de la inescindibilidad ordenada por la ley, debe aplicarse integralmente el contenido de la Ley 100 de 1993 [...] Si bien es cierto que los hijos del causante tuvieron la condición de beneficiarios de la prestación económica en cuestión, dado que no son demandantes dentro del presente proceso no se realizará pronunciamiento alguno sobre el derecho que pudo haberles asistido. En todo caso, en cuanto resulta de relevancia para establecer la proporción del derecho de la demandante, es necesario precisar que la condición de beneficiarios la habrían perdido presuntamente al alcanzar la mayoría

de edad, es decir, el 18 de febrero de 2000 y el 27 de febrero de 2003. En consecuencia, en esta última fecha, el derecho a la pensión de sobrevivientes de la señora (...) se acrecentó para consolidarse en una proporción del 100%. [...] Se advierte que el requisito de dependencia económica no se exige respecto del cónyuge o compañero supérstite ni de los hijos menores de 18 años y hasta 25 dedicados a estudiar. [...] en lo que se refiere a la prescripción, se observa que acertó el a quo en la aplicación del término trienal pues el régimen aplicado debe atenderse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad de las leyes. Con ello, resulta correcta su decisión en cuanto dispuso que las mesadas causadas entre el 9 de octubre de 1994 y el 18 de marzo de 2010 prescribieron pues entre la fecha de reclamación a la entidad, es decir, 19 de febrero de 2010, y la fecha de presentación de la demanda, 19 de marzo de 2013, transcurrieron más de tres años [...]”.

Problema jurídico 3: ¿Se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 11056 del 11 de julio de 1995, que reconoció unas prestaciones por la muerte del cabo primero (...) en los términos del Decreto 1212 de 1990?

Tesis 3: “[...] es procedente el descuento, debidamente indexado, de lo que se hubiere pagado por virtud de la compensación por muerte, como consecuencia de la aplicación del Decreto 1212 de 1990. En todo caso, la entidad solo podrá efectuar el descuento siempre y cuando haya identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce. Sobre este último punto conviene aclarar que si existe identidad parcial respecto de las personas que recibieron la compensación por muerte y aquellas que reclaman la pensión de sobrevivientes, es decir, si por el orden de beneficiarios contenido en el régimen especial concurrieron

varias personas para recibir la prestación por muerte, solamente habrá lugar a descontar el monto que le correspondió a quien se le reconozca la pensión de sobrevivientes, debidamente indexado. De manera que por ningún motivo podrá hacerse deducción alguna de la compensación por muerte a quien no resulte beneficiario de la pensión de sobrevivientes. En síntesis, para efectos del descuento deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: i) verificarse la identidad entre el beneficiario de la compensación por muerte y el beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reconoce y solo en caso de existir plena identidad entre ambos total o parcialmente, podrá efectuarse el aludido descuento; ii) la entidad solo podrá descontar lo pagado por compensación a aquellas personas a favor de las cuales se reconoció la pensión, y en el porcentaje en que les haya correspondido la compensación por muerte; iii) no podrá hacerse deducción alguna del porcentaje de la compensación por muerte que fue pagada a quien no es beneficiario de la pensión de sobrevivientes; iv) para esta deducción deberán indexarse tanto el monto de la compensación por muerte como el retroactivo pensional a favor del demandante; v) en aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte que debe descontarse supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, deberá realizarse un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital. [...] En relación con el descuento de los valores pagados a favor de la demandante por concepto de indemnización por muerte a través de la Resolución 11056 del 11 de julio de 1995, la Sección encuentra que aunque el asunto no fue objeto de la apelación, es imperativo pronunciarse al respecto en primer lugar porque el régimen de la Ley 100 debe aplicarse en su integridad en virtud del principio de inescindibilidad y, de otro lado, porque el artículo 187 del CPACA

dispone que «[...] [e]l silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus [...]». En tal virtud, la Sala precisa que ante la incompatibilidad de la compensación por muerte consagrada en el Decreto 1212 de 1990 con la pensión de sobrevivientes propia de la Ley 100 de 1993, es procedente el descuento de dichas sumas. Sin embargo, de acuerdo con las reglas antes expuestas, solamente habrá lugar a efectuar el descuento de lo efectivamente pagado a la señora (...) a quien, según se indicó, le correspondía el 50% de la suma total reconocida”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] 1.- Con fundamento en la regla de favorabilidad, los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional fallecidos en simple actividad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en esta última, artículos 46, 47 y 48. Este régimen deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios.

2.- Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional.

3.- Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por

concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital.

4.- Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales fallecidos en simple actividad, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y en vigencia de la Ley 100, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con

las mesadas pensionales, es el trienal, de acuerdo con lo previsto por el régimen general que contempla esta prestación.

5.- En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional.

6.- Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción [...].”

Sentencia de unificación. Reglas para establecer el régimen salarial y prestacional aplicable al personal civil del sistema de salud de las Fuerzas Militares incorporado a la planta global de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de Sanidad Militar.

RADICADO: 25000-23-42-000-2016-04235-01(0901-2018)

FECHA: 12/12/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Gladys Yadira Páez Peña

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es necesario determinar cuál es el régimen salarial y prestacional del personal civil vinculado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares incorporados a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional, teniendo en cuenta el desarrollo normativo a partir del artículo 248 de la Ley 100 de 1993, la Ley 352 de 1997, el Decreto 3062 de 1997, la Ley 1033 de 2006, el Decreto 92 de 2007 y el Decreto 4783 de 2008?

Tesis: “[...] Primero: Sentar jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el régimen salarial y prestacional del personal civil vinculado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporó a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar. Con este fin, se establece lo siguiente: Entre la vigencia del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997, aplican las siguientes reglas: 1. En materia salarial: Los empleados públicos vinculados e incorporados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, se regían por las normas establecidas por el Gobierno Nacional para los servidores de los establecimientos públicos del orden na-

cional. Por lo tanto, como quiera que estaban vinculados a un órgano del nivel descentralizado no se regían por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional. 2. En materia de Seguridad Social Integral el régimen aplicable era el previsto en la Ley 100 de 1993 para los empleados públicos que se vincularan al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional. En lo relativo a las demás prestaciones les aplicaba el Decreto 2701 de 1988 y normas que lo modificaron o adicionaron. Los empleados públicos vinculados al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que se incorporaron al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, continuaron cobijados por el Decreto 1214 de 1990. A partir de la vigencia de la Ley 352 de 1997 los empleados públicos que antes prestaban sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y que fueron incorporados a la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional, dejaron de pertenecer al sector descentralizado, y para ellos aplican las

siguientes reglas: 1. En materia salarial los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que fueron incorporados a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa quedaron sometidos al régimen salarial previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional (Artículo 3 Num.6 Decreto 3062 de 1997). 2. En materia prestacional los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares incorporados a la planta de personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y que se hubieran vinculado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les aplicará en su integridad el Decreto 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen. Al personal vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les aplicará dicha normativa. En lo no contemplado en materia prestacional en la Ley 100 de 1993 se les aplicará el Título VI del Decreto 1214 de 1990 (Parágrafo artículo 55 de la Ley 352 de 1997). Con la Ley 1033 de 2006 se unificó el régimen de administración de personal que se aplica al personal civil vinculado a los Organismos y Dependencias del Sector Defensa. Por ello, los empleos públicos del personal civil y no uniformado asignados a la Dirección General de Sanidad Militar pertenecen a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, a quienes se les aplican las siguientes reglas: 1. A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 92 de 2007 se reajustaron las plantas de personal, se establecieron las equivalencias y se fijaron los sueldos con fundamento en la nomenclatura y clasificación especial, por ello, los sueldos de los empleados civiles no uniformados del sector Defensa se empezaron a

pagar con base en la nueva nomenclatura. Los empleados civiles no uniformados del sector Defensa vinculados a la Planta de Personal del Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar– debieron continuar percibiendo la remuneración correspondiente a los empleos que desempeñaban a la entrada en vigencia del Decreto 4783 de 2008 mientras ocupen el cargo en el que fueron incorporados. 2. En el momento en el que el empleado ocupó el cargo al que fue incorporado por disposición del Decreto 4783 de 2008, de acuerdo con la nomenclatura y clasificación especial para los empleados civiles no uniformados del sector Defensa, empezó a devengar la asignación básica fijada por el Gobierno Nacional para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional. Lo que quiere decir que mientras se produjo la incorporación en el cargo equivalente en la planta global del sector Defensa, de acuerdo con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos, el servidor debió continuar percibiendo la remuneración correspondiente al empleo que desempeñaba, esto es, según el régimen salarial fijado por el Gobierno para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Efectuada la incorporación al cargo equivalente en la planta global del Ministerio de Defensa Nacional, el empleado queda sometido a la escala de asignación básica fijada por el Gobierno Nacional para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional. 3. En materia prestacional la Ley 1033 de 2006 no introdujo ninguna modificación, por lo tanto se mantiene el régimen prestacional fijado en la Ley 352 de 1997”.

Sentencia de unificación. Determinación del ingreso base de liquidación de la pensión que en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 sea reconocida al servidor público de la Contraloría General de la República en aplicación del Decreto de 929 de 1976.

RADICADO: 05001-23-33-000-2012-00572-01[1882-2014] CE-SUJ-

SII-020-20 FECHA: 11/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de Unificación

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Olga Lucía Bermúdez Parra

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Cómo se determina el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas a los ex servidores de la Contraloría General de la República conforme al Decreto 929 de 1976, en virtud de la transición de la Ley 100 de 1993?

Tesis: “[...] El ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con los requisitos del Decreto 929 de 1976 en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a periodo corresponde a las variables previstas en los artículos 21 y 36 de esta norma; y respecto a los factores, atenderá la regla de cotización contemplada en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.(...) Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la inaplicación de esta sentencia .No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en Tesis

anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, las cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la ratio decidendi aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada. Lo anterior, no enerva el recurso por los eventos previstos en los artículos 250 del CPACA, y 20 de la Ley 797 de 2003, según el caso.(...) el reconocimiento de la pensión de la demandante se ajustó a derecho, porque al ser beneficiaria del régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto en el Decreto 929 de 1976, y el monto de su pensión corresponde al 75% (tasa de remplazo) sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente al «promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[...]» Esta situa-

ción, desde luego supuso para la demandante una condición más favorable porque le permitió pensionarse con fundamento en una norma anterior a la edad de 50 años, menos de los 55 requeridos en su momento por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. (...) la Sala concluye que no procedía la reliquidación pensional ordenada en la primera instancia tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último semestre de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se realizaron los aportes al Sistema. En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda sin consideración adicional [...].”

Salvamento parcial de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández

Improcedencia de aplicación retrospectiva de la Sentencia de Unificación

Problema jurídico: ¿El precedente que ahora se fija no debería aplicarse en forma retrospectiva a los procesos que están en curso en las distintas instancias de nuestra jurisdicción?

Tesis: “[...] A diferencia de la postura asumida por la mayoría de los integrantes de la Sala, con el debido respeto considero que las reglas anteriormente transcritas solamente deben aplicarse con efectos ex nunc, a aquellos casos que llegaren a someterse al conocimiento de esta jurisdicción con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, con el propósito de salvaguardar los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad. Si bien los cambios de jurisprudencia son totalmente ad-

misibles en el sistema jurídico colombiano por la necesidad de evitar que el derecho deje de cumplir la función que le es inherente como instrumento de regulación y armonización de la vida en sociedad, lo cierto es que los cambios abruptos de jurisprudencia que vienen a variar de manera sorpresiva las líneas de decisión que han venido aplicándose desde antaño de manera uniforme, estable y sostenida, no pueden defraudar las expectativas legítimas de los administrados, generadas a partir de esas líneas de decisión, toda vez que su reiterada aplicación en casos idénticos constituye razón más que suficiente para esperar la aplicación igualitaria de los mismos discernimientos e interpretaciones plasmados en forma repetitiva e insistente en las decisiones judiciales, a menos, claro está, que la nueva lectura que hagan los jueces de las normas, resulte mucho más favorable y beneficiosa para los administrados o menos restrictiva de sus derechos, especialmente en tratándose de asuntos de índole laboral, en donde el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad de los derechos sociales, son parámetros ineluctables que están llamados a orientar el sentido de las decisiones judiciales. (...) Por todo lo anterior, considero que el precedente que ahora se fija no debería aplicarse a los procesos que están en curso en las distintas instancias de nuestra jurisdicción, pues la decisión de aplicar en forma retrospectiva esa regla de unificación a los procesos judiciales que se encuentran en curso, no tiene el respaldo de una razón que lo justifique y además puede dar lugar al quebrantamiento del derecho a la igualdad”.

Sentencia de Unificación CE-SUJ-S2-021-20. Régimen especial de pensión de jubilación de la Rama Judicial y del Ministerio Público. Beneficiarios de la transición normativa de la Ley 100 de 1993. Determinación del ingreso base de liquidación.

RADICADO: 15001-23-33-000-2016-00630-01[4083-17]

FECHA: 11/06/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de Unificación Jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Cándida Rosas Araque de Navas

DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿ El ingreso base de liquidación, con fundamento en el cual se debe efectuar el reconocimiento de la pensión de la demandante, corresponde al 75 % del promedio devengado en los últimos 10 años, teniendo en cuenta los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 como lo hizo la entidad accionada o en los términos del artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, es el equivalente al 75 % de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, con los factores indicados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978?

Tesis 1: “[...] la demandante, quien laboró en calidad de servidora pública de la Rama Judicial, es beneficiaria del régimen de transición estipulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque para el 1.º de abril de 1994, fecha en la que cobró vigencia dicha ley en el ámbito nacional, contaba con la edad de 39 años, 7 meses y 7 días. Asimismo, reunió más de 15 años de labor, en tanto que prestó sus servicios como juez y magistrado de la República entre 18 de febrero de 1980 y el 5 de agosto de 2016, es decir, por espacio de 36 años, 8 meses y 3 días [...] como quiera que laboró al servicio

de la Rama Judicial, el régimen de transición aplicable para efectos del reconocimiento de su pensión, es el consagrado en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971, que exige para acceder a la prestación 50 años de edad, 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, de los cuales por lo menos 10 años hayan sido a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades. [...] se tiene acreditado que adquirió el estatus pensional bajo el régimen anterior, con el cumplimiento del requisito de la edad, situación que la hace merecedora al reconocimiento y pago de la pensión al amparo de dicho régimen. [...] el estatus pensional lo consolidó con el cumplimiento de 50 años de edad el 23 de agosto de 2004 [...] se tiene que si inició la labor judicial desde el 18 de febrero de 1980, ello se traduce en que para el 25 de julio de 2005, cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 25 años, 5 meses y 7 días de servicio, es decir que tenía más de 750 semanas cotizadas, por lo que conservó el régimen de transición. [...] su pensión de jubilación se le debe reconocer con el siguiente ingreso básico de liquidación o IBL:

(i) El periodo a aplicar para liquidar la pensión de jubilación es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión. Lo anterior, por cuanto le faltaban más de 10 años para consolidar el estatus pensional con respecto a la vigencia de la Ley 100 de 1993. ii) Con los siguientes factores: asignación básica, bonificación por servicios prestados contemplados en el Decreto 1158 de 1994; prima especial consagrada por la Ley 332 de 1996; bonificación por compensación también denominada bonificación por gestión judicial o bonificación por compensación orden judicial creada por el Decreto 610 de 1998. Al respecto, las certificaciones detalladas de pagos dan cuenta de que a la actora mensualmente se le efectuaron los correspondientes descuentos de ley [...].”

Problema jurídico 2: ¿Cuál es el Ingreso Base de Liquidación (periodo de liquidación y factores a incluir) de las pensiones de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público regulados por el Decreto 546 de 1971, que causaron su derecho en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

Tesis 2: “[...] La Constitución Política de 1991 registró una nueva visión de los derechos laborales al igual que un naciente modelo de seguridad social, producto de la sentida necesidad de adelantar una gran reforma a la estructura institucional imperante, que se acompasara con los cambios económicos y políticos presentes en el ámbito internacional y que contribuyera a la relegitimación y democratización del Estado [...] De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social «es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los

términos que establezca la Ley. [...] Este derecho se puede definir como aquel conjunto de normas y principios que ordenan las relaciones jurídicas que surgen en torno a los derechos y obligaciones que les asisten a los afiliados y a los beneficiarios del sistema de seguridad social, sistema cuyo campo de acción está directamente relacionado con la protección al derecho a la vida del empleado, a su salario vital, y a la protección de su familia en caso de que se produzca su muerte. [...] la reforma constitucional a la seguridad social comportó el surgimiento de un nuevo sistema integral de seguridad social que se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, y que está conformado por los sistemas de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios [...] la Ley 344 de 1996, con la cual se pretendió, tal como lo establece su artículo 1, racionalizar y disminuir ese gasto público con miras a mantener el equilibrio financiero, para lo cual, adoptó medidas tales como las que contempló en su artículo 19, respecto al derecho del servidor público a adquirir la pensión de jubilación o vejez hasta la edad de retiro forzoso. [...] fue a través de la Ley 797 de 2003, que en forma directa, en cuanto al sistema pensional, se propendió por el fortalecimiento de las cotizaciones, cuando en su artículo 4.º, a través del cual reformó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, reiteró que eran obligatorias; en el artículo 5.º, que modificó el artículo 18 de la referida ley, estipuló la base de cotización; y en el artículo 7.º, que varió el artículo 20 de esa misma ley, aludió al monto de las cotizaciones en los regímenes de prima media con prestación definida y de ahorro individual [...] se presentó la necesidad de adicionar el artículo 48 de la Constitución Política a través del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuyo artículo 1.º se estableció que al Estado, no solo le corresponde respetar los derechos adquiridos de conformidad con la ley, sino que, además, garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensio-

nes, al igual que asumir el pago de la deuda pensional que estuviera a su cargo. [...] para liquidar las pensiones solo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, y que a partir de su vigencia, es decir, desde el 25 de julio de 2005, «no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo». [...] a partir del 31 de julio de 2010, no podían causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes con cargo a recursos de naturaleza pública. [...] ordenó que a partir de la fecha en mención expiraban los regímenes pensionales especiales, sin perjuicio de los derechos adquiridos. [...] más allá de esa fecha no podía extenderse el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, salvo para los trabajadores que estando amparados por él, para el 25 de julio de 2005, fecha en la que inicio su vigencia, tuvieren 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio, con derecho a que ese régimen de transición, se les mantenga solo hasta el año 2014. [...] la Ley 100 de 1993 en el artículo 36, instituyó el régimen de transición en aras de proteger a quienes tenían la esperanza de adquirir el derecho a la pensión de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior, pues no puede desconocerse que cuando se está ante la presencia de un cambio normativo, es necesaria la protección del derecho adquirido del ciudadano al igual que dicha expectativa en aplicación del principio de no regresividad, con el fin de evitar que se incurra en transgresiones desproporcionadas e irrazonables que afecten el referido equilibrio, en claro atentado contra los principios de proporcionalidad, de favorabilidad y de confianza legítima. [...] el régimen de transición, no solo aplica para los regímenes generales vertidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, sino que

igualmente opera en relación con los regímenes especiales, consagrados por los Decretos 546 de 1971 referente a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, 929 de 1976 y 937 de 1976 relativo a los empleados y funcionarios de la Contraloría General de la República, entre otros. [...] ese régimen especial para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público y de sus familias fue establecido por el presidente de la República, a través del Decreto 546 de 1971, en ejercicio de la facultad extraordinaria otorgada por la mencionada ley. Este decreto en el artículo 6.º específicamente ordenó que, tanto los funcionarios como los empleados a los cuales se refiere, tienen derecho a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación, con el cumplimiento de 55 años de edad, si son hombres y 50 años de edad, si se trata de mujeres, además con 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, de los cuales por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; pensión de jubilación que equivale al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado esos funcionarios y empleados en el último año de servicio en las actividades citadas. Su artículo 7.º dispuso que si el tiempo de servicio exigido en la anterior disposición, se hubiere prestado en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, pero en lapso menor de 10 años, la pensión de jubilación se liquidará en la forma ordinaria establecida para los empleados de la rama administrativa del poder público, lo que se traduce en que si los funcionarios y los empleados no cumplen los 10 años de servicio en las referidas entidades, su pensión de jubilación se debe reconocer por la vía de la normativa general. [...] Luego, el Decreto 717 de 1978, por el cual se estableció el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos, que rige para los funciona-

rios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, estableció en el artículo 12 los factores salariales que acompañan este régimen especial que son: a) los gastos de representación; b) la prima de antigüedad; c) el auxilio de transporte; d) la prima de capacitación; e) la prima ascensional; f) la prima semestral; y g) los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio. [...] la jurisprudencia imperante tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, propende por la armonía que debe existir entre el sistema integral de seguridad social creado por la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 36 estableció el régimen de transición general, y las dimensiones en las cuales la seguridad social en sí misma se manifiesta, que son las de servicio público obligatorio, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad solidaridad y sostenibilidad fiscal, y de derecho público con carácter constitucional, general, exigible e irrenunciable. [...] cuando se es beneficiario del régimen de transición por edad o por tiempo de servicios reunidos para la fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, que permite la aplicación del régimen anterior, y, a su vez, se adquirió el estatus pensional con el cumplimiento de los requisitos de la edad y el tiempo de servicios de ese régimen anterior, contemplado por el Decreto 546 de 1971 en el artículo 6.º, ello implica que la pensión se debe reconocer al funcionario o empleado de la Rama Judicial y del Ministerio Público, con la tasa de reemplazo del 75%. [...] en lo que atañe al ingreso base de liquidación, según quedó analizado, con fundamento en la jurisprudencia imperante de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que se ciñe al propósito del legislador en el sentido de evitar la aplicación ultractiva de las reglas del ingreso base de liquidación de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 en mención, se tiene que no debe corresponder al del régimen anterior, es decir a la asignación

más alta devengada el último año dedicado a la actividad judicial, como reza en el artículo 6.º en mención, pues el que hay que aplicar es el establecido por la Ley 100 de 1993 en su artículo 21 y en el inciso 3.º de su artículo 36. El artículo 21 estipula, que el ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esa ley, corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. El inciso 3.º de su artículo 36 dispone que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, el ingreso base de liquidación del funcionario o empleado judicial que le faltan más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, con la debida actualización. El ingreso base de liquidación del funcionario o empleado que le faltan menos de diez 10 años para adquirir el derecho a la pensión, es i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o ii) el cotizado durante todo el tiempo, si fuera superior, debidamente actualizado. Además, en lo que hace referencia a los factores salariales que se deben incluir en ese ingreso base de liquidación para la pensión de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público beneficiarios de la transición, hay que decir que son únicamente aquellos sobre los que hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, y que correspondan a los fijados por

el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, normativa que se encuentra vigente [...]”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] El servidor o ex servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 adquiere el derecho a la pensión, siempre que:

- i) Para el 1.º de abril de 1994, cuando cobró vigencia la Ley 100 de 1993 en el ámbito nacional o para el 30 de junio de 1995 cuando empezó a regir en el ámbito territorial, tenga: a) 40 años de edad si hombre, 35 años de edad si es mujer o; b) 15 años o más de servicios efectivamente cotizados.
- ii) Reúna además los requerimientos propios del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público estipulados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 para consolidar el estatus pensional que son: a) el cumplimiento la edad de 50 años si es mujer o 55 años si es hombre; b) el tiempo de 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, que tuvo lugar el 16 de julio de 1971; c) de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades.

En cuyo caso, el reconocimiento de su pensión se efectuará de la siguiente manera:

- iii) Con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: a) la edad de 50 años si es mujer o de 55 años si es hombre; b) el tiempo de servicios de 20 años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto; c) de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; d) la tasa de reemplazo del 75%; e) el ingreso básico de liquidación de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso; es decir, si le faltare más de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, y si le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será: (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en IPC certificado por el DANE; y f) con los factores de liquidación contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público [...]”.

Sentencia de unificación. Momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción para reclamar la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990.

RADICADO: 08001-23-33-000-2013-00666-01(0833-2016) CE-SUJ-SII-022

FECHA: 06/08/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de Unificación

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: María Lucely Taborda Cervantes

DEMANDADO: Municipio de Sabanagrande (Atlántico)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Cómo se computa el término de prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990?

Tesis: “[...] (i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990-, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva. (ii) Cuando se acumulen anualidades sucesivas de sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la ausencia de consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria correspondiente, so pena de su extinción. (...) Las reglas jurisprudenciales que se definen en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en

vía judicial, dejando a salvo por cosa juzgada los conflictos decididos con antelación [...]”.

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés

Prescripción parcial de las fracciones o porciones de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990.

Problema jurídico: ¿Operó la prescripción parcial de las fracciones o porciones de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por la no consignación a la demandante de las cesantías anualizadas?

Tesis: “[...] Se indicó en la sentencia que el municipio demandado no consignó el auxilio de cesantías de la demandante por los años 2005 a 2007, por lo que a partir del 15 de febrero de 2006 se hizo exigible la sanción moratoria y continuó por las anualidades sucesivas hasta la terminación de dicha relación laboral el 31 de enero de 2009, cuando la obligación del empleador ya no consistía en consignarlas, sino en pagarlas directamente a la ex servidora

pública. Sin embargo, al aplicar la regla de unificación se declaró la prescripción total de la sanción moratoria, porque la actora solo hasta el 3 de junio de 2010 solicitó ante el municipio de Sabanagrande el reconocimiento de la sanción moratoria por el incumplimiento en la consignación de las cesantías de las referidas anualidades de 2005, 2006 y 2007. Debo hacer precisión en todo caso en que, la Subsección B, en providencias donde fui ponente consideró que, aunque la reclamación para el pago de la sanción moratoria se presentara pasados tres años, después de su exigibilidad desde el 15 de febrero de cada año, operaba la prescripción parcial de las fracciones o porciones de la sanción moratoria, no la prescripción total. Así, en el presente caso solo habría operado la prescripción de las fracciones de sanción moratoria anteriores al 3 de junio de 2007, causándose la sanción hasta la terminación de la relación laboral. Con esta interpretación se pretendían salvaguardar los derechos del trabajador frente al incumplimiento en la consignación de sus cesantías. Sin embargo, la Sala de Sección decidió reevaluar el tema de la prescripción, decisión que comparto, al observar también la situación fiscal de los municipios y la magnitud del impacto que para sus finanzas representan las altas condenas por sanciones moratorias; lo cual a la postre afecta su viabilidad y el gasto social [...].”

Salvamento parcial de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

Plazo para presentar el medio de control tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990.

Problema jurídico: ¿La Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022 precisó lo concerniente a que si dentro del lapso de tres años del término prescriptivo el interesado también está obligado a incoar el respectivo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o, por el contrario, cuenta con un término igual, sin perjuicio de la caducidad, para presentarlo?

Tesis: “[...] Con mi acostumbrado respeto, procedo a salvar de manera parcial el voto en relación con la providencia adoptada el 6 de agosto de 2020 por la sala de sección en el asunto del epígrafe (...). Mi disentimiento acerca de la anterior decisión estriba en que la primera regla de unificación fijada no advierte si dentro del lapso de tres (3) años del término prescriptivo el interesado también está obligado a incoar el respectivo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o, por el contrario, cuenta con un término igual, sin perjuicio de la caducidad, para presentarlo. A partir de lo anterior, salvo parcialmente mi voto, pues recuérdese que el término de prescripción es doble interrumpirlo por un término igual, por lo que si el demandante formula la respectiva petición ante la Administración, cuenta con tres (3) años más para presentar la correspondiente demanda ordinaria, ello, se insiste, sin perjuicio de la caducidad del medio de control [...]”.

Reajuste especial de la pensión de jubilación de los excongresistas. Derecho al reajuste especial. Cuantía en la que se debe reconocer el reajuste especial. Caducidad de la acción frente al acto que reconoce intereses moratorios sobre el reajuste especial. Caducidad de la acción frente al acto de afiliación a Fonprecon.

RADICADO: 25000-23-25-000-2008-00097-02 [2694-2016]

FECHA: 03/09/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República [Fonprecon]

DEMANDADO: Ernesto Felipe Velásquez Salazar

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

Problema jurídico: ¿El [demandante] tiene derecho a que Fonprecon, a través de los actos acusados, le reconociera el reajuste especial en el porcentaje del 75% del ingreso mensual promedio de lo que devengaba un legislador para el año 1994? y ¿tendría derecho al reconocimiento del reajuste especial por los años 1992 y 1993 en el 75% del ingreso mensual promedio que devengaba un congresista para el año 1992?

Tesis: “[...] el [demandante] prestó sus servicios en varias entidades públicas, incluido el Congreso de la República en el que laboró entre los años 1974 a 1986 y 1989 a 1991, y de otro que la pensión de jubilación le fue reconocida el 4 de mayo de 1990. Por tanto, si el reajuste especial, se constituye en un beneficio propio para el grupo de excongresistas que fueron pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992, es decir, antes del 18 de mayo de 1992; es evidente que al demandado sí le asistía el derecho al reconocimiento y pago del citado reajuste. No obstante, su reconocimiento debió concederse por una sola vez y con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1994, de tal manera que su pensión de jubilación alcanzara un valor equivalente al 50% de lo que

devengaba un congresista en ejercicio para el año 1994, y no, en el «75% del ingreso mensual promedio que devenga actualmente un congresista», como erradamente lo ordenó la Resolución 1548 de 29 de diciembre de 1994 ni por los años 1992 y 1993 según se resolvió en la Resolución 105 de 14 de febrero de 1996. [...] las normas que regulan las pensiones y sustituciones de los congresistas difieren de aquellas que consagran el reajuste especial, en tanto que se trata de una figura de naturaleza independiente, porque comporta un único pago a manera de nivelación de la pensión reconocida al excongresista antes de la Ley 4 de 1992 en relación con la pensión del congresista para 1994; y en esa medida, los considerandos vertidos en la sentencia C-258 de 2013, relativos al tope o valor máximo de la mesada pensional de los excongresistas no incide en lo relacionado con el reajuste en mención. [...] en dicho fallo de constitucionalidad, con apoyo en el derecho viviente, fueron abordados los temas relativos a: los beneficiarios del régimen especial de congresistas, el ingreso base y los factores salariales que se deben tener en cuenta para su liquidación, el ajuste anual de las mesadas pensionales conforme al IPC, y el tope o valor máximo de esas mesadas, que se fijó en 25

SMLMV, ante la ausencia de norma expresa al respecto; análisis en el que no se hizo alusión al reajuste especial. Ahora, si bien es cierto, la mesada del accionado se vio incrementada con ocasión de los varios reconocimientos por concepto del reajuste especial en un porcentaje excedido y respecto de años que no correspondían, no queda duda que tales pagos, como se explicó con suficiencia, fueron contrarios a la normativa que regula esta materia. [...] el demandado argumentó que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad con relación al artículo 7 del Decreto 1293 de 1994, porque transgrede el inciso 2 del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005 «que protege el valor de las mesadas de pensiones reconocidas conforme a derecho», como es su caso. Frente a este reparo se debe señalar, que cuando el derecho amparado por la norma constitucional se encuentra en riesgo por aplicación de una disposición de inferior jerarquía, es al operador jurídico a quien le asiste el deber de proteger dicho derecho, en el asunto concreto y con efecto interpartes, a través de la declaratoria de la excepción de inconstitucionalidad de esa norma de inferior rango. En este asunto, tal como quedó fehacientemente comprobado, no es el artículo 7º en mención el que transgrede el orden constitucional, sino que, por el contrario, fue con ocasión de la errada aplicación del texto literal de dicha norma por parte de Fonprecon, que la mesada pensional del demandado se vio aumentada en razón de los varios reconocimientos que se hicieron en su favor por concepto del reajuste especial, en un porcentaje superior y por años que no correspondían, como si se tratara de una actualización del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación. Con lo que es claro, que ese incremento no fue efectuado por el fondo conforme lo indica ese precepto, lo que implica que la mesada pensional se aumentó de manera contraria a derecho, y por tanto no procede aplicar la excepción de inconstitucionalidad. [...] el accionado sostuvo que con la aplicación de los Decretos 1359 de 1993 y 1293

de 1994 su pensión se disminuyó de un 75% a un 50%, lo que de paso atenta contra el principio de confianza legítima que le asistía en cuanto a que el reconocimiento de su mesada lo hizo la autoridad competente, con fundamento en sentencias de tutela de la Corte Constitucional que interpretaron la Ley 4ª de 1992 y en las que se superaron las inconformidades frente al tema. Respecto a este reproche hay que decir, que aunque es cierto que la mesada pensional del accionado se incrementó con base en la interpretación señalada en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995, según las cuales el reajuste especial debía corresponder al 75% del ingreso mensual promedio que por todo concepto devengaran los congresistas en la fecha en que se decretara el reajuste y para cada año con efectos fiscales desde el 1º de enero de 1992, no se puede desconocer que legalmente dicho reajuste no le correspondía en esos términos, tal como se ha podido establecer en el estudio que en esta providencia se ha adelantado al respecto. Es precisamente por tal razón, que al demandado no se le atribuye ninguna responsabilidad en lo sucedido, antes bien tal como lo determinó el tribunal y esta instancia lo avala, se considera que no está en la obligación de devolver las sumas percibidas en exceso, porque en su favor opera la presunción de buena fe que está ligada al principio de confianza legítima, por virtud del cual, la confianza que en calidad de administrado depositó en la estabilidad de la actuación administrativa que ahora se acusa, se debe respetar, pero sin que ello implique que se pueda avalar la ostensible ilegalidad en la que la administración incurrió y que no permite predicar en su favor el reconocimiento del reajuste especial contrario a derecho. [...] indicó que los actos acusados no debieron demandarse en ejercicio de la acción de lesividad, porque si se profririeron al amparo de la Carta Política, la ley y la jurisprudencia, la presunción de legalidad que le asiste es de carácter permanente; censura respecto de la cual ya se emitió pronunciamiento en el acápite en el que se resolvió la excepción propuesta deno-

minada improcedencia de la acción de lesividad. [...] insistió en que el Acto Legislativo 1 de 2005 no permite que se afecte el valor de la mesada reconocida al amparo de la Ley 4 de 1992 y del Decreto 1359 de 1993, y que existen sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en las que se respalda la concesión del reajuste especial sumado a que la Ley 4ª de 1992 en su artículo 17 dispuso que el reajuste especial no puede ser inferior al 75%; reproches que ya fueron analizados en líneas anteriores [...].”

Reglas de unificación jurisprudencial de la sentencia de unificación

“[...] se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema relacionado con el reajuste especial de la pensión de jubilación de congresistas consagrado en el art. 17 del Decreto 1359 de 1993 reformado por el art. 7 del Decreto 1293 de 1994:

SENTAR jurisprudencia en lo siguiente:

1. Son beneficiarios del reajuste especial de la pensión de jubilación de congresistas:

1.1 Los Senadores y Representantes a la Cámara que se hayan pensionado con anterioridad al 18 de mayo de 1992 en calidad de congresistas, aunque hayan variado la condición de legislador con ocasión de su reincorporación al servicio público a partir del 24 de junio de 1994, cuando entró a regir el Decreto 1293 de 1994.

1.2 El congresista vuelto a elegir tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste especial siempre y cuando renuncie temporalmente a la pensión de jubilación que venía percibiendo y el nuevo periodo de vinculación al congreso y de cotización ante Fonprecon sea superior a 1 año en forma continua o discontinua y culmine antes del 18 de mayo de 1992.

2. El reajuste especial de la pensión de jubilación de congresistas debe concederse atendiendo a los siguientes parámetros:

- Se concede por una sola vez,

- Corresponde al 50% del promedio de las pensiones devengadas por los congresistas para el año 1994,

- Surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1994, y por tanto no se puede reconocer por anualidades anteriores a 1994, ni genera intereses moratorios por su no reconocimiento antes de la señalada fecha.

3. Para todos los efectos legales a que hubiere lugar se entenderá que el reajuste anual a que tienen derecho los ex congresistas pensionados es diferente del reajuste especial de que trata la presente providencia.

UNIFICAR jurisprudencia en lo siguiente:

En relación con la aplicación del término de caducidad respecto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (o medio de control) en el que se discute el reconocimiento de intereses moratorios y la afiliación del congresista a Fonprecon, se seguirán las siguientes reglas:

1. En la acción o medio de control (según sea el caso) de nulidad y restablecimiento en las que se pretenda la nulidad del acto administrativo que resuelve sobre el reconocimiento del interés moratorio respecto del reajuste especial, opera el término de caducidad, en los términos del numeral 7 del art. 136 del CCA o numeral 2 del art. 164 de la Ley 1437, según corresponda.

2. En la acción (o medio de control) de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual se pretenda la nulidad del acto administrativo que dispone la afiliación del congresista a Fonprecon opera el término de caducidad en los términos del numeral 7 del art. 136 del CCA o numeral 2 del art. 164 de la Ley 1437, según corresponda, siempre y cuando dicho acto no contenga otras decisiones que afecten el derecho pensional.

3. EFECTOS. El efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo y, por ende, las reglas jurisprudenciales fijadas son vinculantes para los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en sede judicial, en la forma dispuesta en la parte motiva. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos, esto es, amparados por la cosa juzgada, resultan inmodificables”.

Sentencia de Unificación CE-SUJ2-018-20. Régimen especial de pensión de jubilación de los congresistas. Régimen del congresista pensionado vuelto a elegir. Aplicación del régimen de transición en materia pensional de los congresistas. Vigencia del régimen especial de jubilación de congresistas.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-05893-01[0815-2015]

FECHA: 08/10/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República [Fonprecon]

DEMANDADO: Luis Antonio Pinzón Zamora

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El demandado tenía derecho a que Fonprecon lo afiliara a dicho fondo y le reliquidara la pensión de jubilación de conformidad con el régimen especial de congresistas?

Tesis 1: “[...] el demandado no es beneficiario del régimen especial de congresistas que le permita tener derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación al amparo del citado régimen especial; porque aunque es cierto que se posesionó en calidad de representante a la Cámara y que se encontraba afiliado a Fonprecon además de haber efectuado las cotizaciones ante dicha entidad pensional, es necesario tener presente que ejerció la actividad legislativa en el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1999 y el 30 de diciembre de 2000, es decir, que inició la labor en calidad de legislador luego de transcurridos más de 7 años desde la vigencia de la Ley 4 de 1992, que lo fue el 18 de mayo de 1992, y pasados más de 5 años desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994. [...] aunque es cierto que, para el 1 de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, ya había cumplido

con creces la edad de 40 años, lo cierto es que a partir del 18 de mayo de 1992 cuando entró a regir la Ley 4 de 1992, no era miembro del cuerpo legislativo [...] es requisito indispensable para ser beneficiario del régimen especial de los congresistas no solo tener la edad establecida en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 sino que así mismo es necesario ostentar la calidad de congresista el 18 de mayo de 1992, que es la fecha desde la cual, por disposición del artículo 1 del Decreto 1359 de 1993, el congresista es beneficiario del citado régimen especial. [...] no fue legislador antes de haber obtenido el reconocimiento de su pensión de jubilación, porque está comprobado que laboró en una entidad privada y en varias públicas, diferentes al Congreso de la República; lo que implica que la labor legislativa que adelantó, no correspondió a una nueva vinculación en calidad de congresista, requisitos que se deben cumplir para tener derecho al régimen especial de congresistas [...] le asiste la razón al Tribunal cuando declaró la nulidad del acto acusado, es decir de la Resolución 1217 de 26 de octubre de 2001, a través

de la cual Fonprecon afilió al accionado y ordenó en su favor la reliquidación de la pensión de jubilación de conformidad con el régimen especial de pensiones de los congresistas; pues lo cierto es que el demandado solamente fue Congresista 7 años después que entro a regir la Ley 4ª de 1992, lo cual lo excluye de ser beneficiario de dicho régimen [...].”

Problema jurídico 2: ¿Cuáles son los excongresistas que tienen derecho a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al amparo del régimen especial regulado por el Decreto 1359 de 1993?

Tesis 2: “[...] Los Congresistas que ostentaran tal calidad en vigencia de la Ley 4ª de 1992, podrán acceder a la pensión especial de jubilación, previo cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 4º y 7º del Decreto 1359 de 1993, siendo estos los siguientes: En primer lugar, estar afiliado a Fonprecon y realizar aportes, y en segundo término, cumplir las condiciones de edad y tiempo. [...] para que el Congresista sea beneficiario de este régimen pensional requiere: (i) encontrarse afiliado a la entidad pensional del Congreso, (ii) haber efectuado o realizado las cotizaciones o aportes respectivos a dicho fondo, y (iii) haber tomado posesión de su cargo. [...] los congresistas afiliados a dicho fondo son: i) los que hayan tomado posesión del cargo; ii) los pensionados cuya mesada deba cancelar dicho fondo según lo previsto en la Ley 33 de 1985; iii) y los que en calidad de principales no se pensionaron según lo establecido en los parágrafos 1º y 2º del artículo 7º de la Ley 48 de 1992, que aluden a la enfermedad o lesión que les generó incapacidad temporal o permanente o a su fallecimiento, antes de la posesión en el cargo; quienes tienen derecho a las mismas prestaciones consagradas para los miembros del Congreso en ejercicio. [...] el acto jurídico de la afiliación se produce a tra-

vés del formulario de vinculación, que incluye su diligenciamiento, firma y entrega ante la entidad pensional. [...] la liquidación y pago de las prestaciones sociales de los congresistas, antes de que entrara en funcionamiento dicho fondo, le correspondía a la Caja Nacional de Previsión Social hasta la cuantía de los aportes realizados, que de no ser suficientes para cancelar dichas prestaciones debían solventarse por el tesoro nacional. [...] El Decreto 1359 de 1993 en el artículo 7º determinó que el legislador tendría derecho al reconocimiento pensional cuando: (i) cumpliera la edad que dispone el parágrafo 2 del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es, 50 años para la mujer y 55 años para el hombre, y que adicionalmente (ii) reuniera 20 años de servicios, continuos o discontinuos en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República o que los hubiera cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme al artículo 7º de la Ley 71 de 1988. [...] En suma, el Senador o el Representante a la Cámara adquiere el estatus de pensionado, con el cumplimiento del tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos, en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, que regula la pensión de jubilación por aportes, y con la edad de 50 años para la mujer y 55 años para el hombre, salvo que se trate de quienes ejercieron la labor legislativa antes del 13 de febrero de 1985, cuando cobró vigencia la Ley 33 de 1985, para quienes rige la edad de 50 años sin distinción entre mujeres y hombres y el tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos, según lo estipulado por el Decreto 1723 de 1964”.

Problema jurídico 3: ¿Cuáles son los excongresistas beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que tienen derecho a la aplicación del régimen especial del Decreto 1359 de 1993?

Tesis 3: “[...] RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE CONGRESISTAS. DECRETO 1293 DE 1994. Este decreto «Por el cual se establece el régimen de transición de los senadores, representantes, empleados del Congreso de la República y del Fondo de Previsión Social del Congreso y se dictan normas sobre prestaciones sociales y económicas de tales servidores públicos», fue expedido por el ministro de Gobierno de la época por delegación de funciones presidenciales, pocos meses después de que entrara a regir la Ley 100 de 1993. En el artículo 1º estipuló que el sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplicaba a los congresistas, con excepción de los cubiertos por el régimen de transición. [...] los excongresistas tendrían derecho al régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre que, al 1º de abril de 1994, hubiesen cumplido con alguno de los siguientes requisitos: a) La edad de 40 años o más en el caso de los hombres, la edad de 35 años o más en el de las mujeres. b) cotizar o prestar servicios por 15 años o más. [...] a su vez hayan reunido los requisitos exigidos por el régimen especial contemplado en el referido Decreto 1359 de 1993, que son: la edad de 50 años para la mujer y 55 años para el hombre y el tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos, en una o en diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República o que los hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Además, adquieren igualmente el derecho al reconocimiento del monto de la pensión, la forma de liquidación de la misma y al ingreso

base de liquidación establecidos en el régimen especial de jubilación de congresistas. [...] igualmente son beneficiarios del régimen de transición, aquellos ex congresistas que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994 hubiesen cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad, con derecho a obtener el reconocimiento, en este caso en particular, a la edad de 50 años. [...] el alcance y contenido del citado derecho pensional y su consecuente reajuste sufrió variaciones a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 [...] estipuló que por ningún motivo podrían dejar de pagarse las pensiones reconocidas conforme a derecho [...] para liquidar las pensiones solo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiese efectuado las cotizaciones, y que, a partir de su vigencia, es decir, desde el 25 de julio de 2005, no existirán regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al presidente de la República [...] dictaminó que a partir del 31 de julio de 2010 no podían causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes con cargo a recursos de naturaleza pública. [...] dispuso que más allá de dicha fecha no puede extenderse el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y las demás normas que desarrollen su régimen, salvo para los trabajadores que, estando amparados por el mismo, para el 25 de julio de 2005 tengan 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio, con derecho a que ese régimen de transición, se les mantenga solo hasta el año 2014. [...] dispuso la protección de los derechos adquiridos pensionales y los definió como aquellos no obtenidos con fraude a la ley o abuso del derecho [...]”.

Problema jurídico 4: ¿Cuáles son los excongresistas destinatarios del régimen especial bajo la figura del legislador vuelto a elegir?

Tesis 4: “[...] El régimen especial de jubilación consagrado para los Congresistas, se aplica igualmente a aquellos excongresistas que encontrándose en goce de su pensión de jubilación nuevamente vuelven a ser electos en calidad de Senadores o Representantes a la Cámara. [...] el congresista ya pensionado, debe ser nuevamente elegido en calidad de Senador o Representante a la Cámara a partir de la vigencia de dicha ley, es decir del 18 de mayo de 1992, para que se pueda predicar que igualmente le asiste el derecho a este régimen especial. [...] el congresista vuelto a elegir, tendrá derecho a que Fonprecon le pague su pensión de jubilación una vez termine su función legislativa, siempre y cuando el nuevo lapso de vinculación al Congreso y de aporte al fondo no haya sido inferior a un (1) año, en forma continua o discontinua [...]”.

Reglas de unificación jurisprudencial de la Sentencia de Unificación

“[...] 1. Son beneficiarios del régimen especial de congresistas consagrado en el Decreto 1359 de 1993:

1.1 Los congresistas que ejercieron su labor entre el 18 de mayo de 1992 y adquirieron el estatus, fecha en que entró en vigencia la Ley 4 de 1992 y hasta el 1 de abril de 1994, data en que entró en vigor la Ley 100 de 1993, siempre que cumplan los requisitos consagrados en el art. 4 y 7 del Decreto 1359 de 1993, que son:

- Estar afiliado a Fonprecon, realizar aportes a dicha entidad y haber tomado posesión del cargo.
- Cumplir los requisitos de edad, esto es, la mujer 50 años y el hombre 55. Inciso 2 del parágrafo 2 del art. 1 de la Ley 33 de 1985.

- Cumplir 20 años continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público o haber cumplido o cotizado los 20 años parte en el sector privado y ante el ISS. Art. 7º del Decreto 1359 de 1993.

1.2 Los excongresistas pensionados vueltos a elegir tienen derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación al amparo del régimen especial, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

- Obtuvieron el reconocimiento de la pensión de jubilación por cuenta de cualquier entidad de derecho público;
- Renunciaron temporalmente a percibir esa pensión de jubilación;
- Su nueva vinculación a la labor legislativa lo fue a partir del 18 de mayo de 1992;
- El tiempo de esta nueva vinculación es superior a 1 año en forma continua o discontinua.
- Efectuaron el pago de los aportes correspondientes ante Fonprecon, y estaban afiliados a dicha entidad.

1.3 Los ex congresistas beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que les permite obtener el derecho a la aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 1359 de 1993 son los siguientes:

1.3.1 Los excongresistas que cumplan los siguientes requisitos:

- Que el congresista para el 1 de abril de 1994 cuando cobró vigencia dicha ley, tenga: a) 40 años de edad si es hombre, 35 años de edad si es mujer o 15 años o más de servicios efectivamente cotizados.
- Que el congresista reúna los requerimientos propios del régimen especial que son:
- El ejercicio de la actividad legislativa entre el 18 de mayo de 1992 y que dicha situación no

varié hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994.

- Cumplir los requisitos de edad, esto es, la mujer 50 años y el hombre 55. Inciso 2 del parágrafo 2 del art. 1 de la Ley 33 de 1985.
- Cumplir 20 años continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público o haber cumplido o cotizado los 20 años parte en el sector privado y ante el ISS. Art. 7º del Decreto 1359 de 1993.
- Haber tomado posesión del cargo de congresista;
- Haberse afiliado a la entidad pensional del Congreso –Fonprecon-.
- Haber efectuado cumplidamente las cotizaciones o aportes ante dicha entidad pensional.

1.3.2 Los excongresistas que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994:

Hubiesen cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad, con derecho a obtener el reconocimiento, en este caso en particular, a la edad de 50 años.

1.4 El reconocimiento de la pensión de jubilación de congresistas y su reliquidación, para los beneficiarios del régimen de transición, está a cargo de Fonprecon y se concede de acuerdo con las modificaciones que se imprimieron a los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993, por cuenta del Acto Legislativo 01 de 2005, siguiendo los siguientes parámetros:

- El ingreso básico de liquidación (IBL) debe

obedecer a las reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, según el caso;

- Como factores de liquidación solo aplicarán: a) aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario; b) tengan carácter remunerativo del servicio; y, c) sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas;
- El porcentaje de liquidación pensional debe corresponder a un 75% del ingreso base de liquidación
- La mesada pensional no puede superar el tope o límite de 25 de SMLMV; y, se debe reajustar cada año según el IPC.

2. Aquellos que no estén amparados por el régimen especial, se registrarán por el Sistema General de la Ley 100 de 1993.

3. Expiración del régimen especial de jubilación de congresistas: El 31 de julio de 2010 expiraron los regímenes pensionales especiales por orden expresa del parágrafo transitorio 2 del Acto Legislativo 01 de 2005 incluido el de los ex congresistas, de manera que con posterioridad a dicha fecha, el excongresista no puede pretender el reconocimiento de su pensión de jubilación al amparo del régimen especial de congresistas a menos que le asista el derecho adquirido a dicho reconocimiento, tras el cumplimiento de los requisitos exigidos por el régimen especial. Lo anterior, salvo para aquellos Congresistas que para la entrada en vigencia del acto Legislativo 01 de 2005 se encontraran en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y tuvieran 750 semanas cotizadas, para quienes dicho régimen se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014, al tenor de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005 [...].”

Sentencia de unificación. Reconocimiento de la prima especial de servicios, regulada en el artículo 14 de la Ley 4.^a de 1992, a los empleados públicos de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado a dicha entidad con posterioridad a su vigencia.

RADICADO: 73001-23-33-000-2017-00568-01[5472-2018] SUJ-023-

CE-S2-2020 FECHA: 15/12/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: Jorge Iván Rincón Córdoba [Conjuez]

DEMANDANTE: Nayibe Lorena Pérez Castro

DEMANDADO: Fiscalía General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o que se hayan vinculado a esa entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, así como a la reliquidación de sus prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, esto teniendo en cuenta que para hacer la reclamación de la citada prima aplica la prescripción trienal?

Tesis 1: “[...] Aunque la discusión jurídica presenta notorias diferencias con aquella que soportan las reclamaciones de los jueces, por todo el recorrido normativo y jurisprudencial que aquí se ha expuesto, en esencia las conclusiones a las que se arriban no difieren de las establecidas en la sentencia de 2 de septiembre de 2019 en la que se precisó el alcance del derecho a la prima especial que se reconoce a los funcionarios judiciales. Por contera, para los empleados de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron al régimen salarial previsto

en el Decreto 53 de 1993 o que se vincularon con posterioridad se fijan las siguientes reglas:

1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación mensual de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor.
2. A partir de la entrada en vigor de la Ley 476 de 1998 los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vinculado a la entidad con posterioridad tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente. Se subraya que la discusión que se presentó en sede de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, se circunscribió a determinar la naturaleza del 30% que en su momento se descontaba del salario asignándole el carácter de prima especial. Luego de

varias contradicciones jurisprudenciales finalmente se reconoció que este descuento no era adecuado sino que aquello que se pagaba correspondía en su totalidad a la asignación básica y no al sobresueldo reconocido por el legislador. De igual manera, no se hizo un análisis particularizado de la ley 476 de 1998 sino que la confrontación se realizó entre los decretos del gobierno proferidos desde 1993 hasta el 2002 y el artículo 14 de la ley 4ª de 1992. 3. Los empleados públicos de la Fiscalía que se acogieron al régimen salarial consagrado en el Decreto 53 de 1993 o se hayan vin-

culado a la entidad con posterioridad tienen derecho desde 1998 a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100 % de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial. 4. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, nunca más atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969 [...]”.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado avocó conocimiento para proferir sentencia de unificación en relación con la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos a los servidores públicos de elección popular.

RADICADO: 76001-23-33-000-2013-00305-01(3554-2018)

FECHA: 22/04/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Fabio Humberto Navarro Piedrahita

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Es procedente que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado avoque conocimiento para unificar la jurisprudencia sobre las diferentes posiciones de las autoridades judiciales en relación con la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos a servidores públicos de elección popular?

Tesis: “Existen diferentes interpretaciones y decisiones por parte de las mencionadas autoridades judiciales respecto de un mismo punto de derecho, esto es, si la Procuraduría General de la Nación tiene competencia para imponer sanción disciplinaria de destitución

e inhabilidad a servidores públicos elegidos por voto popular que no estén amparados por fuero. Dicha situación amerita que esta Sala, conforme a las atribuciones consagradas en los artículos 237 constitucional y 270 y 271 del CPACA, profiera sentencia en la que se unifique la materia, con la finalidad de lograr la aplicación uniforme de una misma regla de derecho a casos análogos pendientes de decidir en esta jurisdicción, y determinar los efectos frente a los ya resueltos, según sea el caso, en garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, sin perjuicio de que se examinen otros temas que resulten necesarios y conexos. Ello para alcanzar el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos del artículo 103 del CPACA”.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado avocó conocimiento para dictar sentencia de unificación en relación con la actualización de honorarios de un conjuer de tribunal.

1399

RADICADO: 63001-23-31-000-2010-00299-01(2097-2013)

FECHA: 06/05/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: César Palomino Cortés

DEMANDANTE: Beatriz Elena Cortés Giraldo

DEMANDADO: Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Cuáles son las reglas que deben regir los honorarios de un conjuer de tribunal en relación con el reajuste monetario mediante la indexación de las tarifas consagradas en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1969, así como establecer si esta procede de oficio o a petición de parte y el trámite administrativo que se debe adelantar ante la administración?

Tesis: “En el presente caso, no está en discusión el tema del derecho al pago de los honorarios que como conjuer de tribunal le fue reconocido a la demandante, pues respecto de esta decisión la actora no opuso manifestación alguna, en cambio lo que sí está en entredicho, es el tema de la omisión en la actualización o indexación en los actos demandados de una tarifa del año 1969, que por el paso del tiempo se depreció hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, como lo pidió la accionante. Respecto de la falta de actualización a valor presente de la suma de dinero que le fue reconocida, instrumento de correc-

ción monetaria conocido como indexación cuya finalidad no es incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo trayéndolo a valor presente, esta Sección precisa la necesidad de fijar una regla que de manera uniforme y en condiciones de igualdad, se aplique a casos que se encuentren en similar situación fáctica, por lo que resulta necesario definir las reglas de unificación en relación con los siguientes temas:-Reajuste monetario mediante indexación de las tarifas que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2266 de 1969, se deben pagar a los conjueres de tribunal, por concepto de honorarios.-La indexación procede de oficio o a petición de parte, como quiera que, en el presente caso, la apelante solicitó el reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria del acto de reconocimiento en julio de 2010 hasta la ejecutoria de la sentencia que declaró la indexación.- Trámite administrativo para el reconocimiento de los honorarios de Conjuer, de acuerdo con el marco legal”.

Sentencia de unificación. Procedencia de los descuentos de aportes a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

RADICADO: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-2018)

FECHA: 03/06/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: José Julián Guevara Parra

DEMANDADO: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del docente pensionado (...)?

Tesis 1: “[...] El pensionado manifestó que las mesadas adicionales de junio y diciembre no son susceptibles del descuento del 12% con destino a salud. Sobre el particular, de conformidad con lo antes expuesto y en aplicación de la regla jurisprudencial fijada, según la cual son procedentes los descuentos por concepto de aportes a salud de las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre que reciben los docentes pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo señalado por el artículo 8, inciso 5, de la Ley 91 de 1989. Adicionalmente, por virtud del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el valor del aporte que efectúan los docentes pensionados fue equiparado al previsto para el régimen general en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, esto es, en el 12% o en el porcentaje que señalen las normas que lo modifiquen o adicionen. [...] según lo considerado por la sentencia C-369 de 2004 de la Corte

Constitucional, el hecho de que el legislador no hubiera previsto un ajuste semejante al autorizado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para compensar el aumento de la cotización en salud, no vulnera el derecho a la igualdad del personal afiliado al FOMAG. [...] enfatizó que la cotización en salud no puede ser considerada autónoma e independiente del régimen especial que le asiste, sino que está ligada al conjunto de servicios que presta el FOMAG, regulado por la Ley 91 de 1989, el cual presenta diferencias favorables respecto del régimen general, por lo tanto, la ley no tenía que prever un ajuste idéntico al señalado por la Ley 100 de 1993. [...] la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe. [...] No debe ordenarse la suspensión de los descuentos de los aportes con destino

a salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre del señor (...) como quiera que aquellos son procedentes en el porcentaje del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 o el señalado por las normas que lo modifiquen o adicionen, de conformidad con lo regulado por el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Son procedentes los descuentos de las mesadas pensionales adicionales de junio y de diciembre que reciben los docentes? ¿Solamente proceden los descuentos frente a la mesada adicional de junio y no respecto de la correspondiente al mes de diciembre? ¿No son procedentes los descuentos de las mesadas pensionales adicionales de los docentes? ¿La procedencia de los descuentos de las mesadas adicionales depende del régimen pensional aplicable al docente?

Tesis 2: “[...] a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 del 26 de junio de 2003, se introdujo un cambio sustancial en el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG. En efecto, el artículo 81 previó que quienes se vincularan a partir de ese momento, estarían cobijados por el régimen de prima media de que tratan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos por aquel, con excepción de lo relacionado con la edad de pensión que será de 57 años, tanto para hombres como para mujeres. [...] en cuanto a la tasa de cotización, la Ley 812 de 2003 también se remitió a lo regulado para el sistema general de seguridad social y mantuvo la distribución de los porcentajes de trabajadores y empleadores. Fue así como el Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003 reglamentó la anterior disposición y reiteró que la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG corresponde a la «suma de aportes para salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993

y 797 de 2003». [...] el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 modificó el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, en cuanto al porcentaje del aporte, y, a partir de ese momento, el personal docente pasó de hacer cotizaciones equivalentes del 5% de la mesada al 12%, de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Luego, tal porcentaje se aumentó al 12.5%, según el artículo 10 de la Ley 1122 del 9 de enero de 2007, y más adelante, el artículo 1 de la Ley 1250 del 27 de noviembre de 2008 lo fijó en 12% para los pensionados. Recientemente, la Ley 2010 de 2019, en el artículo 142, adicionó el párrafo 5 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, para establecer los porcentajes en función del valor de la mesada y señaló que podrían ir desde un 8% hasta 12%. [...] la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 4 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención. Lo anterior se acompasa con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, que en el numeral 1 indicó que son afiliados al régimen contributivo los pensionados y jubilados, pues se encuentran dentro del grupo de la población que tienen capacidad de pago. [...] el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados

deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene. [...] se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste. [...] En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.

Reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación

“[...] Unificar jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales [...]”.

Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades y contrato estatal de prestación de servicios. Existencia de relación laboral encubierta o subyacente.

RADICADO: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-2016)

FECHA: 09/09/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de Unificación Jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Gloria Luz Manco Quiroz

DEMANDADO: Municipio de Medellín – Personería de Medellín y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado procede a unificar jurisprudencia en torno a los siguientes temas: i) sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» (temporalidad) contenida en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ii) delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos; y, iii) improcedencia de la devolución de los aportes a la seguridad social en salud efectuados por el contratista.

Tesis: “[...] Primera cuestión: Sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Mediante el contrato de prestación de servicios, el legislador pretendió atender situaciones especiales o contingentes relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades, por lo que estableció su celebración por un periodo temporal. Así lo consagra el inciso segundo del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que a

letra transcrita, señala lo siguiente: «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable». En ese sentido, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación son la esencia de este tipo de contratos. Por consiguiente, con ellos no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias. [...] La autorización prevista en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es esencialmente temporal; por lo tanto, este tipo de contratos, cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse indefinidamente en el tiempo. [...] la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razo-

namientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. [...] El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro. [...] conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. [...] la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de conti-

nuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado. [...] Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia. En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, [...] esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios. [...] esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad. [...] aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral. [...] como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes reco-

mendaciones: Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse. [...] el tercer Problema jurídico que se resuelve con la presente sentencia de unificación es el atinente a la posibilidad de devolver los aportes a salud, en el porcentaje que el contratista no hubiese estado obligado a realizar. Sistema integral de la Seguridad Social y sistema general de salud. De acuerdo con el preámbulo de la Ley 100 de 1993, el sistema de la Seguridad Social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura

integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. [...] Como características o elementos de este sistema, destacan las siguientes: a) dirección, regulación y control del Gobierno nacional; b) obligatoriedad de afiliación, previo pago de la cotización reglamentaria; c) afiliación a cargo de las promotoras de salud; y, d) libertad de elección de los afiliados a la entidad promotora de salud. A partir de dichos elementos, la obligatoriedad de la afiliación al régimen general de salud cobra un papel relevante en relación con los aportes a salud del contratista, pues si este demuestra, bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, la verdadera existencia de una relación laboral, «podrá hacerse acreedor de las prestaciones sociales que en su calidad de contratista no le fueron reconocidas». Por lo tanto, es preciso determinar, con la relación laboral revelada, el destino de los aportes que aquellos realizaron al sistema de Seguridad Social en salud, pues debe ofrecérseles una respuesta definitiva a esta pretensión. Naturaleza jurídica de los recursos del sistema general de la Seguridad Social en salud. [...] las contribuciones parafiscales son «una institución intermedia entre la tasa administrativa y el impuesto»; o lo que es lo mismo, exacciones obligatorias, realizadas en beneficio de organismos públicos distintos de las entidades territoriales, o de asociaciones de interés general, sobre usuarios o aforados, por medio de los mismos organismos o de la Administración, pues al no ser integradas al presupuesto general del Estado, se destinan a financiar gastos de dichos organismos. Con todo, el término que habitualmente se emplea para definir a la parafiscalidad, tanto en el ordenamiento jurídico como en la doctrina, es el de «contribución especial». [...] los aportes de

los afiliados al régimen de la Seguridad Social en salud son contribuciones parafiscales y, por lo tanto, no pueden ser utilizados con una finalidad distinta de la que establece el marco funcional de las instituciones de la Seguridad Social. [...] Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social (...) tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia

en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”.

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes:

(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal [...]”.

Sentencia de unificación. Reglas jurisprudenciales para retirar del servicio por voluntad del Gobierno, en ejercicio de la facultad discrecional, al personal uniformado de la Policía Nacional y la Fuerza Pública.

RADICADO: 52001-23-31-000-2009-00349-01[4288- 2016]

CE-SUJ-SII-26-2022

FECHA: 7/04/2022

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

DEMANDANTE: Luis Alfredo Burgos Pabón

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Cuáles son las reglas jurisprudenciales que se deben considerar para retirar del servicio por voluntad del Gobierno, en ejercicio de la facultad discrecional, al personal uniformado de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares?

Tesis 1: “[...] las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las fuerzas militares (cuya normativa resulta materialmente igual para efectos de esta situación administrativa) por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, la Sala fija las siguientes reglas jurisprudenciales: i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad .ii) En la

diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa. iii) En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad. Efectos de las reglas de unificación. En desarrollo de las atribuciones del Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, previstas en el artículo 237 (ordinal 1°.) de la Constitución Política y con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva, los principios de buena fe, igualdad y seguridad jurídica, y superar situa-

ciones que afecten el valor supremo de la justicia, la regla de unificación que se adopta en este fallo es vinculante y debe aplicarse para decidir controversias pendientes de solución, tanto en sede administrativa como de competencia de esta jurisdicción⁵⁸; sin embargo, no se aplicará a casos que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, por ser inmodificables”.

Problema jurídico 2: ¿Se encuentra afectado de falsa motivación el retiro del servicio por voluntad del Gobierno del Mayor de la Policía Nacional que cuenta con calificaciones satisfactorias y múltiples felicitaciones durante su vinculación laboral?

Tesis 2: “[...] para la Sala resulta claro que el acto administrativo de retiro del accionante tuvo como fundamento el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, tal como lo exige el artículo 4.º de la , la cual plasmó explícitamente las motivaciones de su recomendación en el acta 7 de 30 de marzo de 2009, dado que en la sesión inicialmente celebrada no lo había hecho (5 de diciembre de 2008), por lo que el accionante tuvo la oportunidad de conocer las razones fácticas por las que se dispuso su desvinculación y, en tal sentido, se procede a analizar si estas colman las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad. Nótese del análisis probatorio que los motivos que condujeron a la Administración a recomendar y ordenar el retiro del accionante del servicio policial conciernen a razones de mejoramiento del servicio público, en atención a que encuentran sustento en los requerimientos a él dirigidos por parte del comandante del departamento de Policía de Nariño, máxima autoridad de mando dentro de la dependencia en la que laboraba, acerca de demoras en el cumplimiento de determinadas labores atañedoras a su función como jefe administrativo de ese departamento de policía, «[...] traumatizando así el oportuno cumplimiento

a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular [...]»», como se plasmó en alguno de aquellos requerimientos, puesto que se advierte que fueron más de tres y algunos reiterados.(...)al contrastar el contenido de los cuatro requerimientos que condujeron al retiro con las anotaciones positivas consignadas en el formulario 2 de seguimiento de la evaluación del desempeño policial de 2008, los primeros fueron efectuados en relación con asuntos puntuales respecto del ejercicio de las funciones y tareas específicas a su cargo, de los cuales tres lo fueron frente a su omisión de respuesta a anteriores solicitudes (seis, con plazo de vencimiento entre abril y mayo de esa anualidad) sobre la construcción del armerillo, la devolución de elementos, el sumiso de combustible, el diligenciamiento de formulario requerido por la subdirección de seguridad ciudadana, la modificación de partida con cargo al presupuesto de funcionamiento de la Policía Nacional de la vigencia fiscal 2008, la información acerca de la conformación de comités de armamento y del porqué no se cumplieron las metas en la ejecución de aportes de acuerdo con las expectativas planteadas por la dirección administrativa y financiera y los informes mensuales referentes al fortalecimiento y acercamiento con gremios, empresarios y demás entidades públicas o privadas.(...)carece de asidero jurídico la afirmación del demandante de que las razones de servicio aducidas en el acto administrativo demandado «[...] contradice[n] a todas luces el excelente desempeño profesional del oficial [...]»», puesto que, además de lo anterior, pese a que en las evaluaciones de desempeño policial obtuvo un puntaje de carácter superior en los últimos tres años de servicios (2006- 2008), obsérvese que esas calificaciones las realizó un uncionario diferente al comandante del departamento de policía al que pertenecía el actor (subcomandante [2008] y comandantes operativo de seguridad ciudadana [2006

y 2007], de la estación centro y del primer distrito de Pasto [2007]), de acuerdo con las anotaciones realizadas en el formulario de seguimiento, también diligenciadas por ellos, de las cuales ya en los años 2006 y 2007 presentaba algunas acerca de su falta de compromiso institucional e incumplimiento a las órdenes impartidas por sus superiores. Asimismo, recuérdese que la valoración probatoria debe hacerse respecto de toda la documentación y demás pruebas que se hayan allegado al proceso, por lo que no puede pretender el accionante que solo se tenga en cuenta el puntaje de su calificación para desvirtuar las demás circunstancias que rodeaban su desempeño policial (existencia de los hechos indicados en el acto administrativo) y que evidenciaban conductas no acordes a la misión institucional. (...) Esta Sala comparte el criterio del señor agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, en cuanto a que, pese a las felicitaciones y anotaciones positivas que obtuvo el demandante durante su servicio, así como las calificaciones superiores en los últimos tres años, eso «[...] no da certeza sobre condiciones y calidades por fuera de lo esperado [...]» (f. 449), toda vez que dada la pertenencia del actor a la fuerza pública y su rango dentro de la escala de oficiales de la Policía Nacional, su comportamiento debía tender hacia un grado de excelencia, y aquellas felicitaciones y anotaciones positivas no evidencian que estuviera muy por encima del nivel de exigencia que se requiere del personal de oficiales (...) la Sala estima que la Administración colmó el mínimo de motivación expresa, habida cuenta de que dejó plasmadas las razones objetivas que condujeron a la adopción de la decisión definitiva de retiro, de las cuales tuvo conocimiento el accionante, quien además accedió a los oficios que la sustentaron, tanto es así que los anexó a la demanda. De igual modo, no se demuestra una falsa motivación, entendida esta como una falsedad de los hechos o su apreciación errónea⁷⁷, puesto que

verificada la historia laboral y los oficios que sirvieron de fundamento para recomendar el retiro, resultó evidente que el compromiso del servidor hacia el ejercicio de sus funciones no era constante [...]”.

Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez

Problema jurídico: ¿La decisión de retiro del servicio del mayor de la Policía Nacional por voluntad del Gobierno se encuentra debidamente motivado de manera que garantice el debido proceso y se ajuste a las reglas de unificación fijadas por la Sala de la Sección Segunda de la Corporación para el retiro del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional, del personal uniformado de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares?

Tesis: “[...] Sobre los hechos y el precedente adquiere suma relevancia en el fallo del cual me aparto, porque la regla de unificación ordena que la recomendación de retiro debe contener el estudio pertinente y completo de la sugerencia de desvinculación, respaldado en razones objetivas, sin visos de arbitrariedad o capricho. Sin embargo, a partir del análisis de los hechos del litigio claramente no fue aplicada, pasando a desnaturalizarse la finalidad de las sentencias de unificación, como procedo a explicar. (...) la primera regla de unificación se desglosa de la siguiente manera: La recomendación de retiro debe basarse en (i) un estudio pertinente; (ii) respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho); (iii) plasmadas en la respectiva acta (Esto le permite conocer la razón por la cual fue desvinculado, pues al desconocerla, se torna casi imposible ejercer el derecho de contradicción y defensa); y (iii) se debe conceder la oportunidad al interesado de conocer su contenido. Ciertamente, a luz de la regla de unificación, la recomendación de retiro debe contener las ra-

ziones reales y objetivas por las cuales se dispuso la desvinculación del servicio, significa ello entonces que en la motivación contenida en los decretos demandados no caben expresiones como “entre otros”, ya que se da entrada a razones distintas que no se indican en el acto de retiro y que lógicamente el interesado desconoce. En el marco de esta litis, el hecho más relevante consiste en que el demandante fue retirado del servicio mediante el Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008. Este acto discrecional no estaba expresamente motivado, en la medida que solo indicó como fundamento normativo la facultad discrecional regulada en la Ley 857 de 2003, indicando que “obedece eminentemente a las razones del servicio con el fin de procurar garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del ESTADO”. (...) la primera regla de unificación se desglosa de la siguiente manera: La recomendación de retiro debe basarse en (i) un estudio pertinente; (ii) respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho); (iii) plasmadas en la respectiva acta (Esto le permite conocer la razón por la cual fue desvinculado, pues al desconocerla, se torna casi imposible ejercer el derecho de contradicción y defensa); y (iii) se debe conceder la oportunidad al interesado de conocer su contenido. Ciertamente, a luz de la regla de unificación, la recomendación de retiro debe contener las razones reales y objetivas por las cuales se dispuso la desvinculación del servicio, significa ello entonces que en la motivación contenida en los decretos demandados no caben expresiones como “entre otros”, ya que se da entrada a razones distintas que no se indican en el acto de retiro y que lógicamente el interesado desconoce. Al entenderse que están debidamente motivados los decretos demandados, la resolución del caso concreto, entra en contradicción con la parte motiva del fallo que indica “el «estándar mínimo de motivación» al que alude la Corte Constitucio-

nal, permite que el interesado pueda conocer los soportes que sirvieron de fundamento a la respectiva recomendación de retiro y el consecuente acto de desvinculación, para que posteriormente pueda ventilar sus inconformidades ante el juez de lo contencioso-administrativo, y este a su turno pueda valorar de manera objetiva si la motivación del acto administrativo estuvo inspirada en el mejoramiento del servicio público o encubre una finalidad contraria a las necesidades del servicio.(...)Por consiguiente, el propósito de la regla de unificación dirigido a que no existan motivos ocultos y ajenos al mejoramiento del servicio, no se cumple en el presente asunto, conllevando a que en la práctica no se garantice la eficacia el derecho al debido proceso, pues la motivación pasa a ser solo un requisito formal. De esta manera, la falta de congruencia entre las evaluaciones de desempeño y el ejercicio de la facultad discrecional motivado en los oficios previamente citados, solo permite inferir que los actos acusados están viciados de nulidad por falsa motivación, en la medida que no expresaron las razones reales que fundaron la decisión de retirar al Mayor del servicio de la Policía Nacional [...]”.

Salvamento de voto del consejero César Palomino Cortés

Problema jurídico: ¿Se vulneraron los derechos de proporcionalidad y razonabilidad al retirar del servicio por voluntad del Gobierno a un mayor de la Policía Nacional por bajos resultados en su gestión, pero en contradicción con la calificación de servicios que destaca su desempeño con múltiples felicitaciones?

Tesis: “[...] La sentencia indica que pese a que la administración no indique de forma expresa los hechos que dieron lugar a la decisión de retiro del servicio, por este solo hecho el acto no está viciado de nulidad, de modo que corresponde al juez determinar si se satisfacen las con-

diciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, en armonía con las reglas de la sana crítica.(...)lo cierto es que en la motivación de los decretos demandados se indicó que las razones de mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta se fundamentaron en los continuos llamados de atención durante el año 2008, que demostraban los bajos resultados en la gestión del Mayor, como jefe administrativo del Departamento de Policía de Nariño. (...)En mi opinión, si las razones reales y objetivas contenidas en la recomendación de retiro están ligadas a la adecuada gestión administrativa, entonces lo lógico y coherente es que la recomendación correspondiera al contenido de la evaluación de desempeño del accionante, en su calidad de jefe administrativo del Departamento de Policía de Nariño. Por el contrario, las evaluaciones de desempeño del accionante tuvieron una calificación superior de 1200.En efecto, se observa que el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 hace énfasis en la baja gestión administrativa del Mayor, acreditada con los oficios 000917 COMAN DENAR del 14 de abril de 2008; 001122 COMAN DENAR del 3 de mayo de 2008; 001649 COMAN DENAR del 23 de julio de 2008; y 001782 del 5 de septiembre de 2008. (...)Cabe resaltar que en el asunto bajo estudio, obra la evaluación de desempeño del periodo 1 de febrero a 15 de noviembre de 2008 (9 meses y 15 días), del Ma-

yor Luis Alfredo Burgos Pabón, realizada por el Subcomandante del Departamento de Policía de Nariño. En dicha evaluación se otorgó el actor un puntaje de 1200. Durante este año no obran anotaciones negativas. Por el contrario, del análisis de la evaluación se resaltan 4 felicitaciones. (...)Se plantea entonces claramente la falta de correspondencia entre la evaluación de desempeño del año 2008 calificada con 1200 (puntaje superior) y los referidos oficios, en los que se le reprocha la deficiente gestión administrativa y falta de compromiso. (...) Por tanto, no se explica cómo la Policía Nacional en la evaluación de desempeño le concede al Mayor una calificación superior que no se ve afectada por los “múltiples requerimientos plasmados en los oficios”. No obstante, dichos oficios sí se tienen en cuenta para retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, constituyendo la motivación alegada por la entidad. Como resultado del análisis en conjunto de las evaluaciones de desempeño y los referidos oficios, es claro que el acto administrativo que retiró del servicio al actor con fundamento en la facultad discrecional desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que el incumplimiento de unos requerimientos de índole administrativo no afectó su calificación de desempeño, pero para la entidad sí tienen la envergadura suficiente que justifica el retiro para mejorar la prestación del servicio [...]”.

Pensión de jubilación, régimen especial de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-02380-01(2656-2014)

FECHA: 28/07/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de Unificación Jurisprudencial

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Margenys del Socorro Enríquez Erazo

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante, quien se desempeñó como detective del Departamento Administrativo de Seguridad, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios?

Tesis: “[...] el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicio. No obstante, en aplicación de las reglas de unificación antes definidas, en las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición solo se mantienen las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, y en este caso, al Decreto 1835 de 1994. El IBL y los factores salariales que se deben computar, son aspectos que se regulan por lo previsto en esta última ley, en línea con lo definido por la Sala Plena de esta Corporación a partir de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, y como consecuentemente lo ha aplicado esta Sección con las sentencias del 25 de abril de 2019 y 11

de junio de 2020. Ahora bien, se advierte que la señora (...) tuvo la calidad de detective del DAS desde su vinculación a la entidad (como detective alumna) desde el 1.º de febrero de 1989 y finalizó su relación legal y reglamentaria el 29 de abril de 2011 como detective profesional 207-10, según certificación expedida por la subdirectora de Talento Humano del extinto departamento administrativo. Por ese motivo, era destinataria del régimen especial de pensiones para los detectives del DAS, aspecto que no discute la UGPP. En ese entendido, la pensión de la señora (...) como exdetective del DAS, debe liquidarse con el promedio de lo devengado en los 10 años anteriores a la adquisición del estatus pensional, como efectivamente se hizo en la Resolución PAP 12932 del 9 de septiembre de 2009, por medio de la cual se reconoció la prestación y se mantuvo en el acto de reliquidación por retiro definitivo del servicio, Resolución UGM 035856 del 28 de febrero de 2012. Ahora, en cuanto a los factores salariales, debe precisarse que, por regla general, solo son computables los regulados en el Decreto 1158 de 1994 adicionado por la prima de riesgo en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la Ley

860 de 2003. Así las cosas, en el presente asunto se encuentra acreditado que la señora (...) percibió, además de la asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados, las primas de servicio, navidad, vacaciones y riesgo, de los cuales solo tiene derecho a que le sean incluidos en el IBL la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, los dos primeros por estar expresamente regulados en el Decreto 1158 de 1994 y la última, por mandato de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes indicados en el parágrafo 4.º del artículo 2. [...] de los comprobantes de nómina obrantes en el CD de antecedentes administrativos, se puede constatar que a la demandante solo se le hicieron descuentos para pensión por los conceptos de asignación básica y bonificación por servicios prestados, sin que se observe en el proceso que sobre la prima de riesgo se hicieron las correspondientes deducciones. [...] se trata de cotizaciones diferentes que el empleador estaba en la obligación de girar a la entidad administradora de pensiones, con el fin de que la prestación de la demandada se reconociera en los términos previstos por la ley. Su omisión no es oponible a la ahora pensionada para excluir de la liquidación un emolumento al que tenía derecho. [...] De acuerdo con lo anteriormente señalado, en esta oportunidad, se considera procedente ordenar la reliquidación de la pensión de la demandante para incluir en el ingreso base de liquidación la prima de riesgo, en los términos señalados por el parágrafo 4.º del artículo 2 de la Ley 860 de 2003. [...] En conclusión: No es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios. Lo anterior comoquiera que la liquidación de la prestación debe efectuarse sobre el 75%, del promedio de los salarios o rentas que debían ser base de cotización durante los diez (10) años anteriores al disfrute efectivo de la pensión. Los factores salariales que deben incluirse son: asig-

nación básica, bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, esta última por ser exdetective del DAS, en los términos definidos por la Ley 860 de 2003. En consecuencia, la prima de riesgo debe ser computada en el cálculo de la prestación, en los porcentajes señalados por el parágrafo 4.º del artículo 2 de la mencionada Ley 860 de 2003”.

Problema jurídico 2: ¿Hay lugar a ordenar el reconocimiento de intereses moratorios en favor de la demandante?

Tesis 2: “[...] La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA [...] habrá por imperativo legal de reconocerse y pagarse intereses moratorios a partir del momento en que la decisión judicial quede ejecutoriada, con la única salvedad de que los beneficiarios no acudan en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria para hacer efectiva la condena, caso en el cual cesa la causación de intereses, pero solo hasta que se eleve la respectiva solicitud. [...] En conclusión: Se confirmará en este sentido la sentencia de primera instancia por cuanto no resulta necesario ordenar en forma expresa el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que tratan los artículos 192 y 195 del CPACA pues, como se reitera, estos operan por ministerio de la ley y, por tanto, proceden en todos los casos de sentencia condenatoria por imperativo legal”.

Reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación

“[...] Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. Los servidores que desarrollaron actividades de alto riesgo del DAS, cobijados por los regímenes de transición de que tratan los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003, tienen derecho a que se respeten las con-

diciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, este es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

2. Los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones aquí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de coti-

zación para pensión. En el caso del personal del DAS de que tratan los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo prevista en este decreto debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley, es decir:

- En el 40%, desde el 26 de diciembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2007.

- En el 50%, desde el 31 de diciembre de 2007 hasta la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades, por disposición del Decreto 4057 de 2011.

3. Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia [...].”

Sentencia de unificación que determinó la norma aplicable en la pensión gracia para el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes.

RADICADO: 23001-23-33-000-2014-00444-01 (1655-2017)

FECHA: 11/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: Sección Segunda – Sala Plena

DEMANDANTE: Roby Rosy Ramos Reyes

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿En el caso de la pensión gracia, la norma aplicable para el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes son las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que exigen 5 años de convivencia del cónyuge supérstite o compañero permanente con el causante; o la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que en el caso del cónyuge supérstite solo exige el vínculo matrimonial y que al momento del deceso hiciere vida en común con el causante; y para el compañero permanente requería que hubiere hecho vida marital con el docente durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento?

Tesis: “[...] la Sala considera que las normas que rigen el requisito de convivencia de los beneficiarios del docente fallecido para efectos de la sustitución de la pensión gracia no son la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, sino la Ley 100 de 1993 y las normas complementarias, cuando el docente fallece en su vigencia. Es interesante destacar en el punto materia de estudio que la sustitución pensional es una prestación para el grupo familiar, no para el docente en sí mismo considerado. Así

pues, las normas que regulan la sustitución pensional difieren de las que regulan la pensión de vejez, porque es una prestación que cubre una contingencia diferente, la muerte, y no la vejez; el derecho se causa en razón del deceso del causante; y los beneficiarios deben cumplir los requisitos previstos de forma específica para adquirirla, en cuanto al tiempo de convivencia o dependencia económica. Con fundamento en los anteriores razonamientos se establece que al ocurrir la muerte del docente o del pensionado se habilita a los beneficiarios para reclamar la sustitución de la pensión gracia, pues como ya se dijo, la pensión gracia es sustituible conforme las normas generales en materia pensional, lo que obliga a remitirse a los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento. Razonamiento que excluye la aplicación de la Ley 71 de 1988 y el artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, si el deceso acontece en vigencia de la Ley 100 de 1993. Máxime cuando en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos para adquirir la pensión de sobrevivencia serán los establecidos por el Sistema General de Pensiones. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los eventos que sea la norma vigente para la sustitución de

la pensión gracia, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, se aplica en tanto sea compatible con la citada prestación especial. Esto denota que no se habilita a reconocer la pensión de sobrevivientes con fundamento en el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que la prevé para “Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”. Este planteamiento se explica porque la pensión gracia es especial y gratuita pues se creó en 1913 como una recompensa para atraer a los maestros para que trabajaran en zonas apartadas; se reconoce aun cuando el maestro no está afiliado al ente de previsión que la concede, ni efectuó aportes; y los tiempos fueron laborados para las entidades territoriales y no para la Nación, quien asume el pago. De esta forma, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en materia de pensión gracia sobre la convivencia para los beneficiarios del docente que laboró 20 años de servicio, se explica en tanto como norma general complementa una pensión especial; pero, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad no puede conllevar a que también proceda el reconocimiento de la pensión gracia de sobrevivientes con 50 semanas de cotización, porque la vocación de sustituibilidad de una pensión creada como especial y transitoria no puede llevar a perpetuar una regulación de un tiempo pretérito (1913), creada para compensar salarialmente a los maestros de primaria de las regiones apartadas. Para la Sala, la aplicación del Sistema General de Pensiones, en materia de pensiones de sobrevivencia, de modo alguno puede ser absoluta hasta petrificar e “impedir la puesta en marcha de las reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad

de derechos de la comunidad (...), es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional al fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social”. Como se enunció previamente, la Ley 100 de 1993 es el resultado de una reforma pensional centrada en la cotización y el principio de solidaridad cuya “finalidad es que los aportes financieros proceden de la contribución de los miembros de la sociedad económicamente activos, según su capacidad económica”. Así, el sistema está enmarcado en un régimen de financiación que “se rige por el sistema de reparto, con base en la solidaridad entre generaciones, regulando las tasas de cotización, los periodos mínimos de fidelidad o de carencia y la racionalización de los requisitos de edad o de número de semanas cotizadas”. (...) Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento. Por consiguiente, no es suficiente con demostrar la existencia del vínculo matrimonial, o de la convivencia al momento del fallecimiento, en tanto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado. (...) Conclusiones y regla de unificación :La pensión gracia es una prestación especial, gratuita, no requiere afiliación ni aportes. Por tanto, visto que no contiene una regulación propia sobre la sustitución pensional, la jurisprudencia ha aplicado las normas generales. La norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del docente pensionado. Acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes,

en cuanto a la convivencia, son los previstos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, contenidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si son las normas vigentes para la fecha del fallecimiento del causante. El Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”, lo que se debe leer en armonía con el criterio según el cual la norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 y complementarias, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, si es la norma vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del pensionado, se aplica en tanto sea compatible con la pensión gracia, como pensión especial. Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado. En consecuencia, la Sala establece la siguiente regla de unificación: La norma aplicable sobre el requisito de convivencia para el cónyuge supérstite o el compañero permanente en materia de sustitución de pensión gracia es la vigente para la fecha del deceso del causante, en armonía con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que remite a las leyes del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modifica-

do por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado [...]”.

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

Problema jurídico: ¿A la sustitución de la pensión gracia le resulta aplicable las normas generales de la Ley 100 de 1993, así la muerte del causante haya acaecido durante su vigencia, como lo afirma la sentencia de unificación?

Tesis: “[...] discrepo de los fundamentos y de la decisión del fallo, puesto que, en este particular caso de la sustitución de la pensión gracia, resultaba dable aplicar la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, que exigen un año de convivencia con el causante a la fecha de fallecimiento, no el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003), que establece 5 años, por las siguientes razones:(...) Obsérvese que respecto de los docentes oficiales vinculados al servicio antes de la Ley 812 de 2003, el aludido Acto legislativo dispuso que «El régimen pensional... es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003» (se destaca), sin distinguir si se trata de pensión gracia u ordinaria; tampoco se refirió a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino, en general, al régimen pensional de los educadores oficiales, del cual hace parte el de la pensión gracia. De suerte que la sustitución de esta última se gobierna por la Ley 71 de 1988 y el artículo 12 del Decreto reglamentario 1160 de 1989, como «disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003», así el fallecimiento del causante haya acontecido en vigor de la Ley 100 de 1993, máxime cuando en el fallo se reitera el carácter

especial de esta prestación. En varios apartes de la sentencia se reconoce, de manera recurrente, que la pensión gracia es de naturaleza especial; no obstante, se afirma que la sustitución debe regularse por las normas generales de la Ley 100 de 1993, lo que contradice dicho carácter especial. (...) Por otra parte, se dejó de lado que la Ley 100 de 1993 (artículo 288) preceptúa que se aplica al empleado público cuando se «estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores» y este no es el caso, dado que la Ley 71 de 1988 resulta más benéfica al demandante, lo que implica que debió gobernar la sustitución de la pensión gracia solicitada [...].”

Aclaración de voto de William Hernández Gómez

Problema jurídico: ¿La norma aplicable para el reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia es la vigente al momento de la muerte del causante?

Tesis: “[...] En anteriores oportunidades me aparté de las decisiones de acceder al reconocimiento de la sustitución de la pensión gracia. Tal es el caso de la sentencia del 3 de diciembre de 2020, dentro del proceso 0745-2015, dictada por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, providencia respecto de la cual presenté mi salvamento de voto esencialmente porque se accedió al reconocimiento de una pensión gracia post mortem con 18 años de servicio, con sustento en el Decreto 224 de 1972. En aquella oportunidad expuse que, en mi concepto, la norma aplicada no corresponde propiamente a la regulación de la pensión gracia, toda vez que se trata de una prestación especial a favor de ciertos docentes con requisitos singulares para su otorgamiento y regida por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, en las cuales no se incluyó la posibilidad de concederla ante el deceso del docente que no completó los 20 años de labor. Es decir que no fue la intención del legislador

otorgar de forma post mortem la pensión gracia. Adicionalmente, esta pensión especial no está precedida de los aportes, que implica que, en el caso del Decreto 224 de 1972, al contar el causante con 18 años al servicio docente, la prestación está casi en su totalidad financiada con los aportes por dichos años, lo que no sucede con la pensión gracia. No obstante lo anterior, apoyo plenamente la decisión adoptada en la sentencia de unificación del 11 de agosto de 2022, toda vez que se admite la posibilidad de sustituir la pensión gracia con 20 años de servicio con base en las normas generales tales como la Ley 71 de 1988, que conceden al grupo familiar el derecho a acceder paulatinamente con la evolución normativa que amplió el rango de este componente de la seguridad social, sin excluir alguna pensión en particular ni aún la gracia, pese a que se constituye en un «privilegio gratuito» a cargo de la Nación, planteamiento que comparto dada su coherencia con las normas que han regulado la materia, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como el contenido en la sentencia T-136 de 2019, y que no fue discutido por la entidad demandada en este caso particular y concreto. Adicionalmente, comparto la regla definida según la cual, en materia de sustitución de la pensión gracia, la norma aplicable en relación con el requisito de convivencia del cónyuge supérstite o el compañero permanente es la vigente para la fecha del deceso del causante, la cual se acompasa con la línea adoptada por la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2013. Esto, implica que, si la muerte ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, sea esta la que gobierna la situación de los beneficiarios. Sumado a ello, estimo que esta interpretación atiende el contenido del Acto Legislativo 01 de 2005, que remite al Sistema General de Pensiones, sin dejar de lado que se deben respetar los derechos adquiridos, derivados de las situaciones particulares con-

solidadas con arreglo a las normas anteriores. a una pensión por muerte del trabajador con 20 años de servicio. Ciertamente, la providencia precisa que la posibilidad de sustituir la prestación surgió paulatinamente con la evolución normativa que amplió el rango de este componente de la seguridad social, sin excluir alguna pensión en particular ni aún la gracia, pese a que se constituye en un «privilegio gratuito» a cargo de la Nación, planteamiento que comparto dada su coherencia con las normas que han regulado la materia, con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como el contenido en la sentencia T-136 de 2019, y que no fue discutido por la entidad demandada en este caso particular y concreto. Adicionalmente, comparto la regla definida según la cual, en

materia de sustitución de la pensión gracia, la norma aplicable en relación con el requisito de convivencia del cónyuge supérstite o el compañero permanente es la vigente para la fecha del deceso del causante, la cual se acompasa con la línea adoptada por la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2013¹. Esto, implica que, si la muerte ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, sea esta la que gobierna la situación de los beneficiarios. Sumado a ello, estimo que esta interpretación atiende el contenido del Acto Legislativo 01 de 2005, que remite al Sistema General de Pensiones, sin dejar de lado que se deben respetar los derechos adquiridos, derivados de las situaciones particulares consolidadas con arreglo a las normas anteriores [...]”.

Sentencia de unificación de jurisprudencia - Interpretación del artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989, para el reconocimiento de la pensión gracia establecida por la Ley 114 de 1913 y demás normas que la hubieren desarrollado o modificado.

RADICADO: 15001-23-33-000-2016-00278-01 (3018-2017)

FECHA: 11/08/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación jurisprudencial

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Hirma Nubia Jiménez Lozano

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿[L]a demandante tiene derecho a que la UGPP reconozca, liquide y pague una pensión gracia, en aplicación del régimen consagrado en la Ley 114 de 1913 y demás normas que regulan dicha prestación?

Tesis 1: “[...] El artículo 1 de la Ley 114 de 1913 dispuso que los maestros de escuelas primarias oficiales «que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley». Por su parte, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 consagraron la posibilidad de que los docentes obtuvieran la pensión gracia computando los años laborados en la enseñanza secundaria, normalista o como inspectores de instrucción pública, siempre y cuando cumplieran los demás requisitos fijados por el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, pues estos no fueron modificados por la normativa posterior. Dentro de los requerimientos para acceder al mencionado beneficio, el artículo 4 ibidem incluyó el referente a que el educador no haya recibido o reciba «otra pensión o recompensa de carácter nacional». En virtud de dicho condicionamien-

to, la Sala Plena de esta corporación, mediante sentencia del 29 de agosto de 1997, concluyó que «la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales». En la mencionada sentencia también se indicó que, con ocasión de la expedición de la Ley 91 de 1989, dicha pensión especial debe reconocerse a los docentes nacionalizados, ya que inicialmente contaban con una vinculación del orden territorial, pero fueron sometidos repentinamente a un cambio de tratamiento que los adscribió a la nación. Al respecto, se explicó que la norma en comento buscó «colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales». [...] la pensión gracia se reconoce a los docentes que estén dentro de los siguientes supuestos: i) Vinculados «hasta el 31 de diciembre de 1980». ii) Que «tuviesen

o llegaren a tener derecho». iii) Que «cumplan con la totalidad de los requisitos» previstos en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado. [...] la pensión gracia tuvo como finalidad compensar a los educadores adscritos a entidades territoriales en razón a la diferencia salarial que se evidenciaba en comparación con los docentes nacionales; sin embargo, este objetivo inicial perdió su fundamento en virtud del proceso de nacionalización de la educación que instituyó la Ley 43 de 1975 y en razón a que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que tal beneficio sería compatible con la pensión ordinaria de jubilación, «aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación» [...] la Ley 91 de 1989 pretendió desmontar el reconocimiento de la pensión gracia, en orden a atender a las nuevas circunstancias en que debía desenvolverse el servicio educativo y que eliminaron la razón de ser de tal prestación, pues ya no se presentaba la situación de desigualdad en las asignaciones salariales de los docentes. Pese a que la Ley 91 de 1989 buscó poner fin a la pensión gracia, fijó unas reglas en aras de reconocerla a quienes cumplieran con los requisitos allí establecidos. [...] El artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989, constituye una norma especial en materia de pensión gracia y precisó que este beneficio se reconocería bajo los siguientes parámetros: Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: [...] 2. Pensiones: A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previ-

sión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. Al interior de la jurisdicción se han identificado diversas posturas frente al sentido y alcance de la citada norma y de la Sentencia C-489 de 2000, que declaró su exequibilidad condicionada, las cuales se resumen a continuación: 1. El artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 permitió que los docentes con vinculación territorial o nacionalizada anterior al 31 de diciembre de 1980 accedieran a la pensión gracia, siempre y cuando hubieran cumplido los 20 años de servicio al 29 de diciembre de 1989. 2. El artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 permitió que los docentes con vinculación territorial o nacionalizada anterior al 31 de diciembre de 1980 accedieran a la pensión gracia, para lo cual podrían sumar los tiempos laborados con posterioridad al 29 de diciembre de 1989. [...] el artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 no exige que al 31 de diciembre de 1980 el docente debe encontrarse en servicio activo, pues lo que el texto preceptúa es que dicha fecha «es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda», es decir, que no es válido imponer un requerimiento adicional que no previó el legislador para restringir el acceso a la prestación. Igualmente, esta corporación ha explicado que para el reconocimiento de la pensión gracia a los «docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980», la aludida norma no estableció exigencia alguna frente a los siguientes aspectos: a. contar con determinado período de vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980; b. que los servicios prestados como docente sean continuos o interrumpidos; c. que para la referida fecha el maestro deba tener un vínculo laboral vigente. Así las cosas, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado se ha encaminado a afirmar que la condición para el

reconocimiento de la pensión gracia «es que la vinculación del docente territorial sea anterior al 31 de diciembre de 1980, contando tiempos posteriores siempre y cuando se demuestren como nacionalizados o territoriales». Los razonamientos antes expuestos son consonantes con las ponencias y debates que se suscitaron al interior del Congreso para la expedición de la Ley 91 de 1989 [...] se reafirma la premisa de que el legislador salvaguardó las expectativas de los docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 con el fin de que pudieran completar los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para acceder a la pensión gracia [...].”

Problema jurídico 2: ¿Qué es lo que debe entenderse como “plaza docente”, su definición, requisitos y lineamientos, que permitan dilucidar cuáles son las condiciones que debe reunir “la plaza” a la que se refiere la sentencia de unificación SUJ-11-S2 de 21-06-2018, para ser considerada como nacional, nacionalizada o territorial?

Tesis 2: “[...] En virtud del anterior lineamiento jurisprudencial, algunos juzgados y tribunales administrativos del país han sostenido que la Sentencia C-489 de 2000 dispuso un límite temporal, consistente en que la pensión gracia únicamente se podría reconocer a quienes hubieran reunido todos los requisitos antes del 29 de diciembre de 1989; sin embargo, esta conclusión no se desprende del texto de la referida providencia y resulta contradictoria con las demás sentencias de constitucionalidad que han abordado asuntos similares. [...] el referido supuesto no fue objeto de pronunciamiento, la Corte Constitucional tampoco sostuvo de manera expresa que los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 solo tenían hasta el 29 de diciembre de 1989 para alcanzar la edad y el tiempo de servicios propios de la pensión gracia; por el contrario, la corporación se limitó a reiterar el artículo 58 de la Constitución Polí-

tica en cuanto a la protección de los derechos adquiridos en aras de que quienes hubieran consolidado su situación jurídica para esa fecha la mantuvieran en adelante. [...] mediante la Sentencia C-954 de 2000, se declaró la exequibilidad del artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989, puesto que no vulneró el derecho a la igualdad de los docentes que ingresaron al servicio después del 31 de diciembre de 1980, sino que buscó «garantizar y reconocer el derecho a la pensión gracia de “Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, en los términos en que la prestación fue concebida por las disposiciones legales que la consagran, desarrollan y modifican». [...] En las Sentencias C-479 de 1998 y C-915 de 1999 se analizó la constitucionalidad de las Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933 por considerar que, aunque fueron derogadas por la Ley 91 de 1989, continuaban produciendo efectos, esto es, seguían vigentes para los docentes que se vincularon con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y que «cumplieron o llegaren a cumplir los requisitos» exigidos para obtener tal beneficio pensional. La anterior conclusión también fue plasmada en la Sentencia C-085 de 2002, que estudió la constitucionalidad de la Ley 116 de 1928 partiendo del supuesto de que la Ley 91 de 1989 «distinguió dos situaciones en relación con los docentes, una, para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y, otra, para los vinculados a partir del 1o de enero de 1981, teniendo en consideración, para los primeros, la naturaleza del vínculo, según lo dispuesto en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1937, entre otras». Por lo anterior, se estimó necesario analizar la exequibilidad de la Ley 116 de 1928, porque siguió aplicándose «respecto de los docentes nacionalizados, es decir, los vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, por las entidades territoriales». [...] la Sentencia C-084 de 1999 estableció

que la pensión gracia «sólo subsiste para los docentes que se vincularon al servicio oficial antes del 31 de diciembre de 1980», es decir, que mantuvo sus efectos aún con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989, pues esta así lo dispuso expresamente en su artículo 15. A partir de dicha premisa, se sostuvo que «[e]llo significa, a contrario sensu, que ella [alude a la pensión gracia] no rige para los vinculados a partir del 1o de enero de 1981, pues éstos docentes, “nacionales y nacionalizados”, tendrán derecho “sólo a una pensión de jubilación [...]”». [...] Mediante la Sentencia SU-014 de 2020, la Corte Constitucional explicó que el artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 «solo tiene una lectura posible, esto es, la interpretación literal, gramatical y finalista, conforme a la cual, los profesores de primaria, los empleados y docentes de las Escuelas Normales, los inspectores de instrucción pública y los docentes oficiales de secundaria aún podrían acceder a la prestación siempre que se hubiesen vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 y cumplieran los demás requisitos de ley». A partir de dicho entendimiento, se reconoció la pensión gracia a una docente que se vinculó antes de la referida fecha y consolidó su estatus con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1989. [...] Los razonamientos anteriormente expuestos en cuanto a la lectura que debe darse al artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 son congruentes con los principios de favorabilidad en materia laboral y pro homine, los cuales derivan de la filosofía humanista que inspira el ordenamiento constitucional colombiano y obligan a que «siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental». Además, dichas conclusiones son expresión del deber que tienen las autori-

dades judiciales de resolver bajo una hermenéutica que no suprima, limite o excluya el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el bloque de constitucionalidad o en las normas internas. Este hilo argumentativo cobra especial relevancia en la materia analizada, toda vez que el litigio recae sobre un asunto pensional, cuyo carácter es irrenunciable, afecta al ramo docente y repercute en la congrua subsistencia de los maestros que durante más de 20 años se han desempeñado con idoneidad, honradez, consagración y buena conducta en una profesión de altísima responsabilidad e importancia para la población, pues no solo se limita a la transmisión del conocimiento o la instrucción al estudiante en determinadas áreas, sino que encierra la formación moral, ética, intelectual y física de la persona en aras de cimentar los valores que le permitirán desenvolverse de la mejor manera posible en los diferentes ámbitos de su vida y proponerse alcanzar el ideal de nación que proclama nuestra Constitución Política. [...] La señora (...) demostró que laboró en el magisterio oficial durante más de 20 años como docente de primaria, en plazas clasificadas como nacionalizadas y territoriales. Igualmente, tuvo una experiencia como educadora anterior al 31 de diciembre de 1980, por ende, en lo que respecta al tiempo de servicio, cumple con los presupuestos previstos por las Leyes 114 de 1913 y 91 de 1989 para ser acreedora del beneficio pensional pretendido. [...] La demandante tuvo vinculaciones en interinidad, las cuales son válidas para obtener la pensión gracia objeto de controversia. [...] las vinculaciones en interinidad son computables para acceder a la pensión gracia, pues lo relevante es la prestación efectiva del servicio en el ramo docente del orden territorial o nacionalizado, lo cual se acreditó en el sub lite. [...] El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certifi-

có que la actora fue vinculada como docente por contratos de prestación de servicios durante los años 1993 y 1994, los cuales también deben computarse para efectos de obtener la pensión gracia. [...] Conforme al anterior lineamiento interpretativo, en el sub lite se computarán los tiempos laborados por la actora en virtud de contratos de prestación de servicios, celebrados con el alcalde del municipio de Sogamoso y que se pagaron con recursos propios de dicho ente territorial, en razón a que la normativa especial no excluyó tal modalidad contractual para el acceso a dicho beneficio laboral; por el contrario, lo relevante es que el interesado demuestre haber trabajado en el magisterio oficial como maestro territorial o nacionalizado, así como tener una experiencia docente anterior al 31 de diciembre de 1980. Es pertinente aclarar que esta tesis es consonante con el mandato constitucional de privilegiar la realidad sobre las formalidades en aras de garantizar el acceso de los trabajadores a sus derechos mínimos laborales. Igualmente, esta decisión se adopta en razón a las particularidades del caso concreto, esto es, por el ejercicio de la función docente, la cual de manera reiterada se ha considerado que por su naturaleza implica subordinación, prestación personal del servicio y el cumplimiento de condiciones de formación y experiencia que denotan la existencia de un verdadero vínculo laboral entre la administración y los educadores, quienes deben someterse a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, a los contenidos curriculares y al calendario escolar. [...] para demostrar la calidad de docente territorial «se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede accredi-

tar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial». [...] La señora (...) cuenta con más de 50 años de edad y durante su ejercicio como docente no se registraron sanciones disciplinarias, es decir, que cumple con los requisitos de edad, buena conducta y desempeño laboral con honradez y consagración previstos por la Ley 114 de 1913 para el reconocimiento del beneficio pensional reclamado. [...] Así las cosas, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión gracia pretendida, en cuantía del 75% del promedio de los factores devengados por la demandante en el año anterior a la consolidación de su estatus pensional, comprendido entre el 21 de mayo de 2008 y el 21 de mayo de 2009, con inclusión de la asignación básica y las doceavas partes de las primas de vacaciones docentes y de navidad. La referida liquidación es consonante con los artículos 4 de la Ley 4 de 1966, 5 del Decreto 1743 de 1966 y los lineamientos jurisprudenciales trazados por esta corporación frente al monto de la prestación, esto es, que «la pensión gracia debe liquidarse con base en los emolumentos devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional». Igualmente, se observa que el municipio de Sogamoso le pagó a la accionante las primas de vacaciones docentes y navidad con sujeción al régimen prestacional establecido por el Gobierno nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y 1381 de 1997. Ahora bien, conforme a la historia laboral de la actora, se concluye que al momento de cumplir los 50 años de edad contaba con más de 20 años de servicio como docente nacionalizada, es decir, al 21 de mayo de 2009; no obstante, la reclamación del derecho se verificó el

26 de septiembre de 2014, razón por la que operó el fenómeno de la prescripción trienal. En consecuencia, los efectos fiscales del reconocimiento pensional se decretarán a partir del 26 de septiembre de 2011 [...].”

Reglas jurisprudenciales de la Sentencia de Unificación

“[...] la Sección Segunda del Consejo de Estado fija la siguiente regla de unificación en cuanto al entendimiento que debe otorgarse al artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 para efectos de reconocer la pensión gracia de jubilación:

Los docentes pueden acceder a la pensión gracia antes y después del 29 de diciembre de 1989, siempre y cuando acrediten una vinculación territorial o nacionalizada

con antelación al 31 de diciembre de 1980 y cumplan con los demás requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento. [...]

[...] en torno a los efectos de las providencias de unificación, las reglas jurisprudenciales fijadas en esta sentencia son vinculantes en los siguientes casos: (i) respecto de los asuntos similares que actualmente se están tramitando en sede administrativa; (ii) respecto de los procesos similares que se están adelantando en juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado. En consecuencia, no tiene efectos respecto de aquellos asuntos en los que ya existe sentencia ejecutoriada. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos están amparados por la cosa juzgada y, por ende, resultan inmodificables [...]”.

Sentencia de unificación en relación con la pensión mínima del desmovilizado.

RADICADO: 25000-23-42-000-2013-00545-01 [1798-2015]

SUJ-031-CE-S2-2023.

FECHA: 28/09/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia de unificación

PONENTE: Juan Enrique Bedoya Escobar

DEMANDANTE: Alix María Salazar Salazar

DEMANDADO: Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Educación

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿El artículo 147 de la Ley 100 de 1993 regula un régimen especial de pensiones y, por tanto, fue derogado por el Acto Legislativo 1 de 2005, según lo previsto por el artículo 9 de la Ley 153 de 1887?

Tesis: “[...] [D]e la interpretación sistemática de la Ley 100 de 1993 junto con su artículo 147, se colige que la garantía de pensión mínima para los desmovilizados hace parte del Sistema General de Pensiones y no constituye un régimen especial. Por el contrario, es otra especie de la pensión de vejez prevista en tal ley que contiene una regla especial al indicar que solo se deben cotizar 500 semanas. Esta particular previsión la convierte en una «pensión de vejez especial» que depende en todo de la estructura normativa del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para su aplicación y, por ende, hace parte de este. De acuerdo con lo anterior, tal prestación no fue derogada con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, por cuanto este solo prohibió y derogó los regímenes exceptuados y especiales de pensiones. La reforma constitucional no dispuso igual medida en relación con las reglas especiales que en materia pensional el legislador puede adoptar dentro del régimen general con el fin de beneficiar a un

sector de la población vulnerable, como lo son los desmovilizados. Concluir que el acto legislativo mencionado también derogó o prohibió que se expedieran este tipo de normas conllevaría aceptar que no pueden tampoco subsistir otras pensiones especiales como las reguladas en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la de labores de alto riesgo y la familiar y, por tanto, desconocer que tal reforma debe ser interpretada también en armonía con el artículo 13 ibidem que exige de un Estado Social de Derecho la adopción de medidas para garantizar la igualdad material de los grupos más vulnerables. Precisamente, esta última razón permite aseverar que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 tampoco desconoció el mandato de sostenibilidad financiera que adicionó el Acto Legislativo 1 de 2005 (i) porque cuando se trata de poblaciones marginadas y vulnerables como los desmovilizados se debe aplicar en concordancia con los principios de igualdad en sentido material y solidaridad que deben prevalecer a la hora de definir el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones; y (ii) ya que es una norma anterior a la orden dada por la reforma constitucional, pues esta es clara en disponer que son las leyes expedidas con posterioridad a su vigencia las que deben asegurar la sostenibilidad finan-

ciera del sistema 2. De acuerdo con lo anterior, tal prestación no fue derogada con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, por cuanto este solo prohibió y derogó los regímenes exceptuados y especiales de pensiones. La reforma constitucional no dispuso igual medida en relación con las reglas especiales que en materia pensional el legislador puede adoptar dentro del régimen general con el fin de beneficiar a un sector de la población vulnerable, como lo son los desmovilizados . 2.2.6. Conclusión y regla de unificación 135. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 establece una pensión especial en favor de quienes se desmovilizaron de manera colectiva como resultado de un proceso de paz celebrado entre el gobierno nacional y un grupo armado ilegal facultado por la ley para realizar este tipo de negociaciones. Esta prestación social hace parte del Sistema General de Pensiones, específicamente, de la estructura normativa del sub-sistema denominado Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por tanto, la regulación tampoco desconoce el principio de sostenibilidad financiera, por tratarse de una medida necesaria en favor de un grupo determinado de la población vulnerable y marginado como los desmovilizados, que amerita un trato diferenciado en virtud de los principios de igualdad y solidaridad. De otro modo su derecho a la seguridad social en pensiones se vería comprometido por las características propias de sus condiciones de vida que dificultan su acceso al mercado laboral y, por tanto, al sistema pensional [...].”

Problema jurídico 2: ¿Solo son beneficiarios de la pensión mínima los desmovilizados que han sido parte de una desmovilización colectiva en el contexto de un proceso paz, lo que excluye a los inmovilizados individuales?

Tesis 2: “[...] El legislador pretendió cumplir el deber impuesto en el preámbulo y los artículos 2 y 22 de la Constitución Política de asegurar y

consolidar el valor superior de la paz. En efecto, el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 es una medida legislativa adoptada por parte del Estado en favor de los miembros de los grupos armados ilegales que eligieron abandonar el conflicto armado haciéndose partícipes de un proceso de paz. Por tanto, constituye uno de tantos incentivos económicos que el Estado suele ofrecer a los desmovilizados para facilitar la aplicación de esta clase de acuerdos, su reincorporación a la sociedad y evitar su reincidencia en las actividades irregulares. Ciertamente, la finalidad de la disposición está dirigida a que esta población tenga la real posibilidad de adquirir el derecho a una pensión de vejez tal como la tienen los demás miembros de la sociedad, pese a que, por participar en el conflicto armado, tuvieron una participación limitada del mercado laboral y, por tanto, del Sistema General de Pensiones. Se torna así en una garantía de protección en su favor para acceder a una vida digna en su vejez, de suerte que su mínimo vital en esta etapa de la vida no se afecte por esta última situación que les resta probabilidades de completar los requisitos pensionales generales. Este mandato del artículo 147 encuentra su razón de ser en el derecho que le asiste a los desmovilizados a obtener un trato especial por parte del Estado por su decisión de abandonar la guerra y regresar a la vida civil para ejercer el derecho a la paz . Por tanto, hace parte del paquete de acciones implementadas en el marco de los procesos de paz que se han adoptado en el país a través de las normas de contenido transicional judiciales y extrajudiciales cuyo fin ha sido resolver los problemas de violencia generalizada, endémica y de largo tiempo de nuestra sociedad. Entre estas se encuentran las leyes 418 de 1997 y 1592 de 2012, sus decretos reglamentarios 1391 de 2011 y 3011 de 2013 y en los decretos legislativos 897 y 899 de 2017, ya mencionados en la parte primera de esta providencia. Lo anterior guarda consonancia con el deber que le asiste a un Esta-

do Social de Derecho de proteger a los sectores de la población más vulnerables y marginados. Tal compromiso se desprende del contenido del artículo 13 Constitucional que regló la igualdad como un principio y derecho e impuso la obligación de promoverla de manera real y efectiva a través de la adopción de acciones positivas concretas en favor de estos grupos para lograr su participación en la vida económica y social. Tal es el caso de los desmovilizados quienes por las condiciones de vida específicas que se encuentran dentro de la sociedad a la que se reintegran ameritan que reciban un trato diferente que les posibilite su reincorporación⁸². Ello, por cuanto el entorno en el que vivían cambia en el postconflicto y los ubica en una realidad nueva con situaciones de riesgo o de indefensión que les dificulta la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad (...) la pensión mínima para desmovilizados reglada en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 es una medida legislativa adoptada con el objetivo de cumplir con el deber que imponen el preámbulo y los artículos 2 y 22 de la Constitución Política al Estado de buscar la paz y superar el conflicto armado. También encaja dentro del marco de la justicia transicional en favor de los desmovilizados cuyo fin es facilitar las condiciones socioeconómicas de su reincorporación definitiva a la sociedad. Y, por último, es una medida que busca protegerlos como población vulnerable y garantizar su mínimo vital en su etapa de vejez, que puede verse afectado por su ausencia del mercado laboral durante años por su participación en el conflicto armado y, por tanto, por su falta de cotizaciones. (...) el legislador, además de exigir que el beneficiario o beneficiaria tuviera como nacionalidad la colombiana, fijó cuatro presupuestos para poder tener derecho a la prestación social. (i) El estatus jurídico de desmovilizado. Este requisito implica que quien reclama la prestación social dejó de

manera voluntaria de pertenecer a una organización armada y abandonó todas las actividades que esta ejercía (...) (ii) Que la desmovilización hubiese ocurrido en el marco de un proceso de paz antes o con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Este presupuesto permite que se beneficien de la garantía de pensión mínima quienes hubiesen adquirido el estatus jurídico de desmovilizado incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Es así porque el artículo 147 *ibidem* indica que tienen derecho aquellos que «[...] se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]». De este modo, la normativa otorgó este derecho de manera retroactiva y sin limitaciones en el tiempo. (...) ley colombiana ha regulado de modo distinto las desmovilizaciones en cuatro periodos. En el primero regló las individuales como incentivo para que los miembros de los grupos armados dejaran las armas a cambio de recibir beneficios jurídicos y sin mediar un proceso de paz. En el segundo incluyó las colectivas derivadas de este tipo de diálogos, pero solo para organizaciones rebeldes¹¹⁸. En el tercero reglamentó ambas desmovilizaciones y permitió la negociación de paz con agrupaciones armadas ilegales diferentes a las guerrilleras que tuvieran control territorial. Y en el cuarto limitó las negociaciones en procesos de paz con grupos facultados para adelantar diálogos políticos y dispuso que los demás colectivos ilegales solo pueden someterse a la justicia. Así las cosas (i) las desmovilizaciones han sido individuales o colectivas; (ii) algunas veces solo procedían para las guerrillas y en otras también respecto de grupos armados ilegales distintos con control territorial, lo que dependía de la norma vigente al momento de su realización; y (iii) no siempre han tenido como soporte un proceso de paz, pues también han sido utilizadas por el gobierno como estrategia para dismantelar tales organizaciones. Bajo estos parámetros, se deduce que no todos los «desmovilizados» pueden ser beneficiados de

la pensión que regula el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, puesto que la norma solo aplica a «[l]os colombianos que acogiendo a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]» (Se resalta). En ese sentido, se descarta que la norma sea aplicable para quienes se desmovilizaron de forma individual, en vigor de cualquiera de las leyes antes referidas, puesto que estas desmovilizaciones no fueron el resultado de un proceso de paz entre el gobierno nacional y la organización armada ilegal (guerrilla o autodefensas). Por el contrario, fue una decisión unilateral de cada integrante y aceptada en virtud de la política del gobierno que buscaba desmontar las estructuras de tales grupos al incentivar su abandono a cambio de beneficios jurídicos. Así las cosas, quienes pueden reclamar el reconocimiento de la prestación social son los desmovilizados cuyo abandono de la organización armada ilegal a la que pertenecían fue la consecuencia de una negociación previa de paz, efectuada entre el gobierno nacional y esta para dar una solución pacífica al conflicto armado. Solo en este contexto se cumple el supuesto que exige el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 [...].”

Problema jurídico 3: ¿Para tener derecho al reconocimiento de la pensión mínima de desmovilizado, se exige tener nacionalidad colombiana y opera para aquellos que hayan participado en un proceso de paz anterior o posterior a la expedición de la Ley 100 de 1993, o lo hagan en el futuro?

Tesis 3: “[...] el legislador, además de exigir que el beneficiario o beneficiaria tuviera como nacionalidad la colombiana, fijó cuatro presupuestos para poder tener derecho a la prestación social. (i) El estatus jurídico de desmovilizado. Este requisito implica que quien reclama la prestación social dejó de manera voluntaria de pertenecer a una organización armada y abandonó todas las actividades que esta ejercía (...) (ii) Que la desmovilización hubiese ocu-

rrido en el marco de un proceso de paz antes o con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993. 77. Este presupuesto permite que se beneficien de la garantía de pensión mínima quienes hubiesen adquirido el estatus jurídico de desmovilizado incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Es así porque el artículo 147 ibidem indica que tienen derecho aquellos que «[...] se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]» . De este modo, la normativa otorgó este derecho de manera retroactiva y sin limitaciones en el tiempo.(...) ley colombiana ha regulado de modo distinto las desmovilizaciones en cuatro periodos. En el primero regló las individuales como incentivo para que los miembros de los grupos armados dejaran las armas a cambio de recibir beneficios jurídicos y sin mediar un proceso de paz. En el segundo incluyó las colectivas derivadas de este tipo de diálogos, pero solo para organizaciones rebeldes. En el tercero reglamentó ambas desmovilizaciones y permitió la negociación de paz con agrupaciones armadas ilegales diferentes a las guerrilleras que tuvieran control territorial. Y en el cuarto limitó las negociaciones en procesos de paz con grupos facultados para adelantar diálogos políticos y dispuso que los demás colectivos ilegales solo pueden someterse a la justicia. Así las cosas (i) las desmovilizaciones han sido individuales o colectivas; (ii) algunas veces solo procedían para las guerrillas y en otras también respecto de grupos armados ilegales distintos con control territorial, lo que dependía de la norma vigente al momento de su realización; y (iii) no siempre han tenido como soporte un proceso de paz, pues también han sido utilizadas por el gobierno como estrategia para dismantelar tales organizaciones. Bajo estos parámetros, se deduce que no todos los «desmovilizados» pueden ser beneficiados de la pensión que regula el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, puesto que la norma solo aplica a «[l]os colombianos que acogiendo a procesos

de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro [...]» (Se resalta). En ese sentido, se descarta que la norma sea aplicable para quienes se desmovilizaron de forma individual, en vigor de cualquiera de las leyes antes referidas, puesto que estas desmovilizaciones no fueron el resultado de un proceso de paz entre el gobierno nacional y la organización armada ilegal (guerrilla o autodefensas). Por el contrario, fue una decisión unilateral de cada integrante y aceptada en virtud de la política del gobierno que buscaba desmontar las estructuras de tales grupos al incentivar su abandono a cambio de beneficios jurídicos. Así las cosas, quienes pueden reclamar el reconocimiento de la prestación social son los desmovilizados cuyo abandono de la organización armada ilegal a la que pertenecían fue la consecuencia de una negociación previa de paz, efectuada entre el gobierno nacional y esta para dar una solución pacífica al conflicto armado. Solo en este contexto se cumple el supuesto que exige el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 [...].”

Problema jurídico 4: ¿Existen diferentes autoridades que acreditan la condición de desmovilizado para efecto de la reclamación del reconocimiento de la pensión mínima?

Tesis 4: “[...] comoquiera que ha sido diferente la normativa que ha regulado los procesos de desmovilización colectiva en Colombia, la prueba para acreditar la condición de desmovilizado que exige el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 difiere en cada caso. Para tal efecto, se deberá revisar el marco jurídico bajo el cual se efectuó el proceso de desmovilización, puesto que cada uno otorgó a distintas entidades la función de llevar los registros de las desmovilizaciones. Ello se evidencia en el siguiente análisis: La Ley 77 de 1989 no señaló cuál entidad era la encargada de recopilar los datos de las personas que se desmovilizaban en el marco del proceso de paz. Sin embargo, su Decreto Reglamentario 206 de 1990 estableció que los beneficios de in-

dulto y amnistía para los desmovilizados de manera individual y colectiva debían adelantarse ante el Ministerio de Justicia. Para los segundos la norma dispuso que este ministerio entregaría a los distintos tribunales la lista de las personas integrantes del grupo guerrillero. Esa información la recopilaba el Ministerio del Interior con fundamento en la suministrada por el vocero de la organización rebelde. En esas condiciones, ambos ministerios poseían los datos y eran usados para efectos de aplicar los beneficios del proceso de paz. Por tanto, a falta de una entidad con la función de certificar el estatus de desmovilizado colectivo cualquiera de las dos entidades puede hacerlo al contar con los registros entregados por los voceros de las agrupaciones armadas. En consecuencia, sirve la certificación que emita uno u otro para demostrar la condición de desmovilizado en el marco del proceso de paz regido por la Ley 77 de 1989.⁴ En cuanto al proceso de desmovilización de que trata la Ley 104 de 1993, el artículo 14 ordenó al Ministerio del Interior y a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz¹²⁵ en conjunto elaborar las listas de los guerrilleros reubicados para su desmovilización de acuerdo con la certificación emitida por los voceros del respectivo grupo. A su vez, en su artículo 50 indicó que ese ministerio elaboraría la lista de los rebeldes indultados. Por ende, ambas dependencias pueden certificar si una persona se encuentra en las listas de desmovilizados que regresaron a la vida civil en el marco del acuerdo de paz que regula la norma citada.⁹⁵ En vigencia de las leyes 418 de 1997 y 782 de 2002 y las demás que las prorrogaron y modificaron, incluida la Ley 2272 de 2022, corresponde certificar la calidad de desmovilizado colectivo al Alto Comisionado para la Paz, de acuerdo con la lista suministrada por los voceros o miembros representantes de la organización ilegal desmovilizada. Así lo disponen los artículos 8, parágrafo 5, y 53 de la primera ley 127 (Ley 418 de 1997) y el Decreto 1081 de

2015128 así como el artículo 2 del Decreto 899 de 2017129 en el caso de los desmovilizados de las FARC. El primer decreto (Decreto 1081 de 2015) señaló que la lista la debe recibir ese funcionario quien deberá aceptarla mediante acto administrativo que constituye la prueba de la pertenencia al grupo armado y su desmovilización. Es esta lista la que «[...] habilita al desmovilizado para acceder, previa dejación de las armas, al proceso de reincorporación social, política y económica y al tratamiento jurídico especial que se acuerde». El Alto Comisionado para la Paz también es el encargado de certificar la condición de desmovilizado para quienes lo hicieron en rigor de la Ley 975 de 2005. Así lo regula su Decreto reglamentario 3011 de 2013 indicar que las listas de los desmovilizados colectivos solo se integran «[...] con los nombres e identidades de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado colectivamente de conformidad con la Ley 418 de 1997 y las normas que la modifican y prorrogan». Por ende, se remite a la aplicación del Decreto 1081 de 2015 que reglamentó esta última ley y al que se hizo alusión en el párrafo precedente [...].”

Problema jurídico 5: ¿Se exige el cumplimiento de determinada edad y semanas de cotización para reconocer la pensión mínima a los desmovilizados?

Tesis 5: “[...] El artículo 147 ibidem [Ley 100 de 1993] dispone que la pensión se adquirirá cuando la persona desmovilizada alcance «[...] las edades establecidas en la presente Ley». Prescribe entonces que para obtenerla debe cumplir la edad fijada en el artículo 33 ibidem del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no señaló esta como un requisito para acceder al derecho. Es así, además, porque por disposición de la normativa prestacional el monto pensional es el reglado en

el artículo 35 ejusdem del RPM para la pensión mínima no inferior al salario mínimo al ordenar que se debe reconocer «[...] con garantía de pensión mínima en el régimen de Prima Media con Prestación Definida». Por tanto, se descarta la aplicación de la edad fijada para la pensión mínima el RAIS. En consecuencia, por virtud del artículo 147 de la Ley 100 de 1993 el desmovilizado o desmovilizada debe acreditar la edad exigida por el artículo 33 ibidem de 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre si completó los requisitos antes del 1 de enero de 2014. (iv) La cotización de mínimo 500 semanas. Este requisito varía en relación con el exigido para la pensión de vejez en el RPM y en el RAIS y es más benéfico para los desmovilizados. Su razón de ser, tal como se expuso en el capítulo precedente, obedece a las condiciones de vida particulares de estos y a la obligación que le asiste al Estado de establecer medidas legislativas para lograr su reincorporación a la sociedad y consolidar la paz una vez suscritos los acuerdos de paz. Así las cosas, quienes cumplan con los requisitos explicados en vigencia del artículo 147 de la Ley 100 de 1993 pueden reclamar el reconocimiento de la garantía de pensión mínima para desmovilizados [...].

Problema jurídico 6: ¿Es en principio Colpensiones la entidad encargada del reconocimiento de la pensión mínima de los desmovilizados?

Tesis 6: “[...] Por regla general la entidad que debe reconocer la prestación social aludida es la Administradora Colombiana de Pensiones por ser la principal administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al asumir esta función por virtud del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 3 del Decreto 2011 de 2012 luego de la liquidación del Instituto de los Seguros Sociales, entidad a la que le correspondía esta labor por mandato del artículo 52 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo,

se debe tener en cuenta que esta última norma también permitió la administración del RPM a otras cajas o fondos que persisten, por lo que no siempre corresponde a la primera entidad enunciada. A lo anterior se suma que la jurisprudencia ha señalado que la caja de previsión social responsable del reconocimiento y pago de la pensión es la última a la que estuvo afiliado quien la solicita. Ello se previó desde que se creó la figura de las cuotas partes pensionales en las leyes 6 de 1945, 72 de 1947, 33 de 1985 y 71 de 1988, así como en los decretos 2921 de 1948 y 1848 de 1969. En virtud de esta, la última entidad de previsión social que reconoce y paga la pensión puede reclamar a las demás entidades que recibieron aportes en otras épocas la proporción que le corresponde a prorrata de lo recaudado o el tiempo de servicio. La Ley 100 de 1993 conservó en sus artículos 121, 122, 124 y 127.159 la aplicación de esta medida al incluir los bonos pensionales y las cuotas partes, con las precisiones establecidas en los incisos 4 y 5 del artículo 4 de la Ley 490 de 1998. Así las cosas, la entidad encargada del reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima para desmovilizados es, en principio, Colpensiones; sin embargo, si fue a otra entidad de previsión social a la que el beneficiario estuvo afiliado y realizó los aportes por última vez, será esta la que deba asumir la obligación [...].”

Problema jurídico 7: ¿La sentencia de unificación en relación con la pensión mínima del desmovilizado tiene efectos retrospectivos?

Tesis 7: “Los efectos de las sentencias de unificación por regla general son «retrospectivos», es decir, se aplica de manera inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación. La excepción son los efectos «prospectivos» en vir-

tud del cual el nuevo criterio jurisprudencial solo es aplicable en casos posteriores. Este último solo aplica en casos específicos en los que «[...] i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas[...]». En el presente caso no se da la ocurrencia de alguno de estos supuestos al no existir una línea jurisprudencial de parte de esta corporación en la que la demanda se haya fundado de forma exclusiva. Tampoco se advierte que con la aplicación de la pauta de unificación fijada se afecte el debido proceso o el principio de la seguridad jurídica en los casos que están por resolverse de modo que amerite otorgar unos efectos distintos. Por tanto, se acoge la disposición general de los efectos de las sentencias de unificación. En tal virtud, las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con la garantía de pensión mínima para los desmovilizados son vinculantes en los términos de los artículos 10 y 102 del CPA-CA, para todos los casos en discusión, tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos. No obstante, conviene precisar que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada resultan inmodificables, en virtud del principio de seguridad jurídica [...].”

ACCIÓN EJECUTIVA

Finalidad del proceso ejecutivo y liquidación del crédito. Excepciones contra el mandamiento de pago. Título ejecutivo contenido de la sentencia. Principio de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica. Improcedencia de la liquidación del crédito propuesta por las partes. Improcedencia de la modificación de la liquidación del crédito por el ad quem.

RADICADO: 44001-23-33-000-2012-00028-01(3161-2013)

FECHA: 26/05/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: José Luddey Marulanda Valencia

DEMANDADO: Departamento de La Guajira

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Son procedentes las excepciones propuestas por el apoderado del departamento de La Guajira contra el mandamiento de pago librado en virtud del título ejecutivo contenido en la sentencia proferida el 8 de agosto de 2011 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha dentro del proceso 440013331002205-00856-00 promovido por el señor (...) contra dicho ente territorial?

Tesis 1: “[...] al encontrarse ejecutoriada la sentencia y hacer tránsito a cosa juzgada es evidente que la discusión que allí se surtió no puede ser reabierto a través de la interposición de excepciones no consagradas dentro del artículo 509 del CPC, numeral 2.º que como se dijo, corresponden a «[...] pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia [...]». [...] las excepciones propuestas por el apoderado del departamento de La Guajira, que bajo su criterio de interpretación consideró aplicables, pretenden discutir nuevamente el derecho reconocido al demandante a través

de la sentencia que constituye el título ejecutivo, desconociendo que en el proceso ejecutivo no se discute la existencia o no del derecho subjetivo, por lo que no puede surtir nuevamente el debate que se finiquitó a través de la sentencia debidamente ejecutoriada, pues ello implicaría para el funcionario judicial asumir competencias que no le corresponden, como es variar la condena impuesta por el Juzgado, a través de una decisión que no fue objeto de apelación por la entidad territorial. Debe recordarse que el proceso ejecutivo está diseñado para hacer cumplir una obligación clara, expresa y exigible, de manera que en principio no es un escenario para discutir nuevamente el derecho y tratar de solucionar las deficiencias que se cometieron en la defensa de la entidad en el curso del proceso ordinario, toda vez que ello implica el desconocimiento del principio de la cosa juzgada y de la seguridad jurídica [...]”.

Problema jurídico 2: ¿Se encuentra ajustada a derecho la actuación surtida frente a la liquidación del crédito presentada por las partes y luego modificada por el Tribunal Administrativo de La Guajira?

Tesis 2: “[...] Frente la liquidación del crédito la Corte Constitucional en sentencia C-814 de 2009 señaló que constituye una operación que tiene como finalidad calcular la deuda final, la cual supone la existencia de un mandamiento de pago, la sentencia dentro del proceso ejecutivo, está plenamente establecido el monto de la deuda a cobrar y en este sentido, que las bases matemáticas y financieras, con base en las cuales se lleva a cabo la operación de liquidación del crédito dentro del proceso ejecutivo, se han precisado durante el trámite del proceso. [...] es evidente que dentro del trámite de la liquidación del crédito no se atendió a lo establecido por el Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, toda vez que estableció, como paso previo para la determinación de la liquidación, contar con la certificación de las tasas reconocidas y aplicadas por el fondo de cesantías PORVENIR o aquel en el cual se haya afiliado el demandante. Tales pautas fueron estimadas como de obligatorio cumplimiento tal como se señaló en la parte resolutive de la providencia. Ahora bien, en este trámite la parte ejecutante presentó su liquidación sin la citada certificación expedida por el fondo de cesantías. Igualmente se advierte que la parte ejecutada solicitó al Tribunal que se oficiará a PORVENIR para que remitiera el

mencionado documento a efectos de establecer con exactitud las tasas aplicables. Sin embargo, dicha petición pues (sic) desestimada por el juez colegiado a través de providencia de 12 de noviembre de 2013. Como se advierte, al encontrarnos en un escenario de complejidad para la liquidación del crédito, situación que fue advertida por el Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, que ordenó contar con la certificación expedida por el Fondo Administrador de cesantías, no era razonable que el Tribunal Administrativo de La Guajira escogiera, a su arbitrio, liquidar los rendimientos con un método que denominó moderado, tal como lo plasmó en providencia de 9 de junio de 2014. En este sentido se advierte que para la liquidación del crédito se omitió contar con la certificación ordenada por el Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, situación que desconoce los parámetros dados por el título ejecutivo, razón que impone dejar sin efectos las actuaciones desplegadas tanto por las partes como por el Tribunal Administrativo de La Guajira, referentes a la presentación, objeción y modificación de la liquidación del crédito, toda vez que los rendimientos financieros influyen sobre la liquidación del capital y de contera sobre los intereses moratorios [...]”.

ASUNTOS PROCESALES

Cómputo del término de interposición del recurso extraordinario de revisión en atención al tránsito legislativo.

1437

RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00812-00{1658-2013}

FECHA: 09/11/2017

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Edilberto Tatis Montes

DEMANDADO: Corporación Autónoma Regional de Sucre

MEDIO DE CONTROL: Recurso extraordinario de revisión

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Para establecer la interposición dentro del término legal del recurso extraordinario de revisión es aplicable la Ley 1437 de 2011 o el Código Contencioso Administrativo?

Tesis: “[...] Para decidir si es oportunamente presentado o no un recurso extraordinario de revisión, se debe verificar en la jurisdicción con-

tencioso-administrativa si es el CCA o el CPA-CA el que se encuentra en vigor el día siguiente en que alcanza su ejecutoria el fallo objeto de dicho mecanismo, de tal forma que hasta el 1.º de julio de 2011, se tendrán 2 años para incoarlo (CCA) o, de lo contrario, se contará con tan solo 1 año a partir del 2 de los mismos mes y año, ya que a partir de esa fecha entró a regir el CPACA [...]”.

No existe obligatoriedad de constituir el litisconsorcio necesario por pasiva con la cooperativa de trabajo asociado que celebra el contrato de prestación de servicios con el contratista, para efecto del reconocimiento de los derechos que se derivan del contrato realidad.

RADICADO: 76001-23-33-000-2015-01426-01[2705-2017]

FECHA: 19/05/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Jorge Beltrán Guarañita

DEMANDADO: Departamento del Valle del Cauca

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿“Es procedente la intervención de la Fundación Social Funcrecer y la Cooperativa de Trabajo Asociado Apoyar CTA, como litisconsortes necesarios de la parte demandada, en razón a que fue con estas organizaciones que el actor celebró los contratos de prestación de servicios de los que pretende derivar la existencia de una relación laboral con la entidad acusada”?

Tesis: “La existencia de una obligación in solidum no conlleva forzosamente a la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, con llamamiento de todos los obligados, al proceso judicial, pues se reitera, es facultad del acreedor escoger contra quién dirige la acción, según su arbitrio, razón por la cual el juez carece de com-

petencia para conformar la relación procesal litisconsorcial, así como tampoco el demandado tiene la posibilidad jurídica de solicitarla. (...). El vínculo existente entre el demandado con la Fundación Social Funcrecer y la Cooperativa de Trabajo Asociado Apoyar CTA, cuya integración se pide como litisconsortes necesarios, se origina en la posibilidad de que, en virtud de la existencia de una relación laboral con el demandante, puedan entrar a responder solidariamente por las obligaciones económicas que se generen a favor del trabajador asociado, como consecuencia del descubrimiento de la realidad; sin embargo, se reitera, en caso de responsabilidad solidaria es al acreedor que inicia el proceso, a quien le corresponde integrar el contradictorio con los deudores que estime, según su elección”.

No es procedente decretar la medida cautelar de suspensión provisional contra el acto de inclusión en nómina del pensionado en el régimen de prima media con prestación definida por conflicto negativo de competencias entre entidades públicas.

RADICADO: 05001-23-33-000-2018-00976-01 [5418-2018]

FECHA: 07/02/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

DEMANDADO: Mercedes Judith Zuluaga Londoño y otros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La medida cautelar adoptada por el «a quo», consistente en suspender provisionalmente el acto administrativo que ordenó la inclusión de la demandante en la nómina de pensionados, cumple sí o no con los requisitos para ser decretada?

Tesis: “[...] La Sala encuentra que al decretar la medida cautelar de suspensión provisional que ordenó la inclusión en nómina de pensionados a la demandada, el «a quo» dejó de considerar que, de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, el «objeto del proceso», y en general «de todo proceso que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo», también comprende finalidad de asegurar la «efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden jurídico.” Lo cual, para el caso en concreto, significa que la [demandante] no puede

verse perjudicada por las diferencias administrativas que se puedan presentar entre las entidades potencialmente obligadas a garantizar sus derechos prestacionales, como por ejemplo las disputas generadas por un conflicto de competencias, toda vez que, se insiste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de su pensión de vejez no ha sido controvertido en este proceso. (...) En ese orden de ideas, la Sala considera que el conflicto de competencias negativo entre la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscal, UGPP, no puede significar para la [demandante], una carga administrativa susceptible de limitarle la posibilidad de acceder a su derecho pensional y de afectar su mínimo vital; principalmente porque el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez no ha sido puesto en tela de juicio en este proceso [...]”.

Término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho del demandante víctima de desplazamiento forzado.

RADICADO: 20001-23-39-000-2015-00524-01[0350-2016]

FECHA: 06/06/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Marco Tulio Martínez Camacho

DEMANDADO: ESE Hospital Francisco Canossa de Pelaya

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Para una víctima de desplazamiento forzado su condición de indefensión tiene implicaciones en la forma como debe ser contabilizado el término de cuatro meses para ejercer la demanda de nulidad y restablecimiento?

Tesis 1: “[...] El régimen ordinario de caducidad de los medios de control que se tramitan en esta jurisdicción no puede aplicarse a las víctimas de desplazamiento forzado con el mismo rigor que al resto de personas, pues la incuria cuya sanción se pretende con el rechazo de la demanda es absolutamente ajena a la esfera de voluntad de quienes carecen de garantías mínimas para el ejercicio de sus derechos. Aun cuando el artículo 164 del CPACA, atinente a la oportunidad para ocurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, no prevé un tratamiento especial para este tipo de circunstancias, la aplicación irreflexiva de tal disposición puede desconocer derechos fundamentales de las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, como los de igualdad, reparación integral, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, por lo que la impera una actividad hermenéutica que tenga en cuenta la «efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial», según dicta el artículo 11 del Có-

digo General del Proceso. (...) No puede resultar indiferente la condición de desplazado que, no solo alega, sino que prueba el demandante, puesto que, según oficio 20147208088781 de 28 de mayo de 2014, de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para esa fecha y desde el 25 de junio de 2009, el [demandante] y su núcleo familiar se encontraban incluidos en el registro único de víctimas «por el hecho victimizante Desplazamiento Forzado, ocurrido el 22 de septiembre de 1999». Además, pese a que el interesado reconoce que fue notificado de los actos que definieron su situación jurídica y procuró su control judicial, tampoco debe obviarse que, según dice, el abogado al que le otorgó poder para el efecto fue intimidado y persuadido para que no adelantara el respectivo trámite, lo que, sin duda, de ser cierto, constituiría una circunstancia insuperable que explicaría la inercia del trabajador removido frente a la protección de sus derechos. (...) Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala revocará la providencia impugnada para que en su lugar se estudie la admisión de la demanda sin que pueda oponerse su caducidad, en atención a las condiciones de debilidad manifiesta alegadas y parcialmente acreditadas por el accionante, sin que esto obste

para que en etapas posteriores se determine que la oportunidad para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho había fenecido [...].”

Problema jurídico 2: ¿Opera la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento cuando el acto administrativo demandado haya contribuido a la ejecución de un delito de lesa humanidad?

Tesis 2: “[...] El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, no solo tiene vocación restitutoria, sino que abarca la posibilidad de reclamar la reparación de daños, de allí que tam-

bién pueda ser comprendido como una acción de carácter indemnizatorio de aquellas a las que se extiende la exención de la caducidad, cuando el acto sometido a control concurre como causa de un delito de lesa humanidad. A modo de corolario de este capítulo, resulta menester destacar que, de manera excepcional, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho será excluido del fenómeno procesal de la caducidad siempre y cuando el acto administrativo censurado haya contribuido a la ejecución de delitos de lesa humanidad, esto en atención a la extensión de los efectos de la imprescriptibilidad de ese tipo de crímenes sobre las acciones indemnizatorias y al derecho-deber de la reparación integral a las víctimas [...].”

Principio de la cosa juzgada en materia pensional y aplicación en asuntos relacionados con prestaciones periódicas.

Mesadas pensionales, reajuste de las prestaciones periódicas y ajuste periódico de las pensiones.

RADICADO: 66001-23-33-000-2014-00070-01[3973-14]

FECHA: 29/08/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Gerardo Hincapié Usquiano

DEMANDADO: Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es procedente la aplicación del principio de cosa juzgada frente a decisiones relacionadas con la pensión de jubilación y la reliquidación de nuevas mesadas pensionales?

Tesis: “[...] La cosa juzgada es una institución que emana de la soberanía del Estado respecto del cumplimiento y fuerza vinculante de las decisiones judiciales, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los asociados y de las entidades que intervinieron en un litigio anterior. Como ya se indicó, los efectos de la cosa juzgada generan la inmutabilidad de las decisiones judiciales en el tiempo, salvo cuando se intente la interposición del recurso extraordinario de revisión, pues este representa un límite a la ejecutoriedad de las decisiones judiciales cuando estas se encuentren inmersas en las causales que la ley establece. Ahora bien, el artículo 303 del Código General del Proceso dispone que las sentencias ejecutoriadas hacen tránsito a cosa juzgada cuando el nuevo litigio tenga identidad de objeto, causa y partes, en relación con un anterior debate. [...] esta Corporación ha precisado que «el principio de cosa juzgada puede relativizarse en los casos donde se pretenda el reconoci-

miento y pago de un derecho que afecte una prestación periódica como lo son las pensiones, como quiera que las decisiones contrarias a las reclamaciones de los asociados, tan solo producen efectos vinculantes respecto de las mesadas que ya fueron objeto de la decisión, mas no frente a las demás que se causen con posterioridad a la ejecutoria de dicha providencia» [...] Aunado a lo anterior, esta Corporación ha entendido que los pensionados deben tenerse como personas de especial protección, debido a su imposibilidad de trabajo, por lo que la aplicación de las normas constitucionales y legales debe ir encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales de estos. Por tal razón, es pertinente concluir que en asuntos como el presente no puede hablarse de la ocurrencia del fenómeno de cosa juzgada material en estricto sentido, sino que, por el contrario, esta debe relativizarse en procura del cumplimiento de los principios constitucionales. [...] La parte demandante alega que existen hechos y causas nuevos que impiden la consolidación permanente de la cosa juzgada, originados con la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, en la cual se

accedió a las pretensiones de la demanda y se procedió a unificar los criterios la base pensional para incluir la totalidad de factores que constituyen salario, con base en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, actualmente la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, precisó que para liquidar las pensiones reconocidas con fundamento en la Ley 33 de 1985, debe darse aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa decisión se indicó que «el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley

100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley». [...] Bajo el anterior contexto jurisprudencial no es procedente exceptuar del fenómeno de la cosa juzgada el asunto de la referencia, porque actualmente no existe precedente que ampare su relativización. Empero, la actual jurisprudencia de la Sala Plena no afecta de manera sustancial las mesadas que se lleguen a causar con posterioridad a la fecha de la petición del demandante, debido a que, por efectos vinculantes del precedente de unificación, tal como se indicó en el numeral segundo de esa misma sentencia, «los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables». Así las cosas, se confirmará la decisión que declaró la existencia de la cosa juzgada, por las razones anteriormente expuestas [...]».

Demanda de nulidad de la Circular CIR-413 del 6 de febrero de 2016 - Previsora S. A. Compañía de Seguros (remisión por competencia).

Competencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Competencia residual de la Sección Primera del Consejo de Estado. Vinculación de familiares de funcionarios a sociedad anónima de economía mixta.

RADICADO: 11001-03-25-000-2017-00233-00[1248-17]

FECHA: 12/09/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Sindicato Nacional de Trabajadores de La Previsora Compañía de Seguros [SINTRAPREVI]

DEMANDADO: La Previsora S.A. Compañía de Seguros

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Es competente la Sección Segunda del Consejo de Estado para conocer de las controversias relacionadas con la implementación de políticas de empresa que inciden en la contratación de los trabajadores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado?

Tesis: “[...] La Sección Segunda del Consejo de Estado conocerá de la nulidad de los actos administrativos que versen sobre asuntos laborales que hayan proferido las autoridades del orden nacional; de ser de distinta naturaleza a la señalada, y al no estar asignados a otras secciones, su competencia recaerá en la Sección Primera de esta Corporación. Ahora bien, es necesario hacer énfasis a la naturaleza de la empresa demandada, la cual está constituida como sociedad anónima de economía mixta,

del orden nacional, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Sobre el particular, hay que tener presente que su ejercicio comercial y societario está regido por las normas de derecho privado, tal como lo establecen los artículos 93 de la Ley 489 de 1998 y 19 de la Ley 142 de 1994. Así las cosas, y frente al caso concreto, se advierte que el acto demandado, si bien incide en la contratación de los trabajadores de la Previsora S. A. Compañía de Seguros, en realidad trata de la implementación de una política de empresa en desarrollo del artículo 56, literal i), de los estatutos societarios, y en ejercicio de la libertad de empresa establecida en el artículo 333 de la Constitución Política. Por consiguiente, se concluye que el presente asunto no es de aquellos que sean de conocimiento de esta Sección [...]”.

Rechazo de la demanda por presentarse la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. El retiro de la demanda se entiende como si nunca se hubiera presentado y, por lo tanto, como si no se hubiese producido la suspensión de dicho término.

RADICADO: 05001-23-33-000-2018-00430-01[2487-2018]

FECHA: 17/10/2019

TIPO DE PROVIDENCIA: Recurso de apelación

PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández

DEMANDANTE: Fernando Alonso Páez Jaimes

DEMANDADO: Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Para efectos de la suspensión del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se considera el tiempo transcurrido entre la presentación y el retiro de la demanda?

Tesis: “[...] se tiene que toda persona que se sienta lesionada en un derecho con la expedición de un acto administrativo podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso, con el fin de que se restablezca su derecho. [...] la solicitud de conciliación se radicó el 7 de abril de 2017, los tres meses en los que se suspendió el término de caducidad finalizaron el viernes 7 de julio del mismo año, y por lo tanto, a partir del lunes 10 de julio, primer día hábil siguiente, comenzó a contar el término de 4 meses para acudir ante la jurisdicción, el cual finalizó el 10 de noviembre sin que se hubiese presentado la demanda ante el juez contencioso. La demanda fue presentada el 18 de enero de 2018, por lo que se concluye

que en el medio de control de nulidad y restablecimiento de la referencia se presenta el fenómeno de la caducidad. [...] La parte demandante, hoy recurrente, señaló que inicialmente se presentó la demanda ante los Juzgados Administrativos de Cúcuta, correspondiendo por reparto al Juez tercero, quién mediante auto de 2 de febrero de 2018 declaró la falta de competencia y ordenó remitir a los juzgados administrativos de Medellín, una vez allí, el Juez quinto dispuso la inadmisión por falta de requisitos. En consecuencia, el actor, con el fin de recaudar los documentos solicitados para la admisión de la demanda, procedió al retiro de la demanda, para así volver a radicarla el 18 de enero de 2018. Con la anterior actuación, la parte demandante consideró que no operó la caducidad, pues la demanda fue presentada el 30 de agosto de 2017 ante los Juzgados Administrativos de Cúcuta, momento en el cual se suspendieron los términos, los cuales se reanudaron el día en que se accedió al retiro de esta, y que, por lo tanto, se encontraba dentro del término para radicar la demanda ante la jurisdicción. Al respecto, la Sala señala que si bien con la presentación de la demanda se suspende

el término de caducidad, con el retiro de esta se entiende como si nunca se hubiera presentado y, por lo tanto, como si no se hubiese producido la suspensión de dicho término, pues los efectos de esta acción son los de renunciar a la pretensión de nulidad del acto administrativo o el de realizar la adecuación a la demanda que evite su inadmisión o rechazo por parte del juez; pues tal como se desprende del artículo 174 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como del artículo 92 del Código General del Proceso, este acto procesal se puede realizar antes de que se haya notificado a los demandados y al ministerio Público, lo que implica que jamás se trabó la Litis. Si bien los efectos del retiro pueden ser positivos para el demandante, teniendo en cuenta que puede corregir yerros

que conduzcan a una inadmisión o rechazo de la demanda, entre otros, esta acción procesal también acarrea responsabilidades y/o riesgos para quien la ejerce, pues debe tener en cuenta que el tiempo que tenía para emplear el medio de control continuó corriendo mientras estuvo en el despacho judicial y que posiblemente la oportunidad de presentar una nueva demanda feneció. En conclusión, si bien, inicialmente el actor presentó la demanda en tiempo ante los Juzgados Administrativo de Cúcuta, el retiro de la misma trajo como consecuencia que el término de caducidad no se hubiera interrumpido y hubiese seguido su contabilización desde el 10 de julio de 2017 hasta el 10 de noviembre de 2017 y como la nueva demanda la presentó el 18 de enero de 2018, se produjo el fenómeno jurídico de caducidad [...].”

Los actos expedidos en desarrollo de un concurso de méritos son susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la medida que son actos administrativos laborales que reconocen una prerrogativa a quien obtuvo la mayor calificación.

RADICADO: 25000-23-42-000-2017-01317-01[5130-2019]

FECHA: 03/03/2020

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez

DEMANDANTE: Karina Vence Peláez y otros

DEMANDADO: Procuraduría General de la Nación y otro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Los actos expedidos en las etapas de un curso de méritos son susceptibles del medio control de nulidad electoral o de nulidad y restablecimiento del derecho?

Tesis: “Es cierto que el Decreto 3264 de 2016 cuya nulidad se pretende, nombró al demandante] en el cargo de Procurador Judicial II Administrativo, por lo que, en principio podría considerarse susceptible del medio de control de nulidad electoral, en la medida que se está proveyendo un cargo de la función pública. No obstante, considera el Despacho oportuno resaltar que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en aquellos casos en que se llevan a cabo las etapas de un concurso de méritos, los actos resultantes del mismo no pueden ser controlados a través de dicho medio sino por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida que jurídicamente son actos administrativos laborales que reconocen una prerrogativa a quien obtuvo la mayor calificación. En otras palabras, no estamos ante un acto de elección de

la administración, sino en la consolidación de un derecho en cabeza de aquella persona que cumplió los requisitos y obtuvo el puntaje establecido para poder ocupar la vacante, a través del concurso de méritos correspondiente. (...) Se tiene que el término de caducidad del medio de control ejercido por la demandante empezó a correr el 27 de agosto de 2016, día siguiente a cuando le fue comunicado el acto acusado (-26-08-2016-) y vencía el 27 de diciembre de ese año, no obstante la actora, transcurridos 3 meses y 16 días del plazo previsto por el legislador, presentó el 13 de diciembre de 2016 solicitud de conciliación prejudicial, suspendiéndose en consecuencia dicho término hasta tanto se llevara a cabo la diligencia de conciliación, lo que ocurrió el 9 de marzo de 2017. En ese orden, a partir del día siguiente -10-03-2017- se reanudó el término de caducidad, quedando 14 días para presentar la acción, esto es, hasta el 23 de marzo de 2017, observándose que la demanda fue presentada el 21 del mismo mes y año, es decir, faltando 2 días para que venciera el plazo previsto por el legislador”.

Revocatoria de acto que notifica a abogado sin personería jurídica de sentencia condenatoria no requiere el consentimiento previo del apoderado. Pago de honorarios.

RADICADO: 23001-23-31-000-2013-00006-01(6087-2019)

FECHA: 13/08/2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter

DEMANDANTE: Emiliano Arrieta Monterroza

DEMANDADO: Ministerio de Salud y Protección Social

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿Al demandante le asiste razón jurídica para reclamar el reconocimiento y pago de los honorarios profesionales no sufragados por su poderdante, toda vez que al expedir la entidad pública el acto administrativo acusado, sin su consentimiento expreso y escrito, se frustró la posibilidad de cobrarlos en sede administrativa?

Tesis: “[...] la Sala evidencia que la decisión de la desaparecida Cajanal contenida en el acto censurado, por medio del cual revocó el artículo duodécimo de la Resolución 234 de 15 de enero de 2009, que le reconoció personería al demandante como apoderado del beneficiario de la condena que la jurisdicción ordinaria laboral le impuso a aquella, no fue adoptada motu proprio o en forma arbitraria o caprichosa, sino porque el acreedor de la orden de pago, esto es, el señor (...), lo pidió; hecho que aceptó aquel organismo al precisar que, en efecto, en el expediente administrativo no obraba ningún poder que lo autorizara para obtener el cumplimiento de la orden judicial, lo que procedió a enderezar. En este orden de ideas, a la parte demandada no le correspondía adelantar el trámite de revocación directa que preveían los artículos 69 a 74 del CCA, como lo asevera el accionante,

pues la situación jurídica creada o modificada, de carácter particular y concreto, estaba en cabeza exclusivamente del destinatario de la pensión de jubilación, es decir, del poderdante, mas no de su apoderado. Ahora bien, dada la controversia suscitada entre el demandante y el señor (...) frente a la causación o pago de los honorarios por la gestión de aquel para obtener el reajuste pensional, advierte la Sala que esta debió ser planteada y dilucidada por el juez laboral, conforme lo establece el artículo 2 (numeral 6) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (...). Se reitera, no se advierte ningún yerro por parte de la extinguida Cajanal al revocar el artículo duodécimo de la Resolución 234 de 15 de enero de 2009, que dispuso su notificación al actor como «[...] apoderado del interesado», por cuanto dicha actuación devino de la solicitud del señor (...), quien, como se vio, estaba facultado para revocar el poder que con anterioridad le había conferido al actor, y si este estaba inconforme con la presunta omisión de aquel respecto del pago o liquidación de los honorarios que pudieron haberse causado, debió iniciar las acciones judiciales que tenía a su alcance, como se lo advirtió Cajanal al desatar el incidente formulado en tal sentido [...].”

Personas con disminuciones físicas o psíquicas, entre otras, y en estado de debilidad manifiesta son sujetos de especial protección constitucional. Protección a persona en situación de vulnerabilidad y falta de requisitos de la demanda para la sustitución de la pensión de invalidez. Agotamiento de la vía gubernativa.

RADICADO: 66001-23-33-000-2019-00173-01(2539-2021)

FECHA: 20/01/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Yenny Salgado Ramírez

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿La demandante debía interponer el recurso de apelación contra la Resolución RDP 038810 del 11 de octubre de 2017, para poder acudir a la jurisdicción, y en caso afirmativo, si se hace exigible para el presente asunto, a fin de determinar si se debe revocar o confirmar el auto del 21 de julio de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda?

Tesis: “[...] El artículo 161 del CPACA estableció los requisitos que deben cumplirse para la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De manera específica, sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho preceptuó: Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: [...] 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autorida-

des administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. [...] La normativa citada estableció la necesidad de interponer los recursos que por ley fueren obligatorios como un presupuesto procesal para quien pretenda demandar la legalidad de un acto de contenido particular y concreto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En virtud del mencionado precepto, el ciudadano, antes de instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, debe debatir la validez del respectivo acto ante aquella, esto último lo puede hacer a través de la interposición de los recursos que la ley establece como obligatorios. De esta manera se le da la oportunidad a la administración para que revise los argumentos fácticos y jurídicos de su decisión, a fin de determinar si debe revocarla, modificarla o aclararla. Bajo tales supuestos, la interposición del recurso de apelación constituye i) una garantía de los derechos de defensa y debido proceso de los ciudadanos frente al comportamiento de la administración, porque permite debatir sus decisiones, ii) una oportu-

nidad para que la administración reevalúe sus actos y corrija los errores contenidos en estos y, iii) un presupuesto procesal para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] el artículo 74 del CPACA establece los recursos que proceden contra los actos administrativos, entre los que incluyó los de reposición y apelación, y el de queja cuando se rechace este último. [...] el artículo 76 ibidem fijó el procedimiento que debe seguirse para la presentación de los referidos medios de contradicción y, además, en los incisos 3 y 4 señaló que el recurso de apelación «será obligatorio para acceder a la jurisdicción», mientras que «[l]os recursos de reposición y de queja no serán obligatorios». Así las cosas, únicamente el recurso de apelación se torna ineludible; luego, cuando la administración otorga la oportunidad para presentarlo, su interposición es forzosa antes de radicar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, so pena de que esta no sea estudiada. [...] La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social manifestó en la contestación, que la señora (...) no presentó los recursos que por ley son obligatorios para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pese a que en la Resolución (...) se señaló con toda precisión cuales procedían y ante quien podía presentarlos. [...] El despacho observa del material probatorio aportado por la demandante, que en Oficio (...) expedido por Protección S.A., se indicó que mediante dictamen (...) emitido por la Comisión Laboral de esa entidad, a través del Centro para los Trabajadores de Suratep, determinó una disminución

de la capacidad laboral del 75.05 % respecto de la señora [...] Adicionalmente, no accedió a la solicitud de pensión de invalidez reclamada en esa oportunidad por la demandante, pues consideró que no cumplía con las condiciones de fidelidad en el sistema. [...] la Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha señalado que existen unos sectores de la población que por sus condiciones particulares tienen el derecho a recibir un mayor grado de protección por parte del Estado, es decir, que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta tal que son sujetos de especial protección constitucional, en concordancia con el artículo 13 de la Constitución. Así, se considera que las personas con disminuciones físicas o psíquicas, entre otras, deben ser acreedoras de esa protección reforzada por parte del Estado. Por ello, pese a que en estricto sentido la demandante debió cumplir con la exigencia prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionada con la presentación de los recursos procedentes contra el acto administrativo que hoy se acusa, lo cierto es que en aras de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia y teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra la señora (...) y que lo reclamado es un derecho pensional, el despacho considera que, en esta oportunidad, no debe aplicarse con rigurosidad la norma procesal contemplada en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA; en consecuencia, confirmará la decisión recurrida y ordenará la devolución del expediente al tribunal de origen para que continúe con el trámite correspondiente [...]”.

Causal de revisión del numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. Principio de congruencia y la competencia del ad quem. Efectos de nulidad de un acto administrativo. Principio de igualdad y principio de justicia material.

1451

RADICADO: 11001-03-25-000-2019-00161-00 [1040-2019]

FECHA: 10/02/2022

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: William Hernández Gómez

DEMANDANTE: Henry Orlando Peñaloza Blanco

DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE PARA DESCARGA



Problema jurídico: ¿Existe nulidad originada en la sentencia del 30 de octubre de 2017, proferida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto al restablecimiento del derecho ordenado y, por ende, se configura la causal 5 de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA?

Tesis: “[...] el principio de congruencia es entendido como el deber legal que tienen los funcionarios judiciales de resolver un asunto puesto en su conocimiento con fundamento en las pretensiones, las pruebas aportadas, las normas aplicables y lo alegado por las partes, sin incurrir en fallos ultrapetita, extrapetita o minuspetita, como regla general. [...] se observa que el recurso de apelación de la parte demandada se circunscribió a discutir que el acto de retiro fue expedido dentro del término y la facultad que el Decreto 1791 de 2000 le confiere al nominador para separar del servicio a quienes son calificados como no aptos y sin posibilidad de reubicación. Sobre este aspecto, la sentencia objeto de revisión consideró acertada la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, sin embargo, el juez de instancia modificó el restablecimiento

económico, particularmente, indicó que el reconocimiento solo procedía por el período comprendido entre el 15 de abril al 19 de julio de 2011, y negó el reintegro del uniformado, por estimarlo incompatible con la asignación de retiro que le había sido concedida. Revisadas las actuaciones contenidas en el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que, en los alegatos de conclusión de segunda instancia, la entidad pidió al ad quem tener en consideración los topes indemnizatorios que prevé la Corte Constitucional, según las sentencias SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015. Al respecto, se advierte que ese no era el momento procesal para adicionar argumentos que debieron ser discutidos en el recurso de alzada, tal y como lo ha sostenido esta Corporación³¹ de tiempo atrás, dado el carácter preclusivo de las etapas del proceso, so pena de afectar los principios de lealtad y contradicción entre las partes, al admitir cuestionamientos que no fueron anunciados en el recurso de apelación. Con todo, incluso si este aspecto hubiera sido objeto de apelación, la decisión que se analiza, sobre el restablecimiento del derecho, no se fundó en las providencias invocadas por

la entidad, tal y como se puede constatar en los apartes transcritos en el acápite anterior. El a quo tampoco expuso si su razonamiento obedecía a una de las excepciones que la ley prevé para pronunciarse más allá de su competencia, ni tampoco por qué o con base en qué precedente adoptó dicho límite económico, es decir, no precisó de forma clara y motivada los fundamentos que atendió para variar la orden de restablecimiento adoptada por el a quo. Con lo anterior, en criterio de la Subsección, el pronunciamiento contenido en la sentencia que se revisa desatendió los límites a la competencia que le impone la ley, lo cual condujo al desconocimiento del principio de congruencia. Ahora, si bien en virtud de lo previsto en el artículo 246 del CCA, aplicable en el sub examine, el juez de segunda instancia puede complementar la sentencia del a quo, lo cierto es que en este caso no se trató de la complementación de la decisión, por una omisión del juez de primera instancia, sino que se modificó un aspecto que no había sido objeto de apelación, la cual limitaba su competencia en segunda instancia, según lo previsto por los artículos 320 y 328 del CGP, vigentes para la época en la que se dictó la sentencia que se revisa. De esta manera, se desatendió el restablecimiento efectivo de los derechos del uniformado que fue objeto de pretensión en la demanda. [...] De acuerdo con lo anterior se infiere que el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Transitoria, desconoció el principio de congruencia, desatendió los efectos propios de la nulidad del acto administrativo de retiro y, con ello, el restablecimiento efectivo de los derechos del uniformado, habida cuenta de que el juez, en estos eventos, procura hacer efectiva la consecuencia de volver las cosas a su estado anterior, como si el trabajador jamás hubiera sido retirado, circunstancia que no se dio en el proceso objeto de análisis, dentro de las posibilidades fácticas y

jurídicas presentes en el caso concreto. [...] la Subsección no pasa por alto que, en efecto, al señor (...) le fue reconocida una asignación de retiro, a través de la Resolución 4440 del 29 de junio de 2011. Sin embargo, ello per se no puede implicar la inobservancia de los efectos de la nulidad del acto de retiro, así como tampoco del restablecimiento del derecho que ello conlleva. En estos eventos, esta corporación ha considerado adecuado y, en línea con los derechos del trabajador y la protección del patrimonio público, ordenar la devolución de las sumas recibidas por parte del empleado por concepto de asignación de retiro. Adicionalmente, es de anotar, que dicha prestación se reconoció como consecuencia de la separación del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, de manera que es tal supuesto el que sirve de sustento para la expedición de este último. Al anular el acto de retiro, desaparece del ordenamiento, de ahí que la decisión bajo estudio implica que se mantiene una asignación de retiro sin desvinculación del servicio, de modo que la decisión deriva en una incoherencia de la situación jurídica del demandante, al desatender la incidencia que tiene el retiro frente al acto de reconocimiento de la asignación de retiro, que liquida la prestación, con base en el tiempo en servicio activo transcurrido hasta la separación del servicio. Esto vulnera el principio de justicia material que se busca restablecer a través del recurso extraordinario de revisión. En suma, aun cuando el Tribunal declaró la nulidad parcial de la Resolución 1178 del 15 de abril de 2011, en cuanto al retiro del demandante, por considerar que adolecía de falsa motivación, lo cierto es que se abstuvo de ordenar el reintegro al servicio activo, fundado en que este era incompatible con la asignación de retiro que le reconoció la Policía Nacional. Este pronunciamiento desconoce el principio de congruencia, carece de motivación y des-

conoce los efectos de la declaratoria de nulidad del acto administrativo de retiro. Así las cosas, para la Subsección es pasible concluir que en la sentencia objeto de revisión se vulneró el principio de congruencia y el derecho a la igualdad. En conclusión: Se configura la causal 5 de revisión, en cuanto al restablecimiento ordenado, pues la sentencia vulneró el principio de congruencia al mantener la de-

claratoria de nulidad del acto administrativo que retiró del servicio al demandante y revocar la orden de reintegro, porque se pronunció sobre un aspecto que no fue objeto de apelación, adoptó la decisión sin una motivación congruente con los planteamientos expuestos por las partes en las oportunidades procesales debidas y desatendió los efectos de la nulidad de los actos administrativos”.

No procede la terminación del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por falta del agotamiento de los recursos en la actuación administrativa, que tenga por objeto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las personas de la tercera edad por ser sujetos de especial protección. Requisitos de procedibilidad de la acción. Derecho a la seguridad social. Derecho al mínimo vital.

RADICADO: 17001-23-33-000-2019-00456-01 (5351-2022)

FECHA: 23/03/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Juan Enrique Bedoya escobar

DEMANDANTE: Ana Alicia Vergara de Buitrago

DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

ENLACE DE DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La omisión de la parte actora en interponer los recursos contra el acto administrativo mediante la cual se le negó el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, como requisito de procedibilidad para acudir ante esta jurisdicción da lugar a la terminación del proceso, aun cuando es una persona de la tercera edad de especial protección constitucional?

Tesis: “[...] la Sala no puede perder de vista que a pesar que la accionada manifestó que con la Resolución N° RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016 se le dio la oportunidad a la parte demandante de presentar los recursos de reposición y/o apelación, informándosele la autoridad administrativa ante la cual debía de interponerlos, así como el término para hacerlo y que, a pesar de ello, la actora no los presentó, la Sala observa que la manera como la autoridad administrativa indicó la procedencia de los aludidos medios de impugnación no es la establecida en la norma procesal pues, al haber indicado que contra el acto administrativo ahora

demandado se podían «interponer por escrito los recursos de Reposición y/o Apelación», se halla que no fue precisa la manera en la cual se le informó a la demandante sobre la procedencia de los medios de impugnación, especialmente la apelación como recurso de obligatoria interposición a fin de cumplir el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual, y ante la confusión que este hecho pudo generar en (...), no es posible exigirle a ella como parte interesada que hubiera interpuesto el mencionado recurso en debida forma, criterio que ha sido prohijado por esta subsección. Por esta razón, con el fin de hacer prevalecer el derecho de acceso a la administración de justicia de la demandante y con ocasión de que la Resolución N° RDP 045495 del 2 de diciembre de 2016 pudo generar confusión en la interesada para la debida interposición de los medios de impugnación, especialmente del recurso de apelación, no será exigible en el caso bajo estudio el requisito de

procedibilidad a que hace mención el numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual, la Sala procederá a revocar el auto proferido por la Sala Segunda (2ª) de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 22 de abril de 2022. Adicionalmente, esta Sala observa que debido a los aspectos y circunstancias propias del caso bajo estudio, desde la órbita del derecho constitucional se presentan unos presupuestos que indudablemente refuerzan la decisión de revocar el auto recurrido, pues no es posible pasar desapercibida la condición de especial protección que cobija a la actora debido a su avanzada edad, que como está demostrado dentro del proceso, tiene actualmente 101 años de vida, ni desconocer el hecho de que lo discutido por la accionante es una pensión de sobreviviente, prestación económica que se enmarca dentro del derecho a la seguridad social, cuyo amparo constitucional se ha indicado, es prevalente. Lo anterior, amerita una reflexión que facilite la concordancia entre la obediencia al presupuesto gubernativo y el funcionamiento y plena vigencia de los principios y derechos constitucionales, pues en la práctica contencioso administrativa, la inobservancia del ejercicio obligatorio del agotamiento de la vía administrativa, declina procesalmente la aspiración del reclamante de ventilar el asunto en sede judicial de manera exitosa en la medida que tal omisión desencadena en el rechazo inicial de la demanda, situación que choca frente a la realidad jurídica de derechos como la seguridad social de prevalente amparo constitucional como el discutido en el presente asunto, en donde la pretensión se encuentra dirigida a la obtención de la sustitución del derecho jubilatorio, en tanto la exigencia de dicho presupuesto obstruye la vigencia del mismo en contravía de claros preceptos supralegales que imponen al Estado su garantía. Así las cosas, es necesario precisar que en las personas de la tercera edad, la seguridad social como derecho constitucional,

adquiere una connotación ius fundamental en razón de la vulnerabilidad física, psicológica, económica, moral o emocional a la que se puede ver sometido dicho grupo poblacional, de manera pues, que la efectividad de este derecho, involucra y compromete directamente la materialización de otros derechos como la dignidad humana, la vida, la integridad física, la salud y el mínimo vital. Por esta razón, como en el presente caso, cuando un sujeto de especial protección constitucional se presenta ante la jurisdicción con el fin de reclamar un derecho de categoría fundamental, es deber del juez, en aplicación de los derechos de tutela judicial efectiva y acceso a la administración de justicia, propender y garantizar la ejecución de un proceso judicial que, basado en los principios de eficacia y celeridad procesal, permita emitir un pronunciamiento de fondo que defina la situación jurídica del usuario administrativo en relación con el derecho pretendido mediante una decisión razonable y motivada en derecho, evitando actuaciones que con fundamentos meramente formales restrinjan o limiten la posibilidad de iniciar y desarrollar hasta su culminación el proceso judicial indicado. Así mismo, de conformidad con el principio *pro homine*, criterio hermenéutico que permea todo el espectro de los derechos humanos, «en virtud del cual se debe acudir a la norma o a la interpretación más amplia, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de fijar restricciones al ejercicio de los derechos o establecer su suspensión extraordinaria (...)», y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, con el que se busca garantizar que las formalidades propias de los procesos judiciales sean interpretadas y empleadas para la materialización de los derechos de las personas que acceden a la administración de justicia y de ninguna for-

ma como un obstáculo o impedimento para el ejercicio y protección de las mismas, se hace imperioso que en el presente caso se dé continuación con el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por(...), pese a no haber agotado los medios de impugnación en la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para acudir en sede judicial, máxime porque como lo ha indicado esta Corporación, tratándose de personas de la tercera edad debe prevalecer el ordenamiento jurídico sustancial sobre el procesal. (...) De Conformidad los argumentos expuestos, la Sala procederá a revocar el auto de fecha 22 de abril de 2022 proferido por la Sala Segunda (2ª) de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas que dio por terminado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por (...) por faltar el agotamiento de los recursos en la actuación administrativa como requisito de procedibilidad para en su lugar, disponer la continuación del trámite procesal pertinente [...]”.

Acción de revisión contra una sentencia de primera instancia que no fue recurrida o cuya apelación se declaró desierta por incumplimiento de cargas de quien acude por esa vía especial. Acción de revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público.

RADICADO: 17001-23-33-000-2017-00261-01 [2526-2018]

FECHA: 20/04/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

DEMANDADO: José Arcesio López Díaz

MEDIO DE CONTROL: Acción de revisión

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico: ¿La sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, de 27 de septiembre de 2010, está incurso en la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, por haber condenado a Cajanal (hoy UGPP) a reintegrar los valores que descontó de más de la pensión gracia del señor (...) (q.e.p.d.), por concepto de aportes a salud, y por ordenar dichos descuentos en un tope máximo del 6 %?

Tesis: “[...] El primer interrogante que conviene dilucidar es determinar si [...] procede la acción especial de revisión, por la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, contra una sentencia de primera instancia que no fue recurrida o cuya apelación se declaró desierta por incumplimiento de cargas de quien acude por esa vía especial. En efecto, aunque parece un contrasentido permitir que se sustituya el debate propio de la segunda instancia, a manera de compensación, por la falla procesal de la parte vencida, la ley no condicionó la acción extraordinaria a que se hayan agotado en debida forma los recursos ordinarios que proce-

dían contra la sentencia acusada. Así se infiere de la lectura de los artículos 20 de la Ley 797 de 2003 y 250 al 252 de la Ley 1437 de 2011, que no permiten vislumbrar que en la hipótesis descrita (fallo de primera instancia atacado no recurrido) haya lugar a excluir el control judicial en sede de recurso extraordinario de revisión [...] No obstante lo anterior, debido a su carácter extraordinario, la revisión no puede ser solicitada con el fin de controvertir posibles errores in iudicando en los que incurra el fallador, ni para reabrir el debate probatorio de las instancias, sino que su procedencia está delimitada por las causales taxativas consagradas por el legislador. Al ser una especialísima excepción del principio de la cosa juzgada, la acción extraordinaria inadmite la apertura de un nuevo debate sobre el fondo del asunto, por lo que limita la argumentación y los fundamentos de la demanda al análisis del cumplimiento de la causal o causales invocadas; en este caso, el literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, sin que haya lugar a interpretaciones extensivas o analógicas (principio de taxatividad), pues, como lo ha reiterado esta

corporación en su jurisprudencia, la revisión no constituye una instancia adicional en la que pueda replantearse el litigio ya resuelto. Siendo así las cosas, resulta procedente la revisión de la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, de 27 de septiembre de 2010. [...] La UGPP invocó la causal de revisión del literal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003 «[c]uando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables», al estimar que a los beneficiarios de pensión gracia, como lo era el demandado (q.e.p.d.), también les corresponde efectuar aportes por concepto de Seguridad Social en salud, en los términos del parágrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. [...] cabe recordar que la pensión gracia es una prestación otorgada a los docentes mediante la Ley 114 de 1913, como un reconocimiento por su capacidad, esfuerzo y conocimiento al servicio de los educandos de primaria por un lapso no menor de 20 años, tras haber cumplido 50 años de edad, demostrar una conducta intachable y no recibir emolumento alguno del erario; además, no requerían haber cotizado ante algún fondo de pensiones. Posteriormente, este mismo beneficio se extendió con la Ley 116 de 1928 a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública. [...] con la expedición de la Ley 37 de 1933 (artículo 3.º) el reconocimiento de la pensión gracia se hizo extensivo a quienes hubieren completado el tiempo de servicios en establecimientos de enseñanza secundaria; pero siguió amparado por una serie de situaciones excepcionales como las siguientes: i) era una prestación con cargo al tesoro, pagada por Cajanal; ii) no requiere de aportes a ningún fondo pensional para su reconocimiento; iii) es compatible con otras prestaciones no nacionales; iv) no requiere que los 20 años de servicios se hayan prestado de manera exclusiva

en educación básica primaria; v) el beneficiario debe tener como mínimo 50 años de edad y 20 de servicios; y, vi) durante todo el servicio educacional debe acreditarse una conducta irreprochable. [...] Luego, se expidió la Ley 100 de 1993 con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes; no obstante (...) se establecieron excepciones al sistema integral de la Seguridad Social. [...] las pensiones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedarían exceptuadas de dicho sistema integral; sin embargo, esta excepción no comprendió la pensión de jubilación gracia, pues, como ya se indicó, esta es una prestación cuyo reconocimiento corresponde a Cajanal (hoy UGPP). A ello hay que añadir que el artículo 130 de la citada Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, como una cuenta de la Nación adscrita al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serían administrados mediante encargo fiduciario para sustituir a Cajanal y a los demás entes de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional en lo relacionado con el pago de las pensiones. [...] para esta Sala no hay duda de que las mesadas pagadas por concepto de pensión gracia sí están sujetas a los descuentos que sobre ellas se realicen con destino al sistema de la Seguridad Social en salud. Una interpretación que guarda armonía con el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el cual, en virtud del incremento en la tasa de cotización a salud, propiciada por su entrada en vigor, ordenó el reajuste de las pensiones en la misma proporción. [...] se itera, porque de acuerdo con la norma y la interpretación que sobre ella ha realizado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las cotizaciones al sistema de Seguridad Social en salud deben corresponder al 12 % sobre la totalidad de los ingresos, sin que para tal efecto exista ley vigente que excluya de dicho pago a los beneficiarios de

la pensión gracia, que es pagada, actualmente, por la hoy recurrente Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social. En definitiva, si esta Sala permitiera que la beneficiaria sobreviviente del señor (...) la señora (...) continuara sin cumplir con el deber legal que le impone efectuar la respectiva cotización en salud por su pensión gracia, en monto del 12 %, estaría avalando un exceso en la cuantía pensional que le fue reconocida al causante, cual es precisamente lo que proscribe la causal b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003. Por lo tanto, es necesario infirmar la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales, de 27 de septiembre de 2010 [...]”.

Rechazo de la demanda. Actos no susceptibles de control judicial por no corresponder a la noción de acto administrativo. Circular 504 del 18 de agosto de 2020 y concepto del 29 de junio de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro.

RADICADO: 11001-03-25-000-2022-00348-00(2832-2022)

FECHA: 19/09/2023

TIPO DE PROVIDENCIA: Auto

PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas

DEMANDANTE: Jorge Eliécer Castellanos Moreno

DEMANDADO: Superintendencia de Notariado y Registro

MEDIO DE CONTROL: Nulidad

ENLACE PARA DESCARGAR



Problema jurídico 1: ¿Es susceptible de control jurisdiccional, a través del medio de control de nulidad establecido en el artículo 137 del CPACA, la Circular 504 del 18 de agosto de 2020 de la Superintendencia de Notariado y Registro?

Tesis 1: “[...] el suscrito magistrado concibe el acto administrativo como una manifestación de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas que produce efectos jurídicos de carácter general, mixto o particular, sometido a la Constitución y a la ley y cuyo control jurisdiccional corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...] El artículo 137 del CPACA dispone que toda persona podrá solicitar la nulidad de, entre otros, las circulares de servicio, las cuales han sido definidas por la jurisprudencia como aquellos documentos dirigidos «a todos o a un grupo de funcionarios sobre la forma de prestar un servicio, esto es, sobre la manera de aplicar las leyes que les corresponde en el ejercicio de sus funciones, o a los particulares sobre la misma materia». En igual línea de intelección, se ha explicado que las circulares de servicios son «comunicacio-

nes de carácter general dirigidas a un grupo específico de personas que tienen una situación jurídica o unos intereses comunes en razón de su actividad o su relación jurídica, económica, social, o laboral». Además, pueden ser externas o internas, dependiendo de si interesan a los ciudadanos en general o si están dirigidas a un grupo específico de servidores y solo los afecta a ellos de manera directa. Igualmente, se ha precisado que las circulares de servicios están encaminadas a informar, orientar y/o a reproducir decisiones o normas adoptadas con anterioridad. Esta Subsección ha indicado que las circulares son pasibles de ser enjuiciadas ante la jurisdicción en cuanto revistan el carácter de actos administrativos, es decir, que se trate de manifestaciones de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas que produzcan efectos jurídicos de carácter general, mixto o particular, sometido a la Constitución y a la ley, conforme a la noción desarrollada en el acápite precedente. Por el contrario, las circulares no son demandables cuando se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o brindan orientaciones o instrucciones a sus destinatarios sin

que contengan decisiones. [...] Conforme a los apartes trascritos, resulta evidente que la circular demandada no se ajusta a la noción de acto administrativo la circular demandada no se ajusta a la noción de acto administrativo explicada en esta providencia, ya que no denota la manifestación de voluntad de la SNR tendiente a producir efectos jurídicos de carácter general, mixto o particular. Por el contrario, la mencionada circular corresponde a una solicitud de información de la SNR a los notarios del país, pero de ninguna manera expresa la voluntad unilateral de la entidad con vocación de instituir o modificar una situación jurídica general o individual y mucho menos de crear o extinguir un derecho; por lo tanto, no contiene una decisión definitiva susceptible de control judicial [...].”

Problema jurídico 2: ¿Es susceptible de control jurisdiccional, a través del medio de control de nulidad establecido en el artículo 137 del CPA-CA, el Concepto del 29 de junio de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro?

Tesis 2: “[...] El artículo 28 del CPACA establece que «[s]alvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución». La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-951 de 2014, declaró la exequibilidad de la referida norma, con fundamento en los siguientes razonamientos: “Lo anterior, toda vez que a través de esta norma: (i) se garantiza el cumplimiento efectivo del artículo 23 de la Constitución, (ii) se fija un parámetro razonable y proporcionado al alcance de las decisiones pronunciadas por las autoridades bajo el rótulo de concepto y, (iii) se protege el sistema de fuentes de origen constitucional, otorgándole un margen de autonomía a las autoridades frente a las decisiones por ellos proferidas bajo

la modalidad del concepto. [...] “Cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. Por consiguiente, de la circunstancia de que el administrado no se someta a sus formulaciones no puede ser objeto de consecuencias negativas en su contra, diferentes a las que podrían originarse del contenido de las normas jurídicas sobre cuyo entendimiento o alcance se pronuncia el concepto. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello aparezca. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.” A su turno, el Consejo de Estado ha precisado que los conceptos jurídicos, a través de los cuales se dan respuesta a peticiones de consulta, no constituyen actos administrativos susceptibles de control judicial. Textualmente, se ha argumentado lo siguiente: “De este modo, la Corporación ha determinado que los conceptos jurídicos: i) que se dan en respuesta al derecho de petición de consulta no constituye acto administrativo; ii) no son susceptibles de la acción de nulidad, puesto que el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca efectos jurídicos, de allí que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna; iii) no son obligatorios jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata y, iv) sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre

las cuestiones planteadas por ella.” De acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales antes transcritos, se concluye que los conceptos jurídicos escapan al control jurisdiccional en la medida en que no contienen decisiones vinculantes, sino que se limitan a orientar a los ciudadanos en un asunto determinado, así como explicar el criterio de una autoridad frente a alguna temática y los peticionarios quedan en libertad de acoger o no el entendimiento de la administración. Bajo este (sic) línea argumentativa, dichos conceptos no se corresponden con los actos definitivos de que trata el artículo 43 del CPACA, por cuanto no deciden directa ni indirectamente el fondo de un asunto, ni hacen imposible continuar con una actuación. En este caso se demanda un concepto jurídico del 29 de junio de 2021, por medio del cual la Oficina Asesora Jurídica de la SNR le dio respuesta a la petición de consulta elevada por un ciudadano con el siguiente contenido: «en el evento de si un notario, solicita su pensión, no la disfruta, pero tampoco sigue aportando a la entidad pensional como lo exige la Ley. ¿Se debería presentar renuncia?, ¿Es causa o motivo para ser separado del cargo de notario? Tengo conocimiento, de colegas que están disfrutando de la pensión y continúan en el ejercicio del mismo». [...] Una lectura atenta del concepto jurídico demandado evidencia que la SNR se limitó a plasmar su intelección de las normas que regulan el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los notarios y, de manera especial, aludió a la prestación del servicio público y la percepción simultánea de una pensión de vejez. El referido concepto de ninguna

manera expone una manifestación unilateral de la voluntad de la administración en aras de producir efectos jurídicos particulares y concretos o generales al modo de un reglamento sobre dicha materia. Es pertinente anotar que el accionante invocó algunas providencias, suscritas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que admitieron demandas de nulidad contra conceptos suscritos por la DIAN; sin embargo, esos casos no se asemejan al presente asunto, pues en tales oportunidades se evidenció el interés de la entidad de emitir lineamientos autorregulatorios en torno a su gestión, los cuales adquirieron fuerza normativa y efectos vinculantes para sus dependencias y los ciudadanos. Por el contrario, en el presente caso el concepto demandado se limitó a exponer la opinión, criterio o apreciación de la SNR con el fin de responder a una consulta de un ciudadano, teniendo en cuenta la normatividad y la jurisprudencia que estimó pertinente, pero de ningún modo fijó un lineamiento de obligatorio cumplimiento, ni impartió órdenes, parámetros o directrices a los notarios del país o a sus nominadores. Entonces, del concepto acusado no es posible inferir que produzca efectos en el mundo jurídico para la generalidad de la población o frente a un particular y, por lo tanto, escapa al análisis de legalidad en sede contenciosa. Los anteriores argumentos imponen el rechazo de la demanda, pues se acusaron una circular y un concepto que no corresponden a la noción de acto administrativo, es decir, que al tenor del artículo 43 del CPACA, no contienen una decisión definitiva pasible de control jurisdiccional [...]”.



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo de Colombia

Calle 55 N° 10-32

Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.

Código Postal: 110231

Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.gov.co

www.consejodeestado.gov.co