



200 AÑOS

ANTOLOGÍA
Jurisprudencias y Conceptos
CONSEJO DE ESTADO
1817 - 2017

SECCIÓN SEGUNDA



Antología jurisprudencias y conceptos – Consejo de Estado 1817 - 2017 / Editor Tomo Sección Segunda, Gabriel Valbuena Hernández. Editor General de la Antología, Álvaro Namén Vargas. Bogotá: Consejo de Estado, Imprenta Nacional de Colombia, 2018.

ISBN: 978-958-8857-93-0

Consejo de Estado/Jurisprudencia.

Octubre de 2018

**Equipo Coordinador
de la Antología**

Álvaro Namén Vargas

Consejero de Estado

Editor General de la Antología

Óscar Eduardo Vargas Rozo

Catalina Uprimny Salazar

María Angélica Pulido Barreto

Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera

**Editor del Tomo
Sección Segunda**

Gabriel Valbuena Hernández

Consejero de Estado

Comité Técnico

Sección Segunda

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

José Orlando Rivera Manrique

Relatores

Liliana Mireya Matallana Rojas

Carmen Elisa Mora Nieto

Julio César Ruiz Benítez

Diana Carolina Sánchez Gutiérrez

Auxiliares Judiciales

Agradecimientos especiales:

Carmelo Perdomo Cuéter

Sandra Lisset Ibarra Vélez

William Hernández Gómez

César Palomino Cortés

Rafael Francisco Suárez Vargas

Consejeros de Estado



CONSEJO DE ESTADO
SEGUNDO CENTENARIO
1817-2017

© 2018 Consejo de Estado
Sección Segunda

Consejo de Estado

Calle 12 n°. 7-65

Palacio de Justicia

Bogotá, D. C., Colombia

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

info@consejoestado.ramajudicial.gov.co

[@consejodeestado](https://twitter.com/consejodeestado)

Todos los derechos reservados.

Primera edición: Bogotá D. C.,
Octubre 2018

ISBN VOLUMEN: 978-958-8857-93-0

ISBN OBRA COMPLETA: 978-958-8857-91-6

Diseño e impresión:
Imprenta Nacional de Colombia

Impreso y hecho en Colombia

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO BICENTENARIO (2017)

SALA DE GOBIERNO

Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Presidente)
Germán Alberto Bula Escobar (Vicepresidente)
Roberto Augusto Serrato Valdés (Presidente Sección Primera)
Carmelo Perdomo Cuéter (Presidente Sección Segunda)
Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Presidente Sección Tercera)
Stella Jeannette Carvajal Basto (Presidente Sección Cuarta)
Carlos Alberto Moreno Rubio (Presidente Sección Quinta)
Édgar González López (Presidente Sala de Consulta)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Óscar Darío Amaya Navas
Germán Alberto Bula Escobar
Édgar González López
Álvaro Namén Vargas

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

María Elizabeth García González
Oswaldo Giraldo López
Hernando Sánchez Sánchez
Roberto Augusto Serrato Valdés

SECCIÓN SEGUNDA

Carmelo Perdomo Cuéter
Sandra Lisset Ibarra Vélez
William Hernández Gómez
César Palomino Cortés
Rafael Francisco Suárez Vargas
Gabriel Valbuena Hernández

SECCIÓN TERCERA

Stella Conto Díaz del Castillo
María Adriana Marín
Ramiro Pazos Guerrero
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Danilo Rojas Betancourth
Guillermo Sánchez Luque
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Marta Nubia Velásquez
Carlos Alberto Zambrano Barrera

SECCIÓN CUARTA

Stella Jeannette Carvajal Basto
Milton Chaves García
Julio Roberto Piza Rodríguez
Jorge Octavio Ramírez Ramírez

SECCIÓN QUINTA

Rocío Araújo Oñate
Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Carlos Enrique Moreno Rubio
Alberto Yepes Barreiro

COMITÉ EDITORIAL

Álvaro Namén Vargas
Sala de Consulta y Servicio Civil
Editor General

María Elizabeth García González
Sección Primera

Gabriel Valbuena Hernández
Sección Segunda

Guillermo Sánchez Luque
Sección Tercera

Stella Jeannette Carvajal Basto
Sección Cuarta

Rocío Araújo Oñate
Sección Quinta

ÍNDICE GENERAL

ANTOLOGÍA

TOMO I	SECCIÓN PRIMERA
TOMO II	SECCIÓN SEGUNDA
TOMO III A y B	SECCIÓN TERCERA
TOMO IV	SECCIÓN CUARTA
TOMO V	SECCIÓN QUINTA
TOMO VI	SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

ÍNDICE GENERAL
TOMO II SECCIÓN SEGUNDA

ASIGNACIONES, PENSIONES Y RECOMPENSAS

- I. EMPLEADOS DEL CONGRESO Y CONGRESISTAS
- II. FUERZA PÚBLICA
- III. PENSIÓN
- IV. PENSIÓN GRACIA
- V. PENSIÓN DE INVALIDEZ
- VI. PENSIÓN DE JUBILACIÓN
- VII. RAMA JUDICIAL
- VIII. SUSTITUCIÓN PENSIONAL

CARRERA ADMINISTRATIVA Y OTRAS

- I. CARRERA ADMINISTRATIVA
- II. ESCALAFÓN DOCENTE
- III. CARRERA JUDICIAL
- IV. CARRERA NOTARIAL
- V. CARRERA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

CONTRATO REALIDAD

DERECHO LABORAL COLECTIVO

JORNADA DE TRABAJO

REINTEGRO AL SERVICIO

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONES SOCIALES

- I. SALARIO
- II. PRESTACIONES SOCIALES

RETIRO DEL SERVICIO

- I. ABANDONO DEL CARGO
- II. CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA
- III. DESTITUCIÓN
- IV. INSUBSISTENCIA
- V. POR DERECHO A PENSIÓN
- VI. RENUNCIA
- VII. RETIRO DEL SERVICIO DE LA FUERZA PÚBLICA
- VIII. SUSPENSIÓN DEL CARGO
- IX. SUPRESIÓN DEL CARGO

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

TRASLADO

TRABAJO SUPLEMENTARIO

OTROS ASUNTOS LABORALES

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN GENERAL

Jorge Octavio Ramírez y Germán Alberto Bula Escobar
Presidentes del Consejo de Estado 2017 y 2018 XXXI

PRÓLOGO

Álvaro Namén Vargas
Editor General de la Antología XXXV

PRESENTACIÓN

Gabriel Valbuena Hernández
Editor del Tomo II LXXIII

ASIGNACIONES, PENSIONES Y RECOMPENSAS

I. EMPLEADOS DEL CONGRESO Y CONGRESISTAS

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE CONGRESISTAS

Acumulación de tiempo de servicio prestado en calidad
de senador, representante o diputado - 3 de agosto de 1963 3

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL

Aplicación del régimen de transición. Requisitos - 10 de julio de 2014 5

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL Y PLAN DE RETIRO COMPENSADO DE LOS EMPLEADOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Beneficiarios. Requisitos. Diferencias.
Topes pensionales - 11 de agosto de 2016 10

II. FUERZA PÚBLICA

PENSIÓN VITALICIA PARA LOS MIEMBROS DE LAS BANDAS DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL

Reconocimiento a quienes prestaron servicios a la República
Unitaria o al Estado Confederado - 19 de abril de 1915 18

PENSIÓN MILITAR DE OFICIAL EN RETIRO	
Reconocimiento sujeto a la prueba de la buena conducta por el cura párroco - 21 de octubre de 1915	19
RECOMPENSA MILITAR UNITARIA	
Reconocimiento en favor del cónyuge sobreviviente depende de la prueba técnica de que la muerte del militar es consecuencia directa de la enfermedad contraída en el servicio - 27 de julio de 1916	21
ASIMILACIÓN A MILITARES DE TIEMPO DE SERVICIO DE LOS MIEMBROS DE BANDA DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL	
Para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación - 13 de mayo de 1931	23
SUELDO DE RETIRO EN EL EJÉRCITO NACIONAL	
Se liquida con base en el sueldo señalado para el grado en el escalafón militar que tuviera el oficial al momento del retiro del servicio, así se encuentre desempeñando otro cargo a la fecha. Descuento de aportes - 20 de agosto de 1929	25
SUELDO DE RETIRO DE OFICIAL DEL EJÉRCITO POR REINTEGRO AL SERVICIO ACTIVO	
Reliquidación con base en el último sueldo y grado militar no desconoce el principio de cosa juzgada - 11 de abril de 1939	27
ASIGNACIÓN DE RETIRO	
Incompatibilidad con la pensión por invalidez - 22 de abril de 1983	29
Reajuste con base al índice de precios al consumidor. Principio de favorabilidad. Sentencia de unificación - 17 de mayo de 2007	32
PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE AGENTE DE LA POLICÍA NACIONAL	
Principio de retrospectividad de la ley. Principio de favorabilidad - 25 de abril de 2013	34
III. PENSIÓN	
CADUCIDAD DE PENSIONES Y RECOMPENSA POR CONDUCTA INMORAL	
No es competencia del Consejo de Estado - 8 de marzo de 1921	36
CESIÓN DEL DERECHO PENSIONAL	
Negocio jurídico afectado por ilicitud en el objeto, frente al cual procede la orden de retención del valor de la pensión - 16 de abril de 1929	38
PENSIONES Y RECOMPENSAS	
Son prestaciones gratuitas que reconoce el Estado a los servidores públicos. No constituyen derechos adquiridos. Retroactividad de las leyes pensionales - 10 de noviembre de 1933	40

IV. PENSIÓN GRACIA

Pensión de gracia de maestra de escuela. Requisitos de reconocimiento - 15 de febrero de 1939	41
No es requisito de reconocimiento la viudez o la soltería - 13 de febrero de 1940	43
Buena conducta se presume. Prueba del ejercicio del cargo se tiene por satisfecha con el decreto de nombramiento y el acta de posesión por cada periodo escolar - 29 de enero de 1941	46
Tiempo de servicio prestado en escuelas primarias se puede computar con el prestado en establecimientos de secundaria - 18 de agosto de 1943	48
Para su reconocimiento no se exige que el tiempo de servicio sea exclusivamente territorial - 27 de febrero de 1984	50
No reconocimiento a docentes de la modalidad de Educación Contratada por ser servicios prestados a la nación - 28 de noviembre de 1995	53
No son beneficiarios los docentes nacionales. Vigencia - 29 de agosto de 1997	55
No reconocimiento por mala conducta. Destitución por malversación de fondos escolares, no se subsana por reinscripción en el escalafón docente - 17 septiembre de 1998	59
Para los docentes nacionalizados es compatible con la pensión ordinaria de jubilación - 21 de junio de 2001	62
Reliquidación no procede por nuevo tiempo de servicios laborados, pues debe liquidarse sobre el salario del año en que se adquirió el status de pensionado - 6 de septiembre de 2001	65
No son beneficiarios los empleados administrativos de las escuelas normales. Sentencia de unificación - 15 de julio de 2004	68
Compatibilidad con la pensión de invalidez. Reconocimiento con menos de 20 años de servicio por invalidez del docente - 30 de septiembre de 2010	73
La mala conducta no se configura por un hecho aislado. Suspensión por abandono del cargo - 10 de julio de 2014	76
Reconocimiento con base al tiempo de servicio prestado como hora cátedra. No exige vinculación vigente al 31 de diciembre de 1980. Sentencia de unificación - 22 de enero de 2015	80
No reconocimiento por mala conducta por el delito doloso de inasistencia alimentaria - 28 de octubre de 2016	85
Se valida el tiempo laborado por los docentes que fueron financiados con los recursos del Sistema General de Participaciones - 2 de marzo de 2017	92

V. PENSIÓN DE INVALIDEZ

PENSIÓN DE INVALIDEZ MILITAR

Se reconoce no solo por la pérdida de una extremidad u órgano del cuerpo o por la pérdida funcional de uno u otro - 3 de junio de 1919	94
--	----

Requisitos. Ley retroactiva, 21 de abril de 1923	96
RECOMPENSA POR INVALIDEZ DE EMPLEADO DEL MINISTERIO DE CORREOS Y TELÉGRAFOS	
Procede su solicitud cuando ya no se tiene la calidad de empleado público. Reconocimiento post mortem es transmisible a los herederos - 23 de febrero de 1933	98
PENSIÓN DE INVALIDEZ POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN	
Se reconoce a los servidores públicos que al término del auxilio por enfermedad continúen incapacitados para trabajar - 17 de octubre de 1949	101
PENSIÓN DE INVALIDEZ	
Para su reconocimiento no se requiere que la incapacidad se origine por causa del trabajo - 4 de abril de 1960	102
PENSIÓN DE INVALIDEZ DE MIEMBRO DE LAS FUERZAS ARMADAS	
No aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social. Principio de favorabilidad. Principio de inescindibilidad de la ley. Sentencia de unificación - 14 de agosto de 2003	104
PENSIÓN DE INVALIDEZ DE CONGRESISTA	
Aplicación del régimen especial. Requisitos - 20 de octubre de 2014	106
VI. PENSIÓN DE JUBILACIÓN	
No taxatividad de los factores. Salario. Concepto. Sentencia de unificación - 4 de agosto de 2010	110
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN PENSIÓN DE JUBILACIÓN.	
La situación jurídica consolidada, no puede ser modificada por normas posteriores - 4 de agosto de 2010	114
Conservación. Regreso del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida - 12 de mayo de 2011	118
Reconocimiento con base en norma territorial. Incluye en su aplicación a la convención colectiva. Principio de seguridad jurídica. Principio de confianza legítima. Principio de favorabilidad. Sentencia de unificación - 29 de septiembre de 2011	119
Reconocimiento con base en convención colectiva. No convalidación. Reconocimiento con base en la Ley 33 de 1985 por cumplir edad durante el curso del proceso. Principio de favorabilidad. Principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal - 26 de septiembre de 2012	124
Determinación del monto y factores en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Sentencia de unificación - 25 de febrero de 2016	126

VII. RAMA JUDICIAL

PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LA RAMA JUDICIAL DE MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES	
Para su reconocimiento no es acumulable el tiempo de servicio prestado como juez - 1º de agosto de 1916	132
PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE EXMAGISTRADOS DE ALTAS CORTES	
Reajuste especial del 50 por ciento para los pensionados antes de la Ley 4ª de 1992. Principio de igualdad. Sentencia de unificación - 11 de octubre de 2007	133
PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES	
Régimen especial aplicable. Topes. Sentencia de unificación - 12 de septiembre de 2014	141
PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL	
Cómputo tiempo de servicios prestado en el sector público y privado. Principio de favorabilidad. Sentencia de unificación - 24 de septiembre de 2015	145

VIII. SUSTITUCIÓN PENSIONAL

PENSIÓN VITALICIA	
Reconocimiento a favor de los nietos legítimos del funcionario civil de la época de la independencia doctor don José Ignacio de Márquez - 29 de abril de 1929	149
SUSTITUCIÓN PENSIONAL	
Inexistencia para la viuda e hijos legítimos de los militares que tomaron parte en la batalla de Cuaspud - 14 de abril de 1931	151
Reconocimiento a compañera permanente por la precariedad de la prueba de la calidad de cónyuge que otorga un mejor derecho frente a la prestación - 6 de febrero de 1997	152
No reconocimiento a pareja del mismo sexo - 19 de julio de 2000 19 de julio de 2000	153
Reconocimiento a la cónyuge, compañera permanente y a la pareja del mismo sexo con unión marital de hecho - 12 de junio de 2014	155
SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN MILITAR	
Reconocimiento a hijos menores e hijas cónyuges naturales o legítimos - 16 de septiembre de 1938	157
SUSTITUCIÓN PENSIONAL A VIUDA E HIJOS DE CONGRESISTA	
Mientras se permanezca en estado de viudez y los hijos no alcancen la mayoría de edad. Principio de la retrospectividad de las normas laborales - 6 septiembre de 1961	158

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE DE OFICIAL DEL EJÉRCITO	
Reconocimiento. Prescripción Trienal - 28 de octubre de 1961	161
SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO	
Reconocimiento a la cónyuge y compañera permanente. Pago compartido por convivencia simultánea - 20 de septiembre de 2007	164
SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN MILITAR DE HIJAS CÉLIBES	
Exigir el celibato vulnera el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad. Dependencia económica - 28 febrero de 2008	171

CARRERA ADMINISTRATIVA Y OTRAS

I. CARRERA ADMINISTRATIVA

SUPRESIÓN DE CARGO DE CARRERA POR MODIFICACIÓN A CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	
No faculta a la administración la necesidad de cierto grado de confianza en el empleado o el adelantar proceso de reorganización de la entidad - 17 de diciembre de 1945	179
INSCRIPCIÓN EN CARRERA ADMINISTRATIVA	
No solicitar su inscripción en el escalafón de la carrera dentro de los 30 días siguientes a la expiración del período de prueba hace perder el derecho - 12 de junio de 1990	181
CAMBIO DE NATURALEZA DE EMPLEO DE CARRERA ADMINISTRATIVA A LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	
No vulnera los derechos de carrera 15 de septiembre de 1998	183

II. ESCALAFÓN DOCENTE

Inscripción en el escalafón de primaria no da los derechos de escalafón docente de secundaria y viceversa - 20 de agosto de 1964	188
--	-----

III. CARRERA JUDICIAL

No aceptación de nombramiento no constituye causal de exclusión del registro nacional de elegibles - 11 de noviembre de 2004	190
CURSO DE FORMACIÓN JUDICIAL DE CORPORACIONES NACIONALES	
Para proveer los cargos de carrera se debe incluir un número de vacantes, adicionadas en un 30% de los mejores puntajes - 21 de agosto de 2008	196

IV. CARRERA NOTARIAL

NOTARIOS NOMBRADOS POR CONCURSO CERRADO	
No tienen derechos adquiridos - 22 de agosto de 2012	200

V. CARRERA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

EMPLEADOS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y ELECTORAL	
Ingresan por concurso de méritos y para su retiro se ejerce por la administración la facultad de remoción, lo que otorga a los cargos una naturaleza mixta - 2 de marzo de 2017	203

CONTRATO REALIDAD

CONTRATO REALIDAD DOCENTE	
Declaración en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades da lugar a la nulidad del contrato de prestación de servicios no a la declaración de inexistencia. No otorga calidad de empleado público y en consecuencia no da lugar al reconocimiento de salarios y prestaciones sociales. Coordinación de actividades no conlleva subordinación - 18 de noviembre de 2003	209

Principio de la realidad sobre las formalidades relación laboral. No otorga la calidad de empleado público. Pago de derechos a título de indemnización prestaciones. Referente los honorarios del contrato. Prescripción. Conteo del término desde la ejecutoria de la sentencia - 19 de febrero de 2009	220
--	-----

CONTRATO REALIDAD DOCENTE	
Alcance de la prescripción de los derechos. Conteo del término desde la terminación del vínculo laboral. Relación laboral. Principio de la realidad sobre las formalidades. Reconocimiento de los derechos tiene el carácter de restablecimiento. Referente de liquidación lo constituyen los honorarios pactados. Sentencia de unificación - 25 de agosto de 2016	228

DERECHO LABORAL COLECTIVO

HUELGA EN EMPRESAS DE PETRÓLEOS	
Prohibición aunque el servicio no sea público - 5 de septiembre de 1950	241

LEGALIDAD DE LA DECLARATORIA DE HUELGA	
Al Ministerio del Trabajo corresponde calificar la legalidad o ilegalidad de una huelga, y a la jurisdicción laboral decidir sobre la juridicidad o antijuridicidad acerca de las peticiones y negaciones que den lugar a un conflicto - 18 de septiembre de 1963	243

MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LOS SINDICATOS	
Es atribución exclusiva de la asamblea general - 13 de julio de 1992	245

JORNADA DE TRABAJO

DESCANSO DOMINICAL	
Empleador no puede disponer de la fuerza productiva del trabajador el día domingo sin su concurso, so pena de incurrir en las sanciones administrativas que imponga la ley 3 de mayo de 1934	249

MODIFICACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EMPRESA PRESTADORA DE SALUD	
Supremacía del interés general sobre la libertad de cultos y de conciencia - 1º de marzo de 2007	251

REINTEGRO AL SERVICIO

REINTEGRO AL CARGO POR ORDEN JUDICIAL	
No se requiere una nueva posesión - 22 de junio de 1955	257

REINTEGRO AL SERVICIO DE EMPLEADO SUSPENDIDO POR ORDEN JUDICIAL	
Reconocimiento del pago de salario y prestaciones sociales del tiempo en que estuvo separado del servicio - 10 de marzo de 1972	260

REINTEGRO AL SERVICIO DE FUNCIONARIO PENSIONADO	
Compatibilidad de sueldo y pensión de jubilación si sumados no superan el valor de \$1.600.00. Excepción a la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público - 27 de agosto de 1975	262

INDEMNIZACIÓN ESPECIAL POR REINTEGRO AL SERVICIO DE EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DECLARADA INSUBSISTENTE EN ESTADO DE EMBARAZO	
No procede descuentos por las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones en otra entidad pública durante el trascurso del proceso. Doble asignación del tesoro público - 28 de agosto de 1996	265

INDEMNIZACIÓN POR REINTEGRO AL CARGO DEL EMPLEADO RETIRADO DEL SERVICIO POR SUPRESIÓN DEL CARGO	
No procede descuentos por las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones en otra entidad pública durante el trascurso del proceso. Doble asignación del tesoro público - 29 de enero de 2008	271

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

SANCIÓN DISCIPLINARIA IMPUESTA POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA A CONSEJEROS DE ESTADO	
El Ministro de Justicia no tiene poder jerárquico alguno sobre el Consejo de Estado ni sobre los miembros de esa corporación - 18 de septiembre de 1961	277
SUSPENSIÓN DE FUNCIONARIO DE CARRERA	
Si el Jefe del organismo administrativo no decide en definitiva sobre la situación del funcionario suspendido, dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha de la suspensión provisional, no puede sancionarlo por las faltas a sus deberes profesionales - 25 de agosto de 1964	280
DESTITUCIÓN DE MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	
La imposición de sanción de destitución de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia por indignidad o mala conducta corresponde al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes - 21 de marzo de 1980	283
SANCIÓN DISCIPLINARIA A MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO	
Al ordenar el receso y la suspensión de términos judiciales los días 14 y 15 febrero de 1983 con ocasión del Carnaval de Barranquilla - 26 de marzo de 1984	287
PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA	
Se debe expedir y notificar el acto administrativo principal que impone la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta - 29 de septiembre de 2009	291
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SIN CUANTÍA CONTRA SANCIÓN DISCIPLINARIA DE RETIRO DEL SERVICIO TEMPORAL O DEFINITIVO	
Competencia en única instancia del Consejo de Estado. Sentencia de unificación - 4 de agosto de 2010	294
TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA DECISIÓN DISCIPLINARIA	
Solo empieza a contabilizarse al vencimiento del legalmente previsto para la interposición del recurso de reposición - 11 de diciembre de 2012	298
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS	
Graduación de la falta disciplinaria - 26 de marzo de 2014	300
CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE SANCIONES DISCIPLINARIAS DE RETIRO TEMPORAL O DEFINITIVO DEL SERVICIO	
Conteo del término. Sentencia de unificación - 25 de febrero de 2016	302

CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LA DECISIÓN DISCIPLINARIA
Criterios interpretativos de la competencia del juez administrativo cuando se trate de actos administrativos de carácter sancionatorio.
Sentencia de unificación - 9 de agosto de 2016 308

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO CONTRA ACTOS DISCIPLINARIOS
Juez competente – 30 de marzo de 2017 314

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONES SOCIALES

I. SALARIO

RECONOCIMIENTO A SALARIO Y DERECHO A LEPROSORIO DE EMPLEADO DEL MINISTERIO DE GUERRA
No cobija solo a los militares - 6 de abril de 1933 329

SALARIO DE MIEMBRO DEL EJÉRCITO CON ENFERMEDAD DE HANSEN
Su reconocimiento es incompatible con sueldo de retiro – 9 de noviembre de 1933 331

SOBRESUELDO PARA LOS EMPLEADOS CIVILES Y MILITARES DEL MINISTERIO DE GUERRA
Para el personal que fue trasladado a la región amazónica para enfrentar la guerra con el Perú - 8 de junio de 1937 333

SALARIO MÍNIMO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LOS DEPARTAMENTOS
La fijación de las escalas de remuneración de los empleos departamentales es competencia de las asambleas departamentales - 26 de abril de 1944 335

SALARIO Y PRESTACIONES SOCIALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE PRESTAN SUS SERVICIOS EN EL EXTERIOR
Se pagan en moneda extranjera mientras permanezcan prestando el servicio en el exterior - 4 de julio de 1959 337

REMUNERACIÓN EN ENCARGO
La administración no puede beneficiarse de los servicios de un funcionario que ha nombrado a título de encargo, y se niegue a remunerarlo de acuerdo a la labor desempeñada - 21 de noviembre de 1989 339

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL
Reliquidación salarial y prestacional con los incrementos salariales anuales para empleado que no opta por el nuevo régimen establecido en el Decreto 57 de 1993 - 30 de enero de 2003 341

INCREMENTO SALARIAL ADICIONAL DE LOS SERVIDORES ANTIGUOS DE LA RAMA JUDICIAL

Es incoherente que el valor de la remuneración de quienes no optaron por el nuevo régimen salarial se incremente cada año dos veces con el mismo porcentaje - 3 de marzo de 2005 344

REAJUSTE SALARIAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS

Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20 por ciento. Salario mensual equivalente a un salario mínimo aumentado en un 60 por ciento en vigencia de la Ley 131 de 1985. Sentencia de unificación - 25 de agosto de 2016 347

NULIDAD DEL DECRETO QUE AUMENTÓ EL SALARIO MÍNIMO PARA EL AÑO 2016

Al configurarse la falta de motivación, falencia de carácter sustancial que compromete la legalidad del acto demandado - 30 de marzo de 2017 350

II. PRESTACIONES SOCIALES

AUXILIO DE CESANTÍA

Sólo puede ser reconocido en favor de los empleados que sean retirados del servicio, no de aquellos que renuncian al cargo - 5 de septiembre de 1944 359

PAGO PARCIAL DEL AUXILIO DE CESANTÍA

La Ley 6ª de 1945 no estipuló que el pago parcial de cesantía debe cubrir la totalidad del valor la vivienda que desea adquirir el trabajador - 5 de noviembre de 1962 361

AUXILIO DE CESANTÍA ADICIONAL POR TIEMPO DE SERVICIO MAYOR A 20 AÑOS

Reconocimiento con el descuento de aportes - 12 de marzo de 1963 363

PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA

Jurisdicción competente. Proceso Ejecutivo. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Procedencia - 16 de julio de dos 2015 365

AUXILIO DE CESANTÍAS ANUALIZADAS Y DEFINITIVAS Y SANCIÓN MORATORIA

Conteo del término. Prescripción. Límite temporal de reconocimiento en cesantías anualizadas. Salario base de liquidación. Sentencia de Unificación - 25 de agosto de 2016 373

BONIFICACIÓN ESPECIAL O QUINQUENIO EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Debe computarse en su totalidad si se devenga en el último semestre para efectos de pensión de jubilación - 11 de marzo de 2010 386

BONIFICACIÓN ESPECIAL O QUINQUENIO EN LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Debe ser incluido el último quinquenio causado y pagado dentro de los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, dividido en sextas partes - 14 de septiembre de 2011	389
INCIDENCIA DE LA BONIFICACIÓN ESPECIAL EN EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Debe incluirse el valor equivalente a un mes de remuneración fraccionado en una doceava parte. Sentencia de unificación - 7 de diciembre de 2016	392
BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES Para su liquidación debe incluirse el auxilio de cesantía. Derecho a la igualdad - 18 de mayo de 2016 -	395
PRESTACIONES SOCIALES DE DETECTIVE Se asimilan al personal uniformado de la Policía Nacional para efectos de prestaciones sociales - 6 de abril de 1965	399
PRIMA DE ACTIVIDAD Los militares recluidos en los lazaretos tienen derecho a recibir la prima de actividad, porque la asignación que reciben mientras subsista su enfermedad no es una prestación social, sino un sueldo. 29 de mayo de 1961	401
PRIMA DE RETIRO POR JUBILACIÓN Por tener carácter salarial es factor de liquidación pensional - 30 de marzo de 1976	403
PRIMA DE ACTUALIZACIÓN Es factor de liquidación en las asignaciones de retiro y pensiones de personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Prescripción. Sentencia de unificación - 6 de septiembre de 2001	405
PRIMA ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Inclusión en la base liquidación de las prestaciones sociales - 4 de agosto de 2010	408
PRIMA DE RIESGO COMO FACTOR PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Carácter salarial - 1º de agosto de 2013	410
PRIMA DE SERVICIO DOCENTE La Ley 91 de 1989 no crea ni reconoce la prima de servicios a los docentes oficiales, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional - 14 de abril de 2016	413

**PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA
ALTAMENTE CALIFICADA DE LOS EMPLEADOS CON INCORPORACIÓN
AUTOMÁTICA A CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN**

Beneficiarios solo los empleados de carrera. No reconocimiento a servidores públicos con incorporación automática realizada con base en el Decreto 2117 de 1992 por inconstitucionalidad. Sentencia de unificación - 19 de mayo de 2016 416

**SUBSIDIO FAMILIAR DE OFICIAL O SUBOFICIAL PENSIONADO
POR INVALIDEZ**

El reconocimiento corresponde al porcentaje que se aplica a los oficiales o suboficiales en actividad - 6 de mayo de 1968 419

VIÁTICOS

No son factor de liquidación pensional. Sentencia de unificación 14 de agosto de 2003 - 422

Son factor de liquidación pensional si se han percibido por más de 180 días - 24 de junio de 2015 426

RETIRO DEL SERVICIO

I. ABANDONO DEL CARGO

ABANDONO DEL CARGO

No procede su declaratoria por existir justa causa por calamidad doméstica que obliga a conceder licencia remunerada - 22 de octubre de 1941 433

Para su declaratoria no es necesario un proceso disciplinario previo. Sentencia de unificación - 22 de septiembre de 2005 436

II. CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA

RETIRO DEL SERVICIO POR CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA

La evaluación del jefe inmediato y las actas de la Comisión de la Carrera Diplomática y Consular no pueden tener el carácter de reservado. Debido proceso. Derecho de defensa - 10 de diciembre de 1998 438

III. DESTITUCIÓN

**DESTITUCIÓN DE EMPLEADO DE CARRERA QUE PERTENECE
A LA DIRECTIVA DE UN SINDICATO**

Por falta moral en el ejercicio de funciones sindicales - 25 de abril de 1951 442

DESTITUCIÓN DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN
Por acreditarse una conducta poco diligente y cuidadosa que originó investigación penal - 6 de diciembre de 1961 444

IV. INSUBSISTENCIA

REMOCIÓN DEL CARGO POR DECLARAR EN INTERINIDAD A MAESTRA QUE DESEMPEÑA EL CARGO EN PROPIEDAD
Equivale al retiro del cargo cuando que no obedece a las causales de ley - 29 de octubre de 1918 446

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE CARRERA NOMBRADO EN UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN
El empleado removido conserva los derechos de carrera siempre que pertenezca a la misma entidad - 18 de abril de 1945 448

INSUBSISTENCIA POR PARTICIPACIÓN EN HUELGA EN SERVICIO PÚBLICO
Procedencia - 17 de octubre de 1949 450

INSUBSISTENCIA DE DOCENTE PENSIONADO LLAMADO NUEVAMENTE AL SERVICIO
Procedencia - 6 de octubre de 1961 452

ACTO DE INSUBSISTENCIA MOTIVADO EN SANCIÓN DISCIPLINARIA
La pretermisión de adelantar el respectivo proceso disciplinario vulnera las garantías mínimas del empleado público - 16 de enero de 1984 454

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO POR FALTA DE IDONEIDAD EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO
No da lugar a responsabilidad disciplinaria sólo al retiro del servicio - 29 de enero de 1990 459

ACTO DE INSUBSISTENCIA
No se torna ilegal por expedición por el funcionario delegante, pues en cualquier momento puede asumir la competencia - 4 de abril de 1990 461

INSUBSISTENCIA POR INCONVENIENCIA DE EMPLEADO DEL RÉGIMEN ORDINARIO DE CARRERA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD
Improcedencia - 25 de noviembre de 1999 464

ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD
No debe ser motivado. Sentencia de unificación - 13 de marzo de 2003 466

INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIA DE LA RAMA JUDICIAL POR INHABILIDAD SOBREVINIENTE POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD
No es procedente decretar de plano la insubsistencia, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad - 21 de mayo de 2009 471

INSUBSISTENCIA POR SUPRESIÓN DE CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD CON LIMITACIÓN FÍSICA

Vulneración de los derechos consagrados en el retén social - 19 de agosto de 2010 474

ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD EN VIGENCIA DE LA LEY 909 DE 2004

Debe ser motivado - 13 de septiembre de 2010 477

V. POR DERECHO A PENSIÓN

RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO DE CARRERA POR DERECHO A LA PENSIÓN

Facultad administrativa - 11 de octubre de 1944 481

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN O INVALIDEZ

Presidente excedió la potestad reglamentaria al establecer que dicha causal de retiro solo se puede aplicar cuando se reconozca pensión plena de jubilación - 13 de diciembre de 1967 483

RETIRO DEL SERVICIO POR DERECHO A PENSIÓN DE JUBILACIÓN

No aplicación a los beneficiarios del régimen de transición. Principio de irretroactividad - 5 de junio de 2014 486

VI. RENUNCIA

RENUNCIA A CARGO DE CARRERA

El retiro de la renuncia no vincula a la administración y queda en libertad de remover al empleado - 10 de mayo de 1944 488

RENUNCIA

Aceptación sin haber sido presentada - 8 de octubre de 1951 490

LA RENUNCIA ES UN ACTO LIBRE Y ESPONTÁNEO POR EXCELENCIA

Si no se cumplen estas condiciones o aquella carece de tales elementos está por lo tanto viciada y no produce ningún efecto - 12 de julio de 1973 493

VII. RETIRO DEL SERVICIO DE LA FUERZA PÚBLICA

RETIRO ABSOLUTO DEL SERVICIO DE MILITAR

Sólo puede ser decretada por autoridad judicial por delitos comunes o militares. Reintegro al servicio requiere del concurso del Senado - 23 de agosto de 1929 497

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MILITAR	
Contencioso de nulidad. Se contrae a anular el acto ilegal, no a ordenar el pago de salarios - 20 de febrero de 1931	499
RETIRO DEL SERVICIO POR INVALIDEZ RELATIVA	
No existe norma legal que consagre el derecho a reclamar sueldo de retiro de los Suboficiales de la Armada Nacional después de 10 años de servicio con incapacidad relativa - 3 de diciembre de 1962	501
RETIRO DEL SERVICIO POR FACULTAD DISCRECIONAL EN LA POLICÍA NACIONAL	
El poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, por lo cual se deben justificar los motivos para su expedición - 8 de mayo de 2003	503
RETIRO DEL SERVICIO POR FACULTAD DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES	
La facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio - 3 de noviembre de 2011	507
RETIRO DEL SERVICIO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS EN LAS FUERZAS MILITARES	
Proporcionalidad. Desviación de poder - 17 de noviembre de 2011	510
VIII. SUSPENSIÓN DEL CARGO	
SUSPENSIÓN DEL CARGO POR DENUNCIA PENAL	
Autoriza a la administración a suplir la vacante con un empleado interino y la ausencia de responsabilidad del funcionario investigado justifica la declaración de insubsistencia del empleado en interinidad - 15 de junio de 1939	514
PAGO DE SALARIO Y PRESTACIONES POR SUSPENSIÓN DEL CARGO POR ORDEN JUDICIAL	
Acción pertinente - 30 de mayo de 2002	516
IX. SUPRESIÓN DEL CARGO	
SUPRESIÓN DEL CARGO DE MAESTRO AMBULANTE POR EL GOBIERNO NACIONAL	
No es competencia del Concejo Municipal el restablecimiento cargo - 7 de junio de 1939	518
ESTUDIO TÉCNICO EN SUPRESIÓN DE CARGOS	
Debe terminarse en su totalidad antes de ser expedido el acto de supresión de la entidad - 13 de diciembre de 2007	520

EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO DE SUPRESIÓN DE CARGOS	
Inexistencia de estudio técnico - 11 de marzo de 2010	522
SUPRESIÓN DE CARGO DE EMPLEADA EMBARAZADA	
Constituye una causal objetiva de desvinculación laboral, sin que ello signifique una vulneración a la estabilidad reforzada que le confiere la circunstancia especial en la que se encuentra - 26 de mayo de 2011	527
SUPRESIÓN DE CARGO DE PREPENSIONADO	
Desconocimiento de la estabilidad laboral reforzada o retén social - 15 de septiembre de 2011	530

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

LICENCIA PARA SEPARARSE PROVISIONALMENTE DEL EJERCICIO DE FUNCIONES	
Competencia excepcional de la primera autoridad política del lugar. Aprobación por el Ministerio. Nombramiento de interino - 8 de marzo de 1933	535
VACACIONES	
Disfrute anual. Prohibición de fraccionar o acumular - 3 de mayo de 1934	537
COMISIÓN DE ESTUDIOS EN EL EXTERIOR	
No da lugar a la renuncia de los sueldos o haberes de los militares ya son obligaciones de orden público y están protegidos por la Constitución y en ningún caso pueden derogarse por convenios particulares - 15 de febrero de 1971	539
PRÓRROGA DE LA LICENCIA NO REMUNERADA	
La administración debe resolver oportunamente las peticiones de prórroga, pues no puede usar su demora en contra del empleado para declarar el abandono del cargo - 14 de junio de 1983	542
COMISIÓN DE ESTUDIOS	
No otorga la estabilidad que confiere la carrera administrativa, se puede declarar insubsistente al servidor público, extinguiendo la obligación de servicio derivada de la comisión - 15 de marzo de 1989	544
PRÓRROGA DE LA LICENCIA NO REMUNERADA	
Es necesario que exista justa causa, de no ser así la entidad nominadora está facultada legalmente para decidir sobre la oportunidad de concederla, so pena de declarar abandono del cargo - 18 de noviembre de 1983	546

TRASLADO

TRASLADO DE UN EMPLEADO DE CARRERA A UN CARGO DE INFERIOR CATEGORÍA Y SUELDO	
Debe considerarse una sanción disciplinaria. Derecho de defensa - 7 de abril de 1945	551

TRASLADO Y PERMUTA DE DOCENTE

No puede desmejorar la categoría y sueldo. Traslado recíproco y simultáneo. La nulidad de uno de ellos genera la nulidad de la permuta - 20 de agosto de 1953 553

TRASLADO DE DOCENTE ESCALAFONADO

Estabilidad laboral no inhibe a la administración para trasladar a los docentes de un colegio a otro o de un municipio a otro, siempre que los educadores conserven el mismo salario e impartan la misma cátedra - 21 de septiembre de 1955 555

TRABAJO SUPLEMENTARIO

HORAS EXTRAS Y JORNADA NOCTURNA EN EL CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

No reconocimiento por prohibición legal expresa - 25 de enero de 1963 559

HORAS EXTRAS Y TRABAJO EN FERIADOS Y FESTIVOS EN EL CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

No tienen derecho al pago de horas extras pero sí deben ser pagados por el Distrito Especial los días feriados y festivos que comprueben haber trabajado - 17 de marzo de 1969 561

HORAS EXTRAS EN EL CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

Reconocimiento acorde a lo establecido en Decreto 1042 de 1978 para los empleados públicos territoriales - 12 de febrero de 2015 563

OTROS ASUNTOS LABORALES

NOMBRAMIENTO DE MIEMBRO EN JUNTA NACIONAL DE EMPRÉSTITOS

Falta de comunicación del acto de nombramiento no lo torna inexistente o inválido, ni faculta a la administración para designar a una persona en interinidad - 14 de agosto de 1924 567

PROVISIÓN DE VACANTES EN EL EJÉRCITO NACIONAL

Facultad discrecional del Gobierno dentro del marco de la ley. Preferencia por los oficiales en servicio activo no desconoce las expectativas legítimas de los oficiales retirados de reincorporarse a filas - 23 de octubre de 1939 569

HOJA DE SERVICIOS MILITARES

Debe tenerse en cuenta tiempo de servicio prestado por oficial en retiro en desarrollo de actividades administrativas en el Ejército - 27 de febrero de 1941 571

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOGOTÁ	
Al ser una entidad de derecho público los trabajadores vinculados a ella por nombramiento o por contrato son empleados públicos u oficiales - 13 de diciembre de 1967	573
EMPLEADOS DE LA JUSTICIA CASTRENSE PERTENECEN A LA RAMA JURISDICCIONAL	
El tratamiento que el personal de la Justicia Castrense ha venido recibiendo en la legislación, lo equipara al de la Administración de Justicia, incluyéndolo dentro de la Rama Jurisdiccional - 5 de junio de 1972	576
EMPLEADOS DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES	
Naturaleza jurídica - 26 de marzo de 1973	579
SUSTITUCIÓN PATRONAL NO CAMBIA LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Por protección a los derechos adquiridos de los trabajadores - 14 de septiembre de 1974	581
ACTUALIZACIÓN O INDEXACIÓN EN LAS CONDENAS	
El demérito monetario es un fenómeno económico, fácilmente perceptible y por lo tanto su efecto no necesita solicitud expresa en la demanda ni la prueba de su impacto - 31 de julio de 1995	583
REVOCATORIA DIRECTA SIN CONSENTIMIENTO DEL PARTICULAR AFECTADO	
Acto administrativo ilícito - 16 de julio de 2002	586
NON REFORMATIO IN PEJUS	
Implica que el juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del apelante único - 27 de octubre de 2005	588
ACOSO LABORAL	
Agresión verbal y psicológica a funcionarios - 4 de julio de 2013	590
COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS	
La ejecución debe tramitarla el juez que conoció el proceso en primera instancia, así este no haya proferido la sentencia de condena - 25 de julio de 2016	592
FUNCIONES DE EMPLEADO DE PERSONERÍA MUNICIPAL Y EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	
Competencia del Concejo Municipal y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo - 16 de febrero de 2017	595



PRESENTACIÓN GENERAL

El Consejo de Estado cumple funciones especializadas de consulta y de control judicial sobre las actuaciones públicas. Guiado por los valores y principios de la justicia, la ética, la seguridad jurídica y la paz, ha contribuido a impulsar y transformar el Derecho Administrativo del país, de acuerdo con las corrientes de pensamiento que promueven la democracia y el mantenimiento del Estado de derecho, a mejorar la efectividad de los derechos de las personas y a preservar el orden jurídico y el buen funcionamiento de la Administración Pública.

El Consejo de Estado de la República de Colombia conmemoró su bicentenario en el año 2017. La Corporación, como parte de la celebración de este momento histórico, ofrece a la comunidad esta publicación que da testimonio de su labor desde su fundación en 1817.

El título de la presente obra, “Antología”, quiere expresar que se ha seleccionado una colección de piezas dignas de ser destacadas por su aporte al entendimiento y desarrollo de las principales figuras e instituciones del Derecho Administrativo nacional. Así, el presente trabajo identifica y recoge la jurisprudencia y los conceptos más relevantes que el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, ha proferido a lo largo de su existencia.

La obra se encuentra conformada por seis (6) tomos, uno por cada Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, más el correspondiente a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En lo que respecta a su contenido, el Tomo número I recopila las decisiones judiciales más importantes de la Sección Primera, que conoce de aquellos asuntos de carácter administrativo para los que no existe regla especial de competencia o que no son de conocimiento de otras Secciones. Aborda temas tales como el acto administrativo y su control judicial, la potestad sancionatoria administrativa, las facultades

extraordinarias, los servicios públicos, el poder de policía, las circulares de servicio o administrativas, la expropiación, la creación de municipios, el conflicto armado interno, las corporaciones públicas, los auxilios y donaciones, los bienes de interés general, los ciudadanos extranjeros, las comunidades indígenas, el medio ambiente, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la libre competencia económica, los mecanismos de control natal y el derecho a la salud sexual y reproductiva, los actos de registro y los títulos de idoneidad.

El Tomo número II de la obra está dedicado a la jurisprudencia de la Sección Segunda, cuya actividad jurisdiccional se circunscribe al conocimiento y resolución de controversias de naturaleza laboral y de seguridad social. Se destacan, por tanto, decisiones relativas a la carrera administrativa, los empleados del Congreso, la Rama Judicial y la fuerza pública, el escalafón docente, el salario, la jornada de trabajo, el contrato realidad, las situaciones administrativas, el retiro del servicio, el régimen disciplinario y las pensiones de invalidez y jubilación.

El Tomo número III de la colección recopila la jurisprudencia de la Sección Tercera, que tiene entre sus funciones dirimir las controversias relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado, la contratación estatal y la anulación de laudos arbitrales. Está integrado por 2 volúmenes.

En el primer volumen se encuentran sentencias referentes a los principios de la contratación estatal, el régimen normativo aplicable al contrato estatal, los tipos de contratos estatales, los estudios previos, el pliego de condiciones, el proceso de selección, el perfeccionamiento, ejecución, terminación, nulidad, cesión y liquidación del contrato, las garantías, los poderes exorbitantes, las cláusulas excepcionales, el equilibrio económico y la responsabilidad en la etapa precontractual y contractual. Asimismo, en materia procesal se reúnen sentencias sobre la competencia del Consejo de Estado, el medio de control de las controversias contractuales, el enriquecimiento sin causa, la acción popular y la acción de repetición.

El segundo volumen está dedicado a la responsabilidad extracontractual. Contiene sentencias en relación con los diferentes regímenes y supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado, tales como la falla en el servicio, el daño especial, el riesgo excepcional y el daño antijurídico, así como

respecto de las causales de exoneración de responsabilidad, la acción de reparación directa y la incidencia de la condena penal o disciplinaria en este régimen. Igualmente, abarca sentencias en materia de supuestos específicos de responsabilidad, entre otros, por actos terroristas, la actividad médica y hospitalaria, las actividades peligrosas, el funcionamiento de los establecimientos educativos, el servicio notarial y de registro, la administración de justicia, el medio ambiente y los eventos públicos.

El Tomo número IV presenta la jurisprudencia más relevante de la Sección Cuarta, a la que corresponde resolver asuntos de índole tributaria y aduanera. Por consiguiente, las decisiones aquí compiladas versan sobre los impuestos de renta, a las ventas, al patrimonio, industria y comercio, timbre, predial, consumo, alumbrado público, registro y vehículos. Adicionalmente, hacen parte de este tomo decisiones sobre la retención en la fuente, el gravamen a los movimientos financieros, las contribuciones especiales, el procedimiento tributario nacional y territorial, el cobro coactivo, el comercio exterior, la contribución de valorización, la participación en plusvalía y las estampillas.

El Tomo número V reúne la jurisprudencia de la Sección Quinta, que tiene a su cargo definir las controversias en materia electoral. Dentro de esta lógica, se seleccionaron decisiones judiciales referidas a aspectos procesales y sustantivos tales como la demanda y el proceso electoral, las causales de anulación, los efectos de la sentencia de nulidad, los medios de control, las autoridades, circunscripciones y garantías electorales, la trashumancia y residencia electoral, la doble militancia, el derecho al voto y los partidos políticos.

Finalmente, el Tomo número VI está integrado por los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil. Esta Sala absuelve las consultas generales y particulares que le formulan los Ministros y Directores de los Departamentos Administrativos. En este último tomo se abordan temáticas relacionadas con los principios constitucionales, los derechos fundamentales, la protección de las minorías étnicas, la nacionalidad, el conflicto armado, el medio ambiente, la organización y estructura del Estado, los servicios públicos, las inhabilidades e incompatibilidades, los conflictos de interés e impedimentos, la moción de censura, la función pública, el régimen prestacional y de seguridad social, los bienes del Estado,

la contratación estatal, el control fiscal y los regímenes presupuestales especiales.

Como se advierte, la obra revela las decisiones y dictámenes más significativos que ha proferido el Consejo de Estado desde su creación, que no son más que una muestra de dos siglos de arduo y concienzudo trabajo de la Corporación, para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos y defender el orden jurídico. Asimismo, constituyen un valioso legado dejado al país por todos y cada uno de los magistrados que nos precedieron, y son testimonio de su compromiso y esfuerzo en procura del robustecimiento de la institución. Deseamos entonces que la presente antología de jurisprudencias y conceptos, se traduzca en un aporte para las autoridades públicas, la comunidad jurídica y los ciudadanos.

De otra parte, es justo hacer expresa nuestra profunda gratitud a los Consejeros de Estado de las diferentes salas y secciones, miembros del Comité Editorial y coordinadores de cada uno de los tomos temáticos de esta obra, a los servidores de las Relatorías del Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Judicatura y su Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), y a todas y cada una de las personas y funcionarios que apoyaron y participaron en la elaboración de esta obra con gran entusiasmo, dedicación, generosidad, profesionalismo y sentido de pertenencia a la institución.

Sea esta la oportunidad, dentro del marco de la conmemoración del bicentenario, de reafirmar el inquebrantable compromiso del Consejo de Estado, guiado por los principios de eficiencia, transparencia y buen gobierno, de continuar trabajando para satisfacer las demandas democráticas de pronta y cumplida justicia, y elevar los niveles de confianza de los colombianos en el poder judicial.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente del Consejo de Estado 2017

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente del Consejo de Estado 2018

PRÓLOGO

200 AÑOS DEL CONSEJO DE ESTADO: Construcción de institucionalidad con visión hacia el futuro

En el año 2017 celebramos el bicentenario de la creación del Consejo de Estado. Por esto, la Corporación ha puesto todo su esfuerzo en la elaboración de la presente publicación, con el fin de divulgar el trabajo jurisprudencial y consultivo en sus doscientos años de existencia, en las diversas materias que se le han confiado.

El propósito de esta obra, es proporcionar elementos de conocimiento y de juicio que faciliten la comprensión de los derechos que le son reconocidos a las personas por la Constitución y la ley, cuya protección frente a las actuaciones de la Administración se le ha encomendado a esta Corporación, en su rol de garante del principio de legalidad y en ejercicio de su función de fiscalización y control judicial de la actividad estatal.

Para determinar el alcance y significado de esta obra, es menester realizar una reflexión histórica que transporte al lector a las dificultades que tuvo en su origen y a las diferentes épocas que ha vivido la institución, de manera que pueda tener un panorama de su labor en el contexto político, social, económico y jurídico del momento en que expidió determinada sentencia o concepto de esta colección, y permita, a partir de su evolución, conjeturar sobre sus retos presentes y futuros.

I. Origen del Consejo de Estado y sus vicisitudes durante el siglo XIX

Se suele afirmar que bajo la teoría de la “separación de poderes”, uno de los logros de la Revolución Francesa es la creación del sistema de control administrativo por una jurisdicción especializada y del Consejo de Estado francés el 13 de diciembre de 1799 (Constitución del año VIII, artículo 52). Fue Napoleón Bonaparte, como “Primer Cónsul”, quien lo instaló el 25 de diciembre de ese mismo año, lo cual representa uno de los antecedentes más importantes para el establecimiento del Consejo de Estado en Colombia.

Para la mayoría de quienes han estudiado la historia del Consejo de Estado, su origen más remoto se halla en el “Consejo Provisional de Estado”, instaurado por el Libertador Simón Bolívar mediante Decreto de fecha 30 de octubre de 1817, dictado en el Cuartel General de Angostura, en los siguientes términos:

“SIMÓN BOLÍVAR,

Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus Ejércitos y de los de la Nueva Granada...

Considerando que es imposible establecer por ahora un buen Gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal, a cuyo objeto se dirigen todos mis esfuerzos y los votos más ardientes de mi corazón, mientras no se halle libre y tranquila la mayor parte del territorio de la República, especialmente la capital, y deseando que las providencias importantes, las leyes y reglamentos e instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública, he venido en decretar y decreto lo siguiente:

Art. 1º. Tendrá el Jefe Supremo de la República un Consejo Provisional de Estado que residirá por ahora en la capital de la Provincia de Guayana, y será compuesto del Almirante, del Jefe de Estado Mayor General, del Intendente General, del Comisario General del Ejército, del Presidente y Ministros de la Alta Corte de Justicia, del Presidente y Ministros del Tribunal de Secuestros, de los secretarios del Despacho y de los empleados siguientes de esta provincia, mientras resida en su capital, a saber: el Gobernador Comandante General, los Generales y Coroneles que estén en actual servicio en esta ciudad, el Intendente, los ministros, Contador y Tesorero y el Gobernador Político.

Art. 2º El Consejo se dividirá en tres secciones: 1ª Estado y Hacienda; 2ª Marina y Guerra; 3ª Interior y Justicia. (...).”

Como si las consideraciones del citado decreto no fueran ya suficientemente explícitas, resulta bastante elocuente sobre la intención que animaba al Libertador para establecer la institución, el discurso que pronunció durante el acto de instalación del Consejo de Estado en la ciudad de Angostura, el 10 de noviembre de 1817, en cuyos apartes se lee:

“La creación del Consejo de Estado, va a llenar las augustas funciones del poder legislativo no en toda la latitud que corresponde a la soberanía de este cuerpo, porque sería incompatible con la extensión y vigor que ha recibido el poder ejecutivo, no sólo para libertar el territorio y pacificarlo, sino para crear el cuerpo entero de la República. (...).

Señores del Consejo de Estado:

La instalación de un cuerpo tan respetable y digno de confianza del pueblo es una época fausta para la nación. El Gobierno que, en medio de tantas catástrofes y aislado entre tantos escollos, no contaba antes con ningún apoyo, tendrá ahora por guía una congregación de ilustres militares, magistrados, jueces, y administradores, y se hallará en lo futuro protegido, no solo de una fuerza efectiva, sino sostenido de la primera de todas las fuerzas, que es la opinión pública. La consideración popular, que sabrá inspirar el Consejo de Estado, será el más firme escudo del Gobierno.”.

El contexto histórico en el que se expidió este decreto venía precedido del ejercicio centralizado del mando por Bolívar como Jefe Supremo del Gobierno, de manera que avizorando ese poder inmenso y absoluto, constituyó el Consejo de Estado para limitarlo y para sentar, en plena guerra de independencia, las bases que dieran luego paso a la República y a un gobierno representativo y democrático.

Al estudiar en su integridad el Decreto del 30 de octubre de 1817, así como otros documentos histórico-jurídicos que antecedieron y siguieron a la expedición del citado decreto, se puede concluir que el Consejo de Estado creado por Simón Bolívar era, ante todo, un órgano de consulta, apoyo y asesoría del “Jefe Supremo” de la naciente República, en materias políticas, militares y jurídicas, razón por la cual estaba conformado por un amplio grupo de funcionarios civiles y militares. Además, carecía de una estructura propia y permanente y de autonomía orgánica, en cuanto dependía directamente del Libertador y pertenecía, por tanto, al ejecutivo.

En relación con la naturaleza de sus funciones, podría decirse que se trataba de una mezcla de atribuciones consultivas, de coadministración y colegislativas, en cuanto debía preparar, discutir y elaborar leyes, decretos, instrucciones, decisiones y cualquier otra medida que considerara necesaria para el buen gobierno de la incipiente República. En el ejercicio de estas funciones, es importante destacar el pensamiento democrático de la Corporación desde sus inicios, como se evidencia en el hecho de que fue bajo

la orientación y la asesoría del Consejo de Estado que El Libertador Simón Bolívar, en la búsqueda de un gobierno de base popular y representativo, adelantó elecciones populares para la conformación del Congreso Constituyente instalado el 15 de febrero de 1819, cuya labor daría lugar a expedir la Constitución de 1821.

En todo caso, y a pesar de tener su origen en una situación precaria y angustiosa, en medio de la guerra de independencia y de las dificultades inherentes a dicha condición, el Consejo de Estado Provisional constituyó el origen remoto de la institución de la que celebramos este año su bicentenario, y al mismo tiempo, el inicio de la función consultiva que hoy ejerce la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En efecto, el origen de dicha función en el Estado colombiano parece coincidir con el nacimiento mismo de nuestra corporación y precedió, en casi 100 años, al nacimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la cual el Consejo de Estado es actualmente su máximo tribunal y órgano de cierre.

Para llegar a este momento, el Consejo de Estado tuvo que superar enormes dificultades, luchas y contradicciones, que incluyeron su supresión en varias oportunidades, así como múltiples modificaciones en su adscripción a las ramas del poder público, en su composición, en el origen de sus miembros y en sus funciones, tal como se mostrará en el breve recuento que se hace a continuación.

En primer lugar, se observa que ni en el Decreto Constitucional del Estado Libre de Casanare de 1818, ni en el proyecto de la Constitución de Angostura de 1819, ni en la Constitución venezolana de 1819, ni en la colombiana de 1821, aparece el Consejo de Estado.

En efecto, en el periodo posterior a la guerra que selló la independencia, en la Constitución Política de la República de Colombia, aprobada el 30 de agosto de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley Fundamental de la República de Colombia del 17 de diciembre de 1819, y por la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia del 18 de julio de 1821, no se previó la existencia de un Consejo de Estado, sino de un Consejo de Gobierno, compuesto por el Vicepresidente de la República, un ministro de la Alta Corte de Justicia y los secretarios de despacho (artículos 133, 134 y 135). A este órgano, sin embargo, se le asignaron funciones consultivas similares a las que habían sido otorgadas al “Consejo Provisional de Estado”.

Tiempo después, debido al fracaso de la Convención de Ocaña en expedir una nueva constitución o reformar la anterior, propósito para el cual

había sido convocada, Simón Bolívar, invocando su condición de Libertador y Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828 que, según lo ordenado por él, debía servir como ley constitucional del Estado hasta el año de 1830. Por medio de este decreto se restableció el Consejo de Estado, con ese nombre, al lado de un Consejo de Ministros. Este nuevo Consejo de Estado se encontraba conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los ministros secretarios de Estado y un consejero por cada uno de los departamentos de la República, y tenía como funciones las de preparar los decretos y reglamentos que debiera expedir el Jefe de Estado, presentar dictámenes al Presidente para diferentes fines (declaración de guerra, ratificación de tratados etc.), y postular las personas que tuvieran las calidades necesarias para ocupar ciertos cargos públicos, entre otras.

En resumen, en este órgano se condensaron las funciones asignadas en 1817 al Consejo Provisional del Estado, y en la Constitución de 1821, al Consejo de Gobierno.

Posteriormente, en la Constitución Política de la República de Colombia del 29 de abril de 1830 se avanzó en el diseño institucional del Consejo de Estado como órgano asesor del Gobierno nacional, y se delineó en forma más precisa la función consultiva que estaba llamado a cumplir. En efecto, allí se previó, dentro de la estructura de la Rama Ejecutiva (título VII), la existencia de un Consejo de Estado, *“para auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la Administración Pública...”*, el cual estaba compuesto por el Vicepresidente de la República, que lo presidía, los ministros secretarios del despacho, el Procurador General de la Nación y *“doce consejeros escogidos indistintamente de cualquier clase de ciudadanos”* (artículo 95). Entre sus funciones, se destacaban la de *“dar su dictamen para la sanción de las leyes y en todos los negocios graves y medidas generales de la administración pública...”*, así como la de *“preparar, discutir y formar los proyectos de ley que hayan de presentarse al Congreso en nombre del Jefe del Ejecutivo”* (artículo 97).

En los artículos 98 y 99 de esta Constitución se dispuso, respectivamente, que el Jefe del Ejecutivo no estaba obligado a seguir el dictamen del Consejo de Estado y que los Consejeros de Estado serían responsables ante el Senado por los dictámenes que dieran contra expresa disposición constitucional o legal.

En la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada, dada en Bogotá el 29 de febrero de 1832, se previó la existencia de un Consejo de Estado y de un Consejo de Gobierno, ambos dentro de la estructura de la rama ejecutiva. El Consejo de Estado estaba conformado por siete (7)

consejeros nombrados por el Congreso para períodos fijos de cuatro (4) años, con renovación parcial cada dos (2) años (artículos 121 y 123). Además, se previó que no podía nombrarse más de un consejero que tuviera origen en la misma provincia. Esta composición del Consejo de Estado y la forma de elección de sus magistrados, reflejaban la necesidad de dotar a dicha institución de mayor representatividad nacional y de mayor autonomía frente al Ejecutivo.

En cuanto a sus funciones, la Constitución de 1832 avanzó en perfilar la función consultiva, al establecer que, aparte de la preparación de los proyectos de ley, al Consejo de Estado le correspondía “*preparar, discutir y formar... los códigos de legislación que hayan de presentarse al congreso*”, así como “*Consultar, dar su dictamen, prestar o no su consentimiento en los casos que designa esta Constitución*”. Vale la pena mencionar, igualmente, que en esta Constitución se previó ya la reserva o confidencialidad de algunos de los dictámenes que diera el Consejo de Estado (artículo 124).

Años más tarde, en plena guerra civil “de los Supremos o de los Conventos”, aparecieron prevenciones políticas contra el Consejo de Estado, debido a su negativa a conceder algunas facultades extraordinarias que el Ejecutivo había solicitado para aumentar los cuerpos de la fuerza pública. Ello condujo a que en 1843, durante el gobierno del General Pedro Alcántara Herrán, se recomendará, como una reacción frente a esta situación, la eliminación del Consejo de Estado en la reforma constitucional que a la sazón se tramitaba.

Fue así como se expidió la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, el 20 de abril de 1843, que abolió el Consejo de Estado y este cerró sus sesiones el 30 de septiembre del mismo año, pero mantuvo el Consejo de Gobierno y le asignó a este algunas de las funciones consultivas que tenía el Consejo de Estado (artículos 117 y 118).

En las Constituciones de 1853¹, 1858² y 1863³, de corte centro federal y federalista, respectivamente, se omitió igualmente la institución del Consejo de Estado, seguramente por el debilitamiento del poder ejecutivo y el correlativo fortalecimiento del legislativo y la mayor autonomía de las entidades territoriales.

1 Constitución Política de la Nueva Granada.

2 Constitución Política para la Confederación Granadina.

3 Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia.

Finalmente, cuarenta y tres (43) años después de su abolición y casi tres décadas de federalismo, la Constitución Política de Colombia aprobada el 4 de agosto de 1886, que le devolvió a nuestro país su carácter de república unitaria, reconstituyó de manera clara y decidida el Consejo de Estado, al cual le dedicó todo un título (el Título XIII).

En cuanto a su composición y al origen de sus miembros, se dispuso que tendría siete (7) miembros: el Vicepresidente de la República y seis (6) “vocales” (artículo 136), nombrados así: Dos (2) por el Senado⁴, dos (2) por la Cámara de Representantes⁵ y dos (2) por el Presidente de la República⁶. De esta forma, se dotó a la institución de mayor autonomía y, al mismo tiempo, mayor representatividad frente a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. Además, retomó el período de cuatro (4) años para los Consejeros de Estado, con renovación parcial cada dos (2) años (artículo 138).

En cuanto a sus funciones, es importante destacar que por primera vez en la historia constitucional del país, se le otorgó el doble carácter de “Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración”, debiendo necesariamente ser oído en todos los casos que determinara la Constitución y la ley, y máximo tribunal de lo contencioso administrativo, aunque debe aclararse que esta última calidad fue condicionada en dicho momento a que el legislador decidiera crear esta jurisdicción especializada, en los siguientes términos:

“Artículo 141

Son atribuciones del Consejo de Estado

(...)

3ª Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación.

En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso administrativo con un Fiscal, que serán creados por la Ley.

(...)”

4 Artículo 98 numeral 2°.

5 Artículo 102 numeral 3°.

6 Artículo 120 numeral 5°.

El mismo artículo permitió expresamente al Consejo de Estado darse su propio reglamento, y previó que la ley podría señalarle funciones adicionales.

El artículo 139 *ibídem* estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado estuviera dividido en secciones, “*para el despacho de los negocios de su competencia*”, en la forma en que la ley o su propio reglamento lo establecieran.

Como se observa, estas normas representaron un avance fundamental en la institucionalización del Consejo de Estado y en el desarrollo de las funciones que hoy en día cumple, por las siguientes razones:

- 1) Se restableció el Consejo de Estado a nivel constitucional, como un organismo principal del Estado, sin adscribirlo expresamente a ninguna de las ramas del poder público, pero separado, en todo caso, del Gobierno nacional. Recuérdese que hasta ese momento, el Consejo de Estado había sido definido y regulado como un cuerpo perteneciente a la Rama Ejecutiva.
- 2) Se previó, por primera vez, la posible existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, a la cabeza de la cual estaría el Consejo de Estado. Con esto se empezó a vislumbrar la futura pertenencia del Consejo de Estado a la Rama Judicial, que sería definida más adelante por la ley.
- 3) Como se explicó en forma previa, se consagró a nivel constitucional el doble papel que vendría a jugar el Consejo de Estado más adelante, como cuerpo supremo consultivo del Gobierno y máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el ocaso del siglo XIX y en los albores del siglo XX, se expidieron algunas normas legales que pretendieron desarrollar la Constitución de 1886, en lo atinente a las funciones del Consejo de Estado.

Así, por ejemplo, la Ley 149 de 1888 (“Código Político y Municipal”) reguló el funcionamiento del Consejo de Estado y le atribuyó la competencia adicional para “*determinar el orden en que deban entrar a ejercer la Presidencia los Ministros, llegado el caso*”. Las Leyes 50 de 1894 y 18 de 1896 dispusieron sobre los suplentes de los Consejeros de Estado y la forma de llenar las vacantes que se presentaran. La Ley 163 de 1896 le asignó a la corporación la función de revisar las decisiones que en materia de contratación pública adoptara la “*comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones*”.

Como puede observarse, el siglo XIX terminó con augurios promisorios sobre el Consejo de Estado, pues no solo había sido restablecido

constitucionalmente, con mayor autonomía y con la posibilidad de ser la cabeza de una nueva jurisdicción, sin dejar de ser el “cuerpo supremo consultivo del Gobierno”, sino que la ley había empezado a desarrollar y a ampliar sus funciones básicas señaladas en la Constitución.

II. La creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la consolidación del Consejo de Estado durante el siglo XX

A comienzos del siglo XX, se expidió bajo la Presidencia del General Rafael Reyes la Ley 27 de 1904⁷, que le otorgó la competencia para resolver de manera definitiva “sobre la validez o nulidad de las ordenanzas acusadas por falta de competencia de las asambleas departamentales, o por ser violatorias de la Constitución o las leyes”. Debe resaltarse que esta atribución puede ser calificada como la primera que se le entregó efectivamente al Consejo de Estado en el campo judicial, aun antes de establecerse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De hecho, el artículo 4º de la misma Ley 27 de 1904 así lo consideró, cuando dispuso: “mientras se organiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo y se crea el empleo de fiscal de que habla la Constitución, el Consejo de Estado oirá el concepto del Procurador General de la Nación en los negocios cuyo conocimiento le atribuya la presente ley”.

No obstante, a pesar de lo dispuesto en la Constitución Política de 1886 y en las leyes que la empezaron a desarrollar, el siglo XX empezó con un hecho desafortunado para la institucionalidad del país, pues el mismo General Rafael Reyes, con el pretexto de reducir empleos y con ello, gastos, consideró innecesaria la existencia del Consejo de Estado. Algunos historiadores comentan que esta decisión se debió, en realidad, a la negativa del Consejo de Estado para autorizar algunos créditos fiscales requeridos por el Jefe de Estado para cubrir gastos de la guerra, aunque otros aseveran que se debió a la negativa de la Corporación de otorgar ciertas autorizaciones solicitadas por el ejecutivo en relación con la aplicación de la pena de muerte.

Esto hizo que Reyes convocara una “Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa”, la cual expidió el Acto Legislativo N.º 10 de 1905, mediante el cual se suprimió el Consejo de Estado y se derogó el Título XIII de la Constitución, por considerarlo un “engranaje inútil en la administración pública” y la necesidad de reducir el número de empleados para economizar recursos⁸,

⁷ “Sobre anulación de ordenanzas departamentales”.

⁸ El texto del Acto Legislativo No. 10 de 1905, era lacónicamente del siguiente tenor: “Suprímese el Consejo de Estado. La Ley determinará los empleados que deban cumplir los deberes o funciones señalados a esta Corporación. Queda derogado el Título XIII de la Constitución Nacional.” Comentan Pombo,

pese a que, más adelante, el mismo Gobierno se embarcó en un proceso de reforma de las instituciones públicas y al final de su mandato se gestará un proceso de reforma constitucional. Esto condujo a que, posteriormente, con las reformas constitucionales de 1910, se dispusiera la creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de forma obligatoria y no ya como una mera posibilidad, en la forma que lo establecía la Constitución de 1886, si bien en ese momento no se restableció el Consejo de Estado. En efecto, el artículo 42 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910, que formaba parte del Título V, sobre la Rama Judicial, preceptuó lo siguiente: “Artículo 42. La ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa”.

Este mandato se ejecutó mediante la Ley 130 de 1913⁹, considerado el primer código contencioso administrativo del país, cuyo objeto era “la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas”.

La Ley 130, puso en marcha el modelo de dualidad de jurisdicciones, esto es, una justicia ordinaria para el conocimiento y la resolución de los conflictos entre particulares y una justicia de lo contencioso-administrativo para el conocimiento de las controversias entre los particulares y el Estado (o entre entidades públicas). Para tal efecto, señaló que esta jurisdicción sería ejercida por “el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo” (artículo 2º), sin indicar en parte alguna que el “Tribunal Supremo” se denominara Consejo de Estado, o que correspondiera a la misma corporación que había sido suprimida en 1905, sobre la base de que solo por vía de la Constitución se podía revivir la Corporación.

Bajo la Ley 130 de 1913, el juez administrativo era un juez de legalidad, que circunscribía su actividad a verificar que las decisiones administrativas no violaran la ley. Su rol era afín con la ideología del Estado liberal clásico presente en la Constitución de 1886, caracterizada por una intervención mínima del Estado, dirigida a establecer un orden normativo que permitiera el libre desarrollo de las actividades privadas y de las relaciones sociales, a garantizar y proteger los derechos individuales y la libertades públicas, así como a vigilar el cumplimiento de dicho orden.

Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, en *Constituciones de Colombia*, Banco Popular, pp. 275-278.

9 Este proyecto se presentó bajo el mandato del Presidente Carlos E. Restrepo, quien había conformado una comisión de abogados auxiliares de los ministerios (creada en el art. 63 de la Ley 88 de 1910) por José González Valencia, Luis Rubio Saiz y Eduardo Rodríguez de Piñeres.

El Congreso de la República, mediante el Acto Reformatorio de la Constitución expedido el 10 de septiembre de 1914, restableció el Consejo de Estado como órgano constitucional¹⁰, en forma similar a como estaba regulado en la Constitución original de 1886. Sin embargo, efectuó algunos cambios:

- El artículo 1° dispuso que en lugar del Vicepresidente de la República (figura que había sido eliminada), el Consejo de Estado sería presidido por el “Designado para ejercer el Poder Ejecutivo” y que sus otros miembros (denominados “vocales”) serían designados en la forma que señalara la ley.
- En relación con sus funciones, mantuvo en esencia las que le fueron asignadas en 1886, pero, con base en lo dispuesto por el Acto Legislativo N.º 3 de 1910 y la Ley 130 de 1913, el artículo 6° de esta reforma determinó, sin timidez, que el Consejo de Estado desempeñaría “las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley”.
- Asimismo, consagró la obligación de oír al Consejo de Estado en los casos previstos en el artículo 28 de la Constitución (detención administrativa de personas contra las cuales hubiere graves indicios de que atentaran contra la paz pública) y 33 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910 (declaratoria de estado de sitio por guerra exterior o conmoción interior).

Posteriormente, en la Ley 85 de 1916, se le confió el conocimiento de la acción de nulidad electoral de los dignatarios elegidos popularmente al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo (artículo 189), a excepción de aquella en contra de la elección del Presidente de la República que se le asignó a la Corte Suprema de Justicia. Luego en la Ley 96 de 1920 se atribuyó el conocimiento pleno de todas estas acciones a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, competencia reiterada en las leyes 31 de 1929, 60 de 1930, 7 de 1932, en cuyo artículo 12 creó la Sala de Negocios Electorales “*para el conocimiento y decisión de los litigios electorales*”, integrada por cuatro magistrados, dos para cada partido, elegidos por el Consejo.

En ese mismo periodo se expidieron otras leyes que modificaron la composición, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Estado,

¹⁰ El proyecto fue presentado por José Vicente Concha en su calidad de Senador de la República, y quien luego sería Presidente de la República en el período de 1914-1918.

con base en estas disposiciones constitucionales, como las Leyes 34 de 1923¹¹, 70 de 1930¹², 64 de 1931¹³ y 167 de 1941¹⁴ (segundo código contencioso administrativo). Esta última ley reguló, en forma separada, las funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas del Consejo de Estado¹⁵. Así, por ejemplo, en relación con las primeras, el artículo 24 *ibídem* disponía:

“Artículo 24. Las funciones consultivas del Consejo de Estado se ejercen, a solicitud del Gobierno, en los casos de que tratan los artículos 24 y 117 de la Constitución Nacional.

Además, se oirá el dictamen del Consejo, a solicitud del Gobierno:

- 1. Para permitir, en receso del Senado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República;*
- 2. Para permitir la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la nación;*
- 3. Para dictar los decretos y resoluciones en materia electoral, a que se refiere el artículo 307 de la Ley 85 de 1916;*
- 4. Para abrir créditos al Presupuesto Nacional, conforme a lo previsto en el artículo 208 de la Constitución y en el 29 de la Ley 64 de 1931.*

El Consejo actuará como Supremo Cuerpo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y con tal carácter rendirá su dictamen en todos los demás casos no previstos aquí, cuando el Gobierno así lo solicite o la ley lo disponga.

Los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno, excepto en el caso del ordinal 49 de este artículo cuando el dictamen fuere adverso a la apertura del crédito”.

11 “Sobre formación y fuerza restrictiva del Presupuesto Nacional”.

12 “Por la cual se reorganiza el Consejo de Estado y se dictan unas disposiciones sobre juicios de nulidad ante lo contencioso administrativo”. Eliminó la existencia de las dos Salas de la corporación y entregó el conocimiento de todos los asuntos a la reunión en pleno.

13 “Orgánica del Presupuesto”.

14 “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”. La elaboración del proyecto fue encargado por el Consejo de Estado a uno de sus miembros, el Consejero Ramón Miranda, quien en efecto lo redactó. Posteriormente fue sometido al estudio y aprobación de la Corporación y, luego de esta remitido por Tulio Enrique Tascón, Presidente de la Corporación para la época, al Gobierno nacional. Finalmente, fue presentada el 27 de noviembre de 1939. Cfr. Anales del Senado, Bogotá, 28 de noviembre de 1939, p. 922.

15 En 1941, con el Decreto Legislativo 4120 de diciembre 29, se incrementó el número de Consejeros de Estado de siete a diez.

Y con respecto a las funciones “administrativas”, el artículo 32 preceptuaba:

“Artículo 32. Corresponden además al Consejo de Estado, como funciones administrativas, las siguientes:

- 1. La revisión de los contratos, licencias o permisos celebrados o concedidos por el Gobierno, en los casos señalados en las leyes, y*
- 2. Hacer el nombramiento de peritos evaluadores de bienes nacionales, cuando la ley así lo disponga”.*

Con la entrada en vigencia de la Ley 167 de 1941 el papel del juez administrativo sufrió importantes cambios, toda vez que se le confirió una mayor tutela de los derechos subjetivos de las personas, ya no solo de los denominados derechos individuales, sino también aquellos derechos sociales y económicos introducidos en la Constitución mediante la reforma constitucional del año de 1936. De esta manera, al ampliarse los medios de control y la gama de derechos a proteger y su resarcimiento, el juez contencioso administrativo ya no se limitaba únicamente a juzgar los actos administrativos promulgados bajo el concepto de autoridad, pues ahora podía pronunciarse también sobre la actividad material de la administración, ampliando así notablemente su órbita de competencia de control de la administración.

La reforma constitucional de 1945 (Acto Legislativo N.º 1 de ese año), introdujo algunas modificaciones importantes en la composición y el funcionamiento del Consejo de Estado, así:

- Se defirió a la ley la determinación del número de miembros de la corporación.
- Se dispuso que la elección de los magistrados del Consejo de Estado le correspondería al Congreso de la República, de ternas presentadas por el Presidente de la República, en las cuales debía incluir, al menos, a un Consejero en ejercicio.
- Se estatuyó que el Consejo de Estado debía estar dividido en salas o secciones, para separar sus funciones como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de aquellas otras que le correspondan en virtud de la Constitución y la ley.

- Se atribuyó a la misma corporación la facultad de escoger a su presidente.

Vale la pena comentar que el artículo 41 (nuevo) de este acto legislativo asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la competencia para “conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno”, con excepción de algunos que la misma norma señalaba. Así, al Consejo de Estado se le asignó también la tarea de juez de constitucionalidad de ciertos actos del Gobierno nacional.

Mediante el Decreto Legislativo 4120 de 1949, el Gobierno nacional dictó normas sobre la organización del Consejo de Estado, entre las cuales se destaca aquella que fijó en diez (10) el número de magistrados de esta corporación, distribuidos así: Tres (3) para la Sala de Negocios Generales y siete (7) para la Sala Contenciosa Administrativa.

La reforma constitucional de 1957, aprobada popularmente mediante el plebiscito que tuvo lugar el 1º de diciembre de ese año, implicó de nuevo cambios importantes en la organización del Consejo de Estado, que se pueden resumir así:

- Estableció la paridad política en la composición de esta corporación¹⁶, entre los partidos tradicionales (Liberal y Conservador), como ocurrió con otras importantes instituciones del Estado.
- Dispuso que los Consejeros de Estado podrían permanecer en sus cargos indefinidamente, mientras observaran buena conducta y no llegaran a la edad de retiro forzoso. De esta manera puso fin al período (de 4 años) que las normas anteriores habían fijado para los mismos magistrados.
- Señaló que las vacantes que se presentaran debían ser llenadas por la misma corporación, mediante el sistema de cooptación.

Mediante la Ley 19 de 1958¹⁷ se creó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que inicialmente en esa ley se denominó Sala de Servicio Civil, con el objeto principal de estudiar los proyectos de ley o de decreto que se sometieran a su consideración en materia de servicio civil

16 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 251 del 9 de octubre de 1957, que modificó el artículo 12 del texto indivisible (del plebiscito) incluido en el Decreto Legislativo 247 de 1957.

17 “Sobre reforma administrativa”.

(artículo 9º). Posteriormente, el Decreto Ley 1153 de 1959 estableció que la sala consultiva del Consejo de Estado estaría conformada por los mismos magistrados que integraban en ese momento la Sala de Negocios Generales.

El Decreto Ley 528 de 1964¹⁸, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 27 de 1963, determinó que el Consejo de Estado tendría diez y seis (16) magistrados y estaría dividido en dos salas generales, denominadas Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y Servicio Civil, como se denomina hoy en día (artículo 21), y dispuso que la primera estaría integrada por cuatro salas o secciones (artículo 22). Asimismo, el citado decreto estableció las funciones de cada una de las salas generales mencionadas. Vale la pena comentar que, entre las atribuciones a la Sala de Consulta y Servicio Civil, se encontraba la de *“decidir las cuestiones que se susciten entre la nación y uno o más departamentos o municipios, entre dos o más departamentos, o entre uno de estos y una intendencia o comisaría, o entre cualquiera de las entidades citadas y un establecimiento público, o entre dos o más establecimientos o empresas públicas, sobre competencia de facultades administrativas”* (artículo 31, numeral 5º), lo cual constituye un antecedente de la función de dirimir los conflictos de competencia administrativa que se presenten entre entidades públicas, función que más adelante se trasladó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación y que, finalmente, con la Ley 954 de 2005¹⁹, retornó a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Con la Ley 50 de 1967²⁰ se aumentó el número de Consejeros de Estado a veinte (20), se ratificó la integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil por cuatro (4) magistrados, designados por el Gobierno, de acuerdo con la regla de la paridad política, entre los Consejeros de Estado que hubiesen sido previamente elegidos, y se dispuso que tales magistrados no podrían tomar parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas al Consejo de Estado.

La reforma constitucional de 1968 no significó modificaciones importantes en las normas que regulaban el Consejo de Estado. Sin embargo,

18 *“Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones”.*

19 *“Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.*

20 *“Por la cual se determina el número de Consejeros de Estado y se dictan algunas normas sobre su funcionamiento”.*

en vigencia de esta reforma, se expidieron algunas leyes y decretos con fuerza de ley que asignaron nuevas funciones al Consejo de Estado. Así, por ejemplo, los estatutos de contratación pública contenidos en el Decreto Ley 150 de 1976 y luego en el Decreto Ley 222 de 1983, dispusieron la obligación de que la legalidad de ciertos contratos fuera revisada en forma previa por dicha Corporación. Asimismo el Código Electoral (Decreto Ley 2241 de 1986) le atribuyó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de certificar el cumplimiento de las calidades constitucionales requeridas para ser Presidente de la República, por parte de los candidatos a ocupar dicho cargo (artículo 91).

Por esta misma época se dictó el tercer Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto Ley 01 de 1984²¹, en el cual se establecieron y regularon detalladamente las funciones que competen al Consejo de Estado y a cada una de sus salas: la Sala Plena, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y Servicio Civil, se unió al Procedimiento Administrativo y a la parte contenciosa jurisdiccional, bajo pluralidad de acciones: nulidad, restablecimiento del derecho, reparación directa y contratos (modificado por el Decreto 2304 de 1989, las leyes 446 de 1998, 589 de 2000, 954 de 2005, 1107 de 2006 y la Ley 1395 de 2010).

Cabe mencionar que, aún bajo este nuevo código, se mantenía la distribución paritaria del Consejo de Estado, de acuerdo con las reglas fijadas desde el Plebiscito de 1957. Sin embargo, esta situación llegó a su fin con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2005), expedida ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, y con la sentencia C-636 de 1996²², en la cual

21 Su elaboración fue encargada a una Comisión Asesora del Gobierno creada por la Ley 58 de 1982, integrada por el Ministro de Justicia, quien la presidió (actuaron en su orden Bernardo Gaitán Mahecha y Rodrigo Lara Bonilla); Hugo Palacios Mejía, Gerente General del Banco de la República quien actuó como delegado del Ministro de Justicia; los Senadores Hugo Escobar Sierra y Jaime Castro; los Representantes a la Cámara, Benjamín Ardila Duarte y Alfonso Campo Soto (de las Comisiones Primeras Constitucionales); los Consejeros de Estado Humberto Mora Osejo, por la Sala de Consulta y Servicio Civil y Jorge Valencia Arango, por la Sala de lo Contencioso Administrativo; y, por los profesores de derecho administrativo y también Consejeros de Estado designados por la Academia Colombiana de Jurisprudencia Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez; y Jaime Vidal Perdomo, como Asesor del Ministro de Justicia. Luego se conformó un grupo auxiliar por Consuelo Sarria Olcos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Camilo Vargas Ayala, que contaron con la colaboración de Enrique Arboleda Perdomo. Finalmente, se encargó la redacción final a una subcomisión del Gobierno compuesta por el Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, la Secretaria Jurídica de la Presidencia Lilian Suárez Melo, Jaime Vidal Perdomo y Hugo Palacios Mejía.

22 Corte Constitucional, sentencia C-636 del 21 de noviembre de 1996, expediente D-1355.

la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, que ordenaba tener en cuenta las reglas de la paridad política en la integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La expedición del Decreto Ley 01 de 1984 implicó también una modificación en el papel del juez administrativo, pues se dio paso a un sistema de protección de derechos subjetivos e intereses legítimos, que tomó en consideración el control de todos los medios de expresión de la administración: actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos de la administración. De esta suerte, la visión del juez al momento de juzgar a la administración experimentó una importante transformación que se vería reflejada en el desarrollo jurisprudencial que tendría lugar con posterioridad.

De esta manera, el Consejo de Estado se consolidó como una institución de la Rama Judicial al servicio del país y de los ciudadanos, con aportes significativos para la juridicidad colombiana, tal y como se reseña a continuación.

III. El Consejo de Estado a la vanguardia en la protección de los derechos fundamentales desde sus comienzos

A la par con la evolución histórica y normativa relatada, el Consejo de Estado y, en general, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, elaboró una jurisprudencia cada vez más rica y comprensiva, en los campos del derecho administrativo, del derecho económico (tributario, comercio exterior, aduanas, financiero, etc.) y aun del derecho constitucional, con sentencias que marcaron hitos en el desarrollo de estas áreas del derecho en nuestro país.

Así, a partir de 1915, el Consejo de Estado comenzó, de manera un tanto residual, a conocer de los procesos en los que de acuerdo con la legislación vigente se reconocieran indemnizaciones por expropiaciones realizadas por el Estado colombiano, así como el reconocimiento de recompensas y pensiones que tuvieran como antecedente la Guerra de los Mil Días (1899-1903). Por otra parte, la Ley 38 de 1918 marcó el fundamento con base en el cual la jurisdicción administrativa conoció de las controversias que oponían a la administración y a los ciudadanos por motivo de expropiaciones y daños a la propiedad privada.

Por ejemplo, también ya desde 1915, la jurisdicción, con ocasión de una demanda en la que se pedía la nulidad de una ordenanza de la Asamblea de Cundinamarca, en sentencia del 18 de junio de ese año, en relación con la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, así como con el secreto profesional a que están obligadas ciertas personas en razón de su profesión u oficio, consideró inadmisibles que para el cobro de un impuesto se pudiera imponer la obligación de ratificar bajo juramento datos sobre utilidades obtenidas y de presentar libros, certificaciones y documentos. Concluyó que no es admisible que por la vía de la efectividad de un impuesto departamental se pueda registrar la vida privada y violar el secreto profesional de las personas.

Igualmente, en una acción en la que se pedía la nulidad de una ordenanza que prohibía a determinadas personas por el ejercicio de su actividad habitar en lugares cercanos a los templos y que, además, confería a la Policía un poder discrecional para lanzarlas sin mayor formalidad o trámite, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de julio de 1921, consideró que la actuación de las autoridades en las condiciones anotadas, atentaba contra sus derechos a la libertad e inviolabilidad del domicilio y declaró la nulidad de ese acto.

Mucho antes de la Constitución de 1991, de avanzada fueron las consideraciones de la jurisdicción en cuanto a la igualdad de género. Así, en sentencia del 5 de octubre de 1943, el Consejo de Estado señaló que pese a que las mujeres no tenían la ciudadanía podían ejercer cargos en la judicatura.

En otra dimensión de garantía de derechos, en sentencia del 21 de julio de 1966, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al conocer de una demanda de nulidad contra algunos artículos del Decreto 579 de 1965, por el cual se creaba la Comisión de Textos y Materiales Escolares y el Fondo Rotatorio Nacional del Texto Escolar Gratuito, que contemplaban sanciones a las instituciones educativas que adoptaran textos distintos a los previamente inscritos en la Comisión, declaró la nulidad de las disposiciones al considerar que atentaban contra la libertad de enseñanza.

Frente a la construcción de elementos tan importantes para la participación ciudadana como son los partidos políticos, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 5 de febrero de 1974, cuando ni siquiera la Constitución contemplaba un régimen de partidos, destacó la importancia de las agrupaciones políticas para la democracia y abogó por la necesidad de su existencia. Asimismo, en sentencia de 8 de junio de 1973, dijo que el sistema electoral democrático debía tener dos características: el

imperio o gobierno de las mayorías y el “exquisito respeto al derecho de las minorías”, anticipándose en la tutela de los derechos de estas, propio de las democracias actuales.

En sentencia del 1º de agosto de 1978, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, se resaltó el principio de legalidad, indicando que “desde la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”: *“la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Nadie podrá impedir lo que la ley no prohíba, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”*”.

También tempranamente la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación, en sentencia del 25 de mayo de 1978, defendió el derecho a la libertad de expresión, al estimar que el buen nombre de la administración no se deterioraba ante las opiniones que expresaran quejas por su manejo o dirección; afirmó que no se puede coartar la libertad de expresión de los gobernados, y sostuvo que la libertad de pensamiento y de palabra no podían silenciarse mediante actos o providencias represivas.

En sentencia de la Sección Tercera del 2 de febrero de 1988, en la cual se reiteró, incluso, otra de 1985, el Consejo de Estado insistió en que no puede la autoridad, bajo ningún pretexto, desobedecer la Constitución y la ley impunemente, y que es su deber acatarla, tanto en su mandato como en su formalismo. De allí que cuando ejerza irregularmente sus mandatos comprometerá con su conducta la responsabilidad del ente estatal. Arguyó que la sola razón de Estado no justifica, en principio, el desconocimiento de la legalidad ni de las garantías individuales.

Por otra parte, cuando aún ni siquiera la libertad de locomoción estaba expresamente consagrada en la Constitución de 1886, la Sección Primera de la Corporación, en sentencia del 14 de abril de 1982, hizo un importante aporte a su desarrollo, al estimar que la libertad de locomoción o circulación, también llamada “libertad de ir y venir”, es una de las fundamentales del individuo y consiste en la posibilidad de desplazamiento de una persona según su voluntad.

Aún más, desde la óptica reparatoria de los daños antijurídicos por la acción u omisión de las autoridades a las personas, ha velado por la garantía de los derechos a la vida e integridad de las personas y la igualdad de derechos, aspectos en los cuales ha hecho importantes aportes mucho antes de la Constitución de 1991, incluso superando las tesis tradicionales de responsabilidad subjetiva para dar paso a regímenes de avanzada.

Por ejemplo, en la célebre sentencia de 29 de julio de 1947, con ocasión de una demanda interpuesta por el diario *El Siglo*, cuya circulación se vio afectada por motivos de orden público, la Corporación señaló que si bien la actuación de la Administración de repeler y controlar el orden había sido lícita, había lugar a indemnizar al soportar el periódico una carga especial frente al resto de la comunidad, con lo cual privilegió además el derecho a la igualdad. O también es reconocida la sentencia del 27 de mayo de 1973 de la Sección Tercera, en la que, con ocasión de un operativo contra un peligroso delincuente (Efraín González), en cuya persecución la Fuerza Pública destruyó una casa de un tercero, determinó que, por razones de equidad y de justicia distributiva, quien ha sufrido un perjuicio causado por la administración debe ser indemnizado y, ciertamente, en el caso que allí estudió la demandante (señora Vitalia V. de Pinilla) no tenía *“por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.”*

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de abril de 1967, declaró la responsabilidad de la administración, con ocasión de hechos desafortunados en que incurrió para reprimir desórdenes públicos, en los que optó por utilizar medios desproporcionados, como el uso de fusiles y otras armas de guerra similares, que fueron disparados indiscriminadamente por la Fuerza Pública en contra de una manifestación estudiantil el 9 de junio de 1954.

En la misma línea garantista, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 1986 atribuyó responsabilidad al Estado por la muerte violenta de un grupo de personas por unos soldados que dispararon indiscriminadamente, al tratar de controlar unos disturbios que se presentaban durante un espectáculo deportivo (partido de fútbol), dado que consideró que no tenía fundamento el argumento esgrimido por la Administración, según el cual con la medida adoptada se había precavido una desgracia mayor y, por el contrario, juzgó que se había vulnerado el principio de la dignidad humana.

De otra parte, en sentencia del 10 de agosto de 1961, en vigencia de la citada Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado adoptó la doctrina de los “motivos y finalidades”, para distinguir y separar la acción de nulidad con la de plena jurisdicción (o de nulidad y restablecimiento del derecho), no a partir de la naturaleza propia del acto –si es de contenido particular y concreto o de contenido general y abstracto–, sino de los motivos determinantes y de las finalidades que conducen a su impugnación por la

vía de la jurisdicción contencioso administrativa, si los eran la defensa de la legalidad y la tutela del orden jurídico abstracto o fundamentalmente el restablecimiento automático de un derecho particular que se hubiera lesionado, con lo cual se hicieron interesantes planteamientos sobre el derecho de acción, superando el escollo en algunos casos de los términos de caducidad para hacer prevalecer la protección al orden jurídico y el acceso a la Administración de Justicia (aunque este último término no se hubiese citado expresamente). Coinciden algunos autores en señalar que pese a tener varios ajustes (en providencias de 8 de agosto de 1972, 2 de agosto de 1990, 26 de octubre de 1995 y 2 de marzo de 2003, entre otras, quedando consignada positivamente en el art. 137 de la Ley 1437 de 2001) se trata de la providencia más recordada a este respecto al abrir el camino para concebir esta teoría propia del contencioso administrativo.

En otro ejemplo, en sentencia del 2 de agosto de 1981, señaló que cuando una autoridad –en ejercicio de sus funciones– retiene a alguien, debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, habida cuenta de que el Estado está en el deber de devolver a la persona retenida al seno de la sociedad, en las mismas condiciones en que la retuvo.

Igualmente, en sentencias del 21 de agosto de 1981 y del 16 de diciembre de 1987, condenó a la nación por casos de tortura y tratos inhumanos, a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución de 1886. Incluso, censuró el delito de la desaparición forzada, con anterioridad a la previsión de normas en el nivel constitucional, internacional y legal, en un sentido protector de las víctimas de este hecho ilícito.

Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en la recuperación por parte de la fuerza pública del Palacio de Justicia por la toma armada realizada por el movimiento insurgente –M-19–, ocurrida los días 6 y 7 de noviembre de 1985. En las providencias correspondientes, reprochó la omisión del Estado en la adopción de las medidas de seguridad brindadas al complejo judicial y a las personas que laboraban en el interior del recinto, así como la actuación de la fuerza pública al desplegar el operativo de resistencia y recuperación del Palacio de Justicia, sin garantizar las medidas mínimas que debían brindarse a los civiles que se encontraban en Palacio para salvaguardar sus derechos a la vida e integridad personal, razones que motivaron las condenas impuestas tendientes a indemnizar a los sobrevivientes y a los grupos familiares de las

víctimas (cfr. sentencias 19 de agosto de 1994, Exp. N°. 9276; 16 de febrero de 1995, Exps. N°. 8966 y N°. 9040; 27 de junio de 1995, Exp. N°. 9266; 29 de marzo de 1996, Exp. N°. 10920, entre otras).

Estos ejemplos, que por supuesto no excluyen miles de providencias que bajo las temáticas señaladas han sido proferidas por el Consejo de Estado, nos demuestran que, aun en vigencia de la Constitución Política de 1886, el Consejo de Estado, como cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, supo dar positiva respuesta a uno de los paradigmas de los estados constitucionales, como es el control judicial pleno de la Administración, bajo las reglas especiales del derecho administrativo y en defensa de los derechos individuales fundamentales y de las libertades públicas.

En este mismo sentido, en el campo de la función consultiva, el Consejo de Estado, bien en pleno o bien desde que se creó su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha emitido variados e importantes conceptos, que tuvieron impacto en el sector público, entre otras materias, en derecho público (constitucional y administrativo), presupuestal y hacienda pública, contratación estatal, servicio civil, electoral, laboral administrativo, municipal y departamental; y, especialmente, incidencia en la salvaguarda de los derechos de las personas.

En efecto, por vía de ejemplo, en 1830, conceptuó acerca de la inconstitucionalidad de una norma que permitía la expulsión de ciudadanos sin un proceso previo (debido proceso). Posteriormente, al reaparecer en el escenario institucional, en 1897 calificó el atributo de la nacionalidad como un derecho adquirido que no podía perderse como consecuencia de una ley posterior. Ya desde los inicios del siglo XX, específicamente en 1915, la Sala se pronunció sobre el derecho de petición, al determinar que la Corte de Cuentas no podía abstenerse de expedir una certificación solicitada por un empleado nacional en ejercicio de sus funciones. En 1922, la Sala distinguió entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado. Un año después, en 1923, resaltó que la licitación pública era la regla general en materia de contratación pública.

Posteriormente, en 1959 conceptuó sobre la naturaleza de la actividad bancaria y en particular, si era servicio público o no, para determinar la procedencia o no del derecho a la huelga en estos servicios; en 1982 analizó el derecho de la mujer de decidir voluntariamente si quería o no asumir el apellido del marido (adopción del nombre de mujer casada); en el año de 1979, la Sala se pronunció acerca del concepto de supranacionalidad y de la incorporación de las normas de integración regional al ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, merecen ser citados en materia constitucional los conceptos emitidos entre 1989 y 1990 (números 107, 135 y 171 de 1987, 267 y 371), en los que se abordaron diferentes cuestiones y problemáticas relacionadas con la reforma constitucional y legal que instauró en Colombia la elección popular de alcaldes, así como en 1991, cuando estudió las funciones del Congreso de la República disuelto por la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó que no podían reunirse para tramitar proyectos de acto legislativo o de ley, ni para ejercer funciones judiciales, electorales o de control político, sino solo ejercer las demás funciones administrativas que le habían sido asignadas en la Constitución de 1886.

IV. El Consejo de Estado en la Constitución Política de 1991 y en las leyes que la han desarrollado

La expedición de la Constitución de 1991 y la instauración del Estado Social de Derecho como fórmula política y jurídica del Estado colombiano, repercutieron en todas las instituciones públicas, pero, a todas luces, los cambios fueron especialmente profundos para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, desde un punto de vista cuantitativo, el “Estado Social de Derecho” le exige al juez contencioso atender numerosos asuntos adicionales, que envuelven la garantía para todos los ciudadanos de unos estándares mínimos de derechos sociales, económicos y políticos (y ya no meramente civiles o individuales), como un ingreso mínimo vital, alimentación, salud, habitación, trabajo, seguridad social, educación etc., bajo la idea de derecho y no de caridad. Desde un punto de vista cualitativo, el “Estado Social de Derecho” vinculó a este juez a un estado constitucional democrático, el cual se funda en la existencia de nuevos valores y derechos consagrados por la segunda, la tercera y la cuarta generaciones de derechos humanos; y con el cual se crearon mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

Pero no solamente emergió para el juez contencioso administrativo, como imperativo a la hora de asumir la redefinición de su cometido, la configuración de su rol social, con lo que tuvo mayores requerimientos en el plano procedimental y sustantivo, sino que el campo de acción de la jurisdicción debió adecuarse para responder a los cambios impuestos por un

modelo constitucional, que emergió como una mezcla, a veces contradictoria e irreconciliable entre instituciones que, así como defienden los avances en el respeto por los derechos fundamentales, también involucran instituciones que preservan el más puro y duro liberalismo económico.

En ese sentido, la jurisdicción, como juez de la administración, debió enfrentarse a una nueva administración pública ampliada, dentro de un modelo de economía de mercado y libertad de competencia, en el que tuvo que acudir a resolver los conflictos que se originaron con las privatizaciones, la descentralización por colaboración, la libertad absoluta de empresa, la libre competencia, la flexibilización normativa, las desmonopolizaciones, la participación de particulares en la prestación de servicios públicos, entre otros, con la consecuente obligación de hacer compatibles, en este modelo, todo un conjunto de principios constitucionales propios que orientan y rigen la función administrativa.

Es incontrovertible que con el advenimiento del Estado Social de Derecho la función del juez administrativo se tornó más compleja y su cobertura funcional se vio considerablemente ampliada.

Recordemos que otro cambio para la jurisdicción, lo representó justamente la entrada en vigencia de nuevas acciones: populares, de grupo, de cumplimiento y de tutela,²³ cuya fuente directa es la Constitución y cuyo conocimiento quedó asignado en buena parte al juez contencioso administrativo. El conocimiento de esas acciones, las orientaciones dogmáticas de la Carta Política de 1991, sus valores y principios, transformaron la forma de pensar y de actuar de los jueces, quienes antes limitaban su labor a la defensa objetiva de la legalidad; así, comenzaron a orientar también sus poderes ampliados por los mandatos superiores, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados, con aplicación directa de sus valores, principios y reglas, sin que mediara, en muchos casos, ley al respecto, situación que de tiempo atrás se conoce comúnmente como constitucionalización del derecho.

Ciertamente, es la Constitución la que en virtud de su eficacia directa y su fuerza normativa superior, se impone a todas las personas y a los poderes públicos. Como efecto, la adaptación, reorganización y aplicación de las normas se hace conforme a los preceptos constitucionales o la interpretación y aplicación directa de estos. El resultado, una mejora en la protección jurídica de

23 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículos 86, 87 y 88, desarrolladas en el Decreto 2591 de 1991, y las Leyes 393 de 1997 y 472 de 1998.

sus destinatarios, máxime en aquellas materias en las que la Administración cuenta con discrecionalidad. De ahí que se entienda la ya clásica expresión de Fritz Werner, Presidente del Tribunal Supremo de la Alemania entre 1958 a 1969: “*el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado*”.

Ahora bien, defender los derechos fundamentales de las personas, incluyó atender no solo los derechos individuales y las libertades públicas, sino la amplia gama de derechos sociales, económicos y ambientales, lo que lo convirtió además en un juez de masas. De hecho, uno de los efectos del cambio de Constitución para la jurisdicción fue un incremento exponencial de demanda de justicia administrativa que condujo a la jurisdicción y, en particular, al Consejo de Estado, a una congestión.

Dentro de la nueva dimensión del Estado Social de Derecho, y la visión garantista, la labor del juez administrativo debió adecuarse para conducir a la realización material de justicia²⁴ y no solo a dar cumplimiento a la ley, con lo cual fue resignando su calificativo de justicia rogada. Esto marca la importancia que adquiere el juez contencioso administrativo en el Estado Social de Derecho, puesto que si bien el cumplimiento de sus fines compete a la totalidad de las autoridades, es el juez, al desatar la controversia o el caso concreto, el llamado a ser garante de la realización de la justicia material y de la preservación de los principios y valores constitucionales, como instrumento de interdicción de la arbitrariedad de la administración.

El fenómeno de la globalización del derecho, tampoco fue ajeno a la jurisdicción y desde la Constitución de 1991, se ha venido entendiendo que el control de convencionalidad es obligatorio y vinculante, por lo cual la jurisdicción contenciosa administrativa en su jurisprudencia se ha puesto en el camino de superar los conceptos e instituciones de derecho interno, para entender que la garantía de los derechos humanos, los procesos de integración y cooperación entre las naciones y los fenómenos propios de la globalización, han impactado y transformado el derecho nacional y la labor de los jueces y tribunales, quienes deben, necesariamente, aplicar también ese derecho administrativo emanado de los convenios y tratados internacionales.

Adicionalmente, como se mencionó antes, el surgimiento de un nuevo modelo de administración pública, en el que se destaca como rasgo predominante una fuerte tendencia a introducir instrumentos y formas privatistas, afectó y mutó el concepto de derecho administrativo, con

24 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 228.

lo cual también se redefinió el perfil del juez y la vigencia de la justicia contenciosa administrativa. En el concepto de derecho administrativo clásico se entiende que este rige la actividad de la administración, la cual actúa ejerciendo una serie de privilegios y poderes exorbitantes para el cumplimiento del interés general, y se sujeta a normas diferentes a las que se le aplican a los particulares. Con la apertura constitucional, en la medida en que se otorga un papel protagónico al sector privado en las actividades industriales y comerciales, y al cual se entregan por variados mecanismos legales el ejercicio de funciones públicas, funciones administrativas y la prestación de servicios públicos, se modificó a fondo el derecho aplicado por la administración, que se vio influenciado por las normas del derecho privado, el que, en todo caso, se armoniza con los preceptos, principios y valores de la Constitución y la efectividad de los derechos de las personas.

Específicamente en relación con el Consejo de Estado, la expedición de la Constitución Política de 1991 implicó, entre otros, los siguientes cambios:

- (i) En primer lugar, y a diferencia de la Constitución de 1886, que regulaba el Consejo de Estado en un título aparte (el Título XIII), sin definir claramente su pertenencia a ninguna de las ramas del poder público, la Carta de 1991 ubicó decididamente al Consejo de Estado dentro de la Rama Judicial, como cabeza de una jurisdicción especializada: la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al regularlo en el Título VII (*“De la Rama Judicial”*), Capítulo III (*“De la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*).

Este cambio, que podría parecer de forma, implicó un paso fundamental en la autonomía orgánica y funcional de esta institución, al despejar cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la naturaleza jurídica y la pertenencia del Consejo de Estado a la Rama Judicial, debido al origen histórico de la corporación y a su evolución normativa en la Constitución y en la ley. Lo anterior aportó igualmente claridad sobre la aplicación al Consejo de Estado, a sus funcionarios y a sus empleados, de la normatividad especial que regula la Rama Judicial y la función jurisdiccional, empezando por la contenida en el capítulo I del mismo título de la Constitución de 1991 y siguiendo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuya expedición le encomendó la misma Carta al Congreso de la República (artículo 152, literal b).

- ii) En cuanto a la composición y a la forma de designación de los miembros del Consejo de Estado, el artículo 236 de la nueva Carta Política dispuso

que esta corporación tendría el número *impar* de magistrados que determine la ley; el artículo 231 *ibídem* estableció que los Consejeros de Estado serían nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, y el artículo 233 de la misma obra preceptuó que dichos magistrados serían elegidos para períodos individuales de ocho (8) años, no podrían ser reelegidos y permanecerían en el ejercicio de sus cargos mientras observaren buena conducta, tuvieren un rendimiento satisfactorio y no llegaren a la edad de retiro forzoso. Con estas disposiciones se afianzó la autonomía y la institucionalización del Consejo de Estado, como parte integrante de la Rama Judicial, y se aisló su composición y la elección de sus miembros de cualquier consideración política, al omitirse cualquier referencia a la paridad política heredada del Frente Nacional.

- iii) En relación con sus funciones, el artículo 237 de la Constitución de 1991 las amplió y fortaleció, al incluir específica y privativamente al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (numeral 2); la facultad de preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución, y ya no solo proyectos de ley, de códigos, de decretos o de otros actos administrativos (numeral 4); y conocer sobre la pérdida de la investidura de los congresistas (numeral 5).

En desarrollo de estas normas constitucionales, se han dictado varias leyes para regular la composición, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Estado, las cuales han ido afinando su forma de organización y la manera como ejerce sus funciones. Entre tales leyes, pueden citarse la 270 de 1996, con sus modificaciones (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), la 446 de 1998²⁵, la 964 de 2005²⁶, la 1107 de 2006²⁷ y, finalmente,

25 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

26 “Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.

27 “Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998”.

la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el nuevo y cuarto Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)²⁸.

De acuerdo con la citada normativa, la función consultiva sigue siendo ejercida por medio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, conformada por cuatro (4) cuatro magistrados, y la función de impartir justicia o función jurisdiccional es llevada a cabo a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conformada por 27 magistrados que se dividen el trabajo en cinco (5) secciones con temas específicos: Sección Primera, que conoce de los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento que no sean asignados a otras secciones, como las controversias en materia ambiental, derechos de aduaneros, propiedad intelectual, servicios públicos, entre otras; Sección Segunda, la cual conoce de los asuntos contenciosos laborales; la Sección Tercera, la cual conoce, principalmente, de las controversias de carácter contractual que se dan entre los particulares y el Estado colombiano, así como de demandas instauradas en uso del medio de control de reparación directa, en los que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado y también los asuntos mineros y agrarios; y Sección Cuarta, los asuntos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas, y la Sección Quinta, que conoce de las controversias en materia electoral.

El Consejo de Estado también cuenta con una Sala Plena de la que hacen parte la totalidad de 31 magistrados, y una Sala de Gobierno conducida por 8 magistrados.

²⁸ El Gobierno nacional, mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007, creó la Comisión de Reforma a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo integrada por once Consejeros de Estado; un Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; los Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, apoyada a través de un grupo de asesores. Los Consejeros de Estado miembros de la Comisión fueron: Gustavo Aponte Santos, Enrique Gil Botero, Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta y Luis Fernando Álvarez Jaramillo, en su calidad de presidentes de la Corporación, para los años 2007, 2008, 2009 y 2010; Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina y Augusto Hernández Becerra, por la Sala de Consulta y Servicios Civil; Martha Sofía Sanz Tobón de la Sección Primera, Alfonso Vargas Rincón de la Sección Segunda, Ruth Stella Palacio Correa de la Sección Tercera, Héctor Romero Díaz y Hugo Fernando Bastidas Bárcenas de la Sección Cuarta, Filemón Jiménez Ochoa de la Sección Quinta y como invitado permanente Mauricio Fajardo Gómez de la Sección Tercera. La Comisión contó con el apoyo de María Elena Giraldo Gómez, Juan Pablo Cárdenas, Guillermo Chaín Lizcano y Augusto Hernández Becerra, en calidad de asesores, y Álvaro Namén Vargas, Magistrado auxiliar de la Sección Tercera, en calidad de Secretario Técnico. Concluida la labor de más de dos años se presentó el proyecto de ley el 17 de noviembre de 2009 –bajo el radicado 198-2009 -Senado-315-2010 Cámara–, y fue aprobado el 9 de junio de 2010 por el Senado y el 30 de noviembre de ese año por la Cámara, conciliándose el día 14 de diciembre de ese año.

Ahorabien, el propósito más importante que se buscó con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), fue el de adecuar, tanto el procedimiento administrativo como el proceso judicial a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, a los valores, principios y reglas de la Constitución Política de 1991, con el fin último de poner el énfasis en la garantía y protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, además de reafirmar el control de legalidad de los actos administrativos; desarrollar y efectivizar los nuevos mecanismos de protección judicial previstos en la Carta (acción de tutela, acción de cumplimiento, acción popular y acción de grupo); facilitar y mejorar el acceso de los individuos a la administración pública y a la jurisdicción; hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las ritualidades, y garantizar los derechos de igualdad y seguridad jurídica en la producción y en la aplicación de la jurisprudencia.

Con este ánimo, el nuevo código perfiló la función del Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en el sentido de ser, más que un tribunal de instancia (de segunda y a veces, de única), un tribunal encargado de efectuar la unificación de la jurisprudencia y el control de validez material de las decisiones adoptadas por los órganos inferiores de la jurisdicción.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 estableció como una de las funciones principales del Consejo de Estado, la de unificar la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa; definió el alcance y los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial, tanto para la jurisdicción como su extensión para la administración pública, y reguló diferentes recursos extraordinarios, cuya competencia se asignó al Consejo de Estado, tendientes a revisar la legalidad de las decisiones adoptadas por los jueces y los tribunales y mantener la homogeneidad en la jurisprudencia, al punto que se permite al Consejo de Estado asumir el conocimiento de los procesos que se tramiten en los tribunales, por razones de importancia jurídica, económica o social, o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

En el campo de la función consultiva y de las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, vale la pena mencionar que el nuevo código amplió considerablemente sus competencias. A la tradicional función de emitir conceptos jurídicos en materia de administración pública, de naturaleza reservada y no vinculante, con base en consultas formuladas por el Gobierno nacional en diversos ámbitos, se le asignaron nuevas funciones

(artículo 112), como la de preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia, proyectos de acto legislativo y de ley; revisar, a petición del Gobierno, los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación; realizar los estudios sobre temas de interés para la administración pública, conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política; emitir concepto, a petición del Gobierno nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio, y ejercer control previo de legalidad de los convenios de derecho público interno con las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Cabe advertir que, nuestro modelo de Consejo de Estado que radica la función consultiva en la Rama Judicial a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, le imprime objetividad, independencia, eficacia, eficiencia y legitimidad a los conceptos que en ejercicio de tal atribución emite, como consecuencia de la autonomía orgánica y funcional de sus miembros frente al Ejecutivo.

La función consultiva, primordialmente, desde la perspectiva de nuestra Constitución Política y en desarrollo del principio de división de poderes y la colaboración armónica entre estos, si bien orienta mediante un dictamen jurídico independiente y da luces al Gobierno nacional en la conformación o ajuste a derecho de sus actuaciones, fundamentalmente sirve de freno o contrapeso para asegurar el acierto del accionar de la Administración y prevenir el ejercicio arbitrario de la autoridad, convirtiéndose en una valiosa y necesaria garantía de contención del poder para proteger la democracia y garantizar los derechos y libertades de los asociados. Asimismo, promueve la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la administración, y contribuye a disminuir los conflictos o controversias entre estos.

Por lo demás, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la medida en que no actúa sobre la base de la potestad, está compelida a hacerlo con base en la auctoritas, pues *“...es preferible que los conceptos se acepten más por el peso de la razón, que por la fuerza de la ley...”*, como bien lo acuñó en alguna ocasión el Consejo de Estado español a propósito de la función consultiva.

En esta nueva etapa del Consejo de Estado, iniciada a partir de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia y la doctrina de la corporación han seguido creciendo, cuantitativa y cualitativamente, para atender la mayor demanda de justicia administrativa que las normas constitucionales y legales citadas han generado, como un efecto esperado de la ampliación y el fortalecimiento de los derechos de las personas y el empoderamiento de la sociedad frente al Estado, objetivos que dicha Carta buscó, así como para cumplir con los propósitos perseguidos por tales disposiciones, especialmente en cuanto a la protección y efectividad de los derechos individuales y colectivos de las personas, en el nuevo modelo de Estado Social de Derecho.

A manera de ejemplo, pueden citarse las sentencias de unificación jurisprudencial que ha proferido la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre derechos laborales y prestacionales de los empleados públicos, que han dado lugar a que dicha jurisprudencia se extienda a otras personas en varios casos, por tener los mismos supuestos fácticos y jurídicos; las sentencias de unificación emitidas por la Sección Tercera en materia de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, o la sentencia dictada en virtud de una acción popular, que ordenó establecer todo un esquema institucional y un programa plurianual para descontaminar el río Bogotá.

Asimismo, la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil ha ido avanzando, a la luz de los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Política de 1991 y en las normas legales que la han desarrollado, y de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En este campo, pueden citarse, de forma ilustrativa en tiempo reciente, los conceptos que la Sala ha dado sobre la reviviscencia de las normas derogadas, ante la declaratoria de inexecutable de las disposiciones que las derogaron, y la normatividad aplicable en materia de derecho de petición (concepto 2243 de 2015); sobre la protección constitucional y legal a las zonas de páramo y la prohibición de la minería y otras actividades económicas en dichas áreas (concepto 2233 de 2014); sobre las inhabilidades para contratar generadas por la comisión de actos de corrupción en el exterior y las medidas legislativas y administrativas que podrían adoptarse para prevenir la corrupción multinacional (conceptos 2260 y 2264 de 2015); sobre la posibilidad de que el Congreso de la República refrendara el acuerdo definitivo celebrado entre el Gobierno de Colombia y la organización insurgente de las FARC (concepto 2323 de 2016); sobre la medición de los

servicios públicos (concepto 2236 de 2016), o sobre el alcance de las funciones de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos para la solución de controversias (concepto 2293 de 2016).

V. El futuro del Consejo de Estado, en relación con sus funciones judicial y consultiva

La evolución histórica y jurídica del Consejo de Estado, desde su creación en 1817 hasta los tiempos presentes, así como su situación actual, permiten sostener que la corporación enfrenta principalmente, entre otros, los siguientes retos:

- 1) Superar la congestión que desde hace varios años enfrenta en el trámite de los procesos judiciales que le competen como máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, y que recae principalmente en los negocios que se tramitan por el sistema escritural, de conformidad con las reglas del derogado Código Contencioso Administrativo. Lo anterior implicará seguramente la creación de salas y magistrados de descongestión y efectuar una modificación profunda en las competencias de los órganos que hacen parte de esta jurisdicción, previstas actualmente en el CPACA. En esta dirección, también es necesario seguir trabajando en la implementación de la Ley 1437 de 2011, especialmente en la oralidad y en la optimización de los sistemas y herramientas de acceso a la información institucional y a los datos estadísticos que dan cuenta del trabajo y productividad.
- 2) Perseverar y profundizar en su misión de proteger y garantizar los derechos individuales y colectivos de las personas, de la mano con la evolución de la jurisprudencia constitucional, de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, de la jurisprudencia y la doctrina de las cortes y los organismos internacionales, y de figuras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo, y los mecanismos de participación ciudadana.
- 3) Ampliar y perfeccionar su labor de unificación de la jurisprudencia administrativa, no solo en cuanto a la cantidad de fallos de esta clase que dicte, sino también en cuanto a su calidad y claridad, y con respecto a los campos o temáticas que aborden, que bien podrían cubrir la mayoría de los asuntos que constituyen la competencia de las cinco (5) secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso

Administrativo. Con esto se lograría avanzar enormemente en la aplicación del principio de igualdad de las personas frente a la ley, en la seguridad jurídica, en la utilización del precedente y en la predictibilidad de los fallos judiciales. Adicionalmente, esto permitiría incrementar la utilización y la eficacia del mecanismo de extensión de jurisprudencia (arts. 10, 102 y 269 CPACA) y, en general, incentivar la solución extrajudicial de los conflictos jurídicos entre los particulares y la administración, y entre las mismas entidades públicas.

- 4) Tanto en el ejercicio de la función jurisdiccional como en el de la consultiva, se requiere masificar, implementar y utilizar efectivamente las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), con el fin de hacer más eficiente, económico y ágil el desarrollo de los procesos, las consultas, los conflictos de competencias administrativas y, en general, los asuntos sometidos al conocimiento del Consejo de Estado y toda la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Existe la necesidad de que el Consejo de Estado, con el apoyo del órgano de la administración de la rama, modernice sus sistemas, implemente el expediente electrónico, realice audiencias virtuales y en fin adelante juicios en línea.
- 5) Al mismo tiempo, el Consejo de Estado debe consolidar en la jurisprudencia las nuevas formas de actuación de la Administración, específicamente, en relación con el control del ejercicio de la función pública ejercida a través de los medios electrónicos y las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Asuntos como la expedición de actos administrativos sin soporte tradicional (en papel), la realización de notificaciones mediante mensajes de datos, la interposición de recursos por internet o por correo electrónico, entre otras situaciones que pueden darse y que se presentarán en el futuro con más intensidad, constituyen un reto para el Consejo de Estado, especialmente en su función contenciosa, para no frenar ni desestimular la utilización de las herramientas tecnológicas por parte de la administración pública y los ciudadanos, pero, al mismo tiempo, proteger y garantizar los derechos de las personas, defender la legalidad y propender por la seguridad jurídica.
- 6) Mediante la jurisprudencia y la doctrina, el Consejo de Estado debe continuar liderando y profundizando el desarrollo del derecho

administrativo en nuestro país, bajo las nuevas orientaciones filosófico-políticas planteadas por la Constitución Política de 1991, tales como la constitucionalización del derecho, incluyendo, obviamente, el administrativo; la globalización y la internacionalización del derecho, especialmente en el campo de los derechos humanos y el derecho económico; la participación del Estado en la economía, en campos y mediante instrumentos reservados anteriormente a los particulares; la desregulación y la privatización de ciertas actividades y servicios públicos; la descentralización por colaboración, para el cumplimiento de funciones públicas por parte de los particulares; el cumplimiento excepcional de funciones judiciales por parte de las autoridades administrativas, la mayor integración económica del país y la injerencia del ordenamiento jurídico supranacional, cada vez en más campos.

- 7) Igualmente, le corresponderá resolver la creciente tensión que se da, en el ejercicio de la función administrativa, entre los principios de transparencia y publicidad, que obligan a las entidades públicas a compartir sus archivos y bases de datos, a publicar mayores volúmenes de información en sus páginas de internet y a suministrar la información y los documentos que le soliciten los ciudadanos y organizaciones sociales, por una parte, y los derechos de los individuos a su intimidad, a su libertad y a su libre determinación informática (habeas data), lo cual obliga al Estado a no divulgar y proteger efectivamente sus datos personales.
- 8) En cuanto se refiere específicamente a la función consultiva y, en general, a las competencias asignadas por el nuevo código a la Sala de Consulta y Servicio Civil, constituye un reto el desarrollo de aquellas funciones nuevas que, hasta el momento, no han sido ejercidas o lo han sido solo en forma ocasional o esporádica, y que están llamadas a constituir valiosos instrumentos de justicia administrativa preventiva, tales como la de proponer soluciones a los conflictos jurídicos que se presenten entre entidades públicas, y el estudio, revisión y preparación de los textos normativos, proyectos de ley, reglamentos o compilación de normas, lo que representará una mayor seguridad jurídica, respeto de jerarquía de normas, claridad y comprensión. La doctrina de la Sala, debe constituir un marco de referencia para la prevención de la arbitrariedad de la administración y de posibles fenómenos de corrupción. También debería estudiarse la posibilidad

de consagrar normativamente el deber del Gobierno nacional de solicitar obligatoriamente concepto en ciertas materias y asuntos de relevancia e importancia e, incluso, en algunos de esos casos dotar de fuerza vinculante los dictámenes o respuestas que se emitan y permitir que otras autoridades diferentes al Gobierno nacional le consulten.

VI. Epílogo

El Consejo de Estado es una institución sólida, con una tradición como pocas en la historia de este país. Su logro más importante en estos 200 años, ha sido la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los abusos o excesos de poder, de modo que la actuación del Estado se desarrolle con sumisión al derecho.

En efecto, el recuento que se ha hecho sobre la historia y la evolución del Consejo de Estado, permite afirmar que durante su existencia ha ejercido vigorosamente una “justicia preventiva”, mediante la asesoría cualificada, independiente y oportuna al Gobierno y la creación de precedentes jurisprudenciales claros, reiterados y uniformes, así como una “justicia correctiva”, mediante la resolución de innumerables litigios en todos los campos y niveles de la administración.

Paradójicamente, el principal reto que tiene el Consejo de Estado en los años venideros es la defensa de sus funciones consultivas y jurisdiccionales, es decir, del sistema de control de la Administración. Empero, el legado de estos dos siglos de su evolución, como lo demuestran las sentencias y consultas que hacen parte de la presente obra, es su mayor fortaleza y defensa, y obligan a concluir que, antes de pensar en debilitar esta institución, construida con tantos esfuerzos y con la participación de varias generaciones de hombres y mujeres inteligentes, es menester fortalecerla para el bien del país.

Por lo pronto, la celebración de esta efeméride nos sirve de pretexto para rendir un homenaje con esta obra a la labor consagrada de nuestros predecesores que hicieron posible cada cambio institucional y, además, realizar una divulgación de la jurisprudencia y de los conceptos de esta Corporación con fines de pedagogía jurídica e institucional. La presente antología de sentencias y conceptos emitidos por el Consejo de Estado en ejercicio de sus funciones jurisdiccional y consultiva está animada de estos

propósitos. Su proceso de elaboración fue un verdadero trabajo en equipo, réplica del que la Corporación lleva realizando desde hace dos siglos, y cuyos aspectos más relevantes vale la pena resaltar así:

a) La Sala Contencioso Administrativa en cada una de sus secciones y la Sala de Consulta y Servicio Civil, liderada por un consejero designado para representarlas en el Comité Editorial, se dieron a la tarea de estudiar en la Comisión Bicentenario la metodología que utilizaría esta obra, el objetivo de la misma y la forma en que se armonizaría el trabajo de tan ambiciosa e inédita empresa.

b) En reuniones periódicas y con el apoyo permanente de las relatorías y demás funcionarios de las diferentes salas y secciones de la Corporación que colaboraron en la obra, fue posible seleccionar las sentencias y conceptos más importantes y representativos. En su edición fue necesario depurar por parte del Comité Editorial, con la ayuda de todos los colaboradores, las numerosas sentencias y consultas que fueron recopiladas, teniendo en cuenta estrictos criterios cronológicos y técnicos (periodo, novedad, originalidad, impacto, trascendencia, cambios importantes, etc.), de manera que se lograra, lo mejor posible, una muestra significativa del pensamiento del Consejo de Estado durante todas las épocas de su vida institucional.

c) El resultado es un tomo por cada sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y un volumen más de la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuyos contenidos están distribuidos de manera temática y cronológica, según el criterio y la organización que las salas decidieron y dispusieron. Adicionalmente, el compendio (que consta de siete volúmenes) se acompaña de una versión digital que permite acceder al contenido integral de todas las providencias y conceptos de la obra.

d) Cada uno de los tomos de la obra tiene dos índices: uno general de carácter temático y otro analítico, para hacer rápida y sencilla su consulta y comprensión al lector.

e) La organización temática se elaboró con la intención de que el lector pueda ver el avance en algunos de los temas seleccionados; sin embargo, es importante aclarar que no se trata de mostrar líneas jurisprudenciales o conceptuales en estricto sentido, lo cual escapa del objetivo de la obra, cual es mostrar la labor de la Corporación desde su creación.

f) También es pertinente señalar que no se incluyen en forma completa los textos de las sentencias y conceptos, sino extractos representativos de estos, lo cual no impide que pueda obtenerse su copia íntegra o hacerse su revisión total, según el caso, al tener la posibilidad el lector de acceder a la versión íntegra en el formato digital adjunto.

g) Cada extracto al comienzo está identificado con una frase (en mayúscula) que se refiere al tema general y una frase que anuncia la tesis de la sentencia o concepto cuyo extracto se publica; asimismo se indica la fecha de la sentencia o concepto y el número de radicado (incluyendo el interno entre paréntesis) del expediente o proceso del cual hace parte o el número de la gaceta en el caso de providencias y conceptos antiguos.

h) Como se podrá evidenciar, se hizo una transcripción literal de los textos de las sentencias y conceptos, esto es, sin alteraciones en su redacción, puntuación, usos ortográficos y estilos, con el fin de guardar absoluto respeto de la forma y el pensamiento original de los magistrados al tiempo de su adopción. Igualmente, los extractos fueron agrupados sin salvamentos ni pie de páginas, pues, hacerlo, implicaba una extensión considerable de la obra.

i) No se indica expresamente el nombre de los magistrados ponentes, bajo el pensamiento de que las sentencias y conceptos se adoptan en decisiones que son colectivas o corporativas. Fiel a este enunciado, al final del extracto se consignan los nombres de todos los magistrados y conjueces que intervinieron e hicieron parte de la respectiva sala de decisión en el orden y de la forma en que aparecen en la sentencia o concepto.

j) Por último, en páginas finales, y según uno de los objetivos trazados, se consideró de importancia incluir un listado con los nombres y el año de inicio del período de los Magistrados que en estos doscientos años de historia del Consejo de Estado han trabajado en la Corporación, contribuyendo con sus luces y ejemplo a darle el esplendor y prestigio de que goza en la vida institucional del país.

Cabe advertir que, pese a tener en cuenta criterios objetivos para erradicar la subjetividad inherente a toda selección, existe el riesgo de que se hayan omitido involuntariamente decisiones sobresalientes, que podrían haber sido parte de esta antología. Es decir, en el gran esfuerzo por sintetizar 200 años de trabajo de la Corporación, probablemente

varias decisiones importantes se han quedado por fuera de esta memoria inacabada, razón por la cual, de antemano, rogamos al lector excusarnos por tales omisiones, así como por los yerros y errores en los que se hubiese incurrido en el texto.

Finalmente, quiero expresar mi profundo agradecimiento a los Consejeros de Estado de las diferentes salas y secciones, a los miembros del Comité Editorial de la obra y coordinadores de cada uno de los tomos temáticos, a los relatores, a los funcionarios del CENDOJ, y a todos los servidores públicos de la Corporación que apoyaron y colaboraron para hacer realidad esta publicación.

Bogotá, D. C., 30 de octubre de 2017.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Coordinador de la Comisión del Bicentenario
Editor general

PRESENTACIÓN

Si miramos por el espejo retrovisor el apasionante y convulsionado devenir de nuestra vida republicana, podemos constatar que en realidad son pocas las instituciones públicas que han logrado perdurar y proyectarse en el tiempo, conservando totalmente incólumes su prestigio y su legitimidad ante la opinión pública. El Consejo de Estado colombiano, a pesar de haber sufrido algunas interrupciones a lo largo de su historia, se apresta a celebrar el segundo centenario de su establecimiento, con la auténtica y bien merecida satisfacción de haberle prestado servicios distinguidos a la patria.

Nuestro cuerpo colegiado, creado el 17 de diciembre de 1817 por el Libertador Simón Bolívar en su condición de jefe supremo de la República y capitán general de los Ejércitos de Venezuela y la Nueva Granada, hoy se enorgullece de haber jugado un papel protagónico en la edificación y consolidación de nuestro Estado social y democrático de derecho, y muy especialmente, en la defensa de los derechos y garantías de los administrados; la salvaguardia del principio de legalidad; y la contención de los abusos y desviaciones del poder. Todo ello no hubiese sido posible –es justo decirlo–, sin el quehacer riguroso y el esfuerzo denodado de sus magistrados, el compromiso de sus colaboradores, el importante concurso de los tribunales y juzgados administrativos y la colaboración fiscal del ministerio público.

Siguiendo de cerca la senda trazada por Napoleón Bonaparte al decretar la creación del Consejo de Estado el 13 de septiembre de 1799 en el Palacio de Luxemburgo que hoy alberga al Senado francés, nuestra corporación también fue concebida desde los primeros años de su existencia como un cuerpo meramente consultivo, hasta llegar a convertirse con el paso de los años, al igual que su homólogo, en el órgano supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como hoy lo conocemos.

En buena hora la Sala Plena del Consejo de Estado y su presidente, el doctor Jorge Octavio Ramírez, tuvieron la muy afortunada iniciativa de

promover la elaboración de esta antología jurisprudencial y consultiva, cuya publicación se enmarca dentro de los actos conmemorativos de tan importante efeméride. Especial reconocimiento debemos hacer al doctor Álvaro Namén Vargas, miembro de la Sala de Consulta y Servicio Civil y a la doctora Catalina Uprimny Salazar, integrante de su equipo de apoyo, por haber asumido la dirección general de tan ardua empresa, esta tarea contó, además, en cada una de las Salas y Secciones con el apoyo y la coordinación de un consejero de Estado.

Los extractos de las providencias contenidos en este tomo constituyen apenas una pequeña muestra de algunas de las trascendentales decisiones adoptadas por esta corporación en el campo del derecho administrativo laboral, la función pública, la seguridad social y el derecho disciplinario, las cuales fueron cuidadosa y acertadamente seleccionadas por los doctores Gloria Cristina Olmos Leguizamón y José Orlando Rivera Manrique, ambos relatores de la Sección Segunda del Consejo de Estado, quienes contaron con el apoyo invaluable de los auxiliares judiciales Liliana Mireya Matallana Rojas, Diana Carolina Sánchez Gutiérrez, Carmen Elisa Mora Nieto y Julio César Ruiz Benítez, a quienes extendemos nuestra más sincera manifestación de gratitud y reconocimiento por su compromiso y dedicación en la realización de este trabajo.

Como bien se puede advertir en la tabla de contenido, la temática cubierta en estas páginas resulta particularmente vasta y diversa. Vale la pena señalar en todo caso que además de los extractos de las providencias que aquí se transcriben, podrán consultarse los textos completos de tales decisiones en el medio digital adjunto. Tenemos la convicción de que el resultado de este magnífico esfuerzo editorial habrá de ser de gran utilidad para quienes por razones personales, profesionales o académicas se interesen en estas materias.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Consejero de Estado

ASIGNACIONES, PENSIONES
Y RECOMPENSAS

I. EMPLEADOS DEL CONGRESO Y CONGRESISTAS

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE CONGRESISTAS

Acumulación de tiempo de servicio prestado en calidad de senador, representante o diputado.

3 de agosto de 1963

Radicación: CE-SNG-1963-N0803

...«En el presente caso en que únicamente se solicita la revisión de la pensión de jubilación concedida al doctor Peñaranda Arenas, no en cuanto a su monto, ni que se limite su pago en el futuro, sino que se concreta a pedir que la Resolución de que se trata sea revisada en cuanto le dio efecto retroactivo a la Ley 172 de 1959 ordenando pagarle al beneficiario la prestación reconocida desde el 11 de junio de 1947 cuando el estatuto que acaba de citarse no autoriza para ello, pues su artículo 4º lo que concede, como un avance en el ramo de prestaciones sociales, es que se puedan sumar a los servicios llamados oficiales comunes, para efectos de ajustar los veinte años laborados exigidos por la Ley, los servicios prestados en el carácter de Senador, Representante o Diputado, pero esa acumulación sólo se puede hacer a partir de la promulgación de la memorada Ley 172, que es precisamente lo que le correspondía a la Caja Nacional de Previsión hacer cuando el doctor Peñaranda Arenas le pidió que lo jubilara. Pero esta Institución no procedió así y le dio efecto retroactivo a la ley sin estar facultada para ello resultando, de esta manera, que el doctor Peñaranda Arenas que el 11 de junio de 1947, cuando dejó definitivamente el servicio público tenía de servicios oficiales comunes o sean los acumulables según el art. 29 de la Ley 6º de 1949, apenas diez y seis años, un mes y veinticinco días, salió completando para la referida fecha de 1947, veinte años de

servicios oficiales. No, esto no es así; los servicios parlamentarios prestados por el Dr. Peñaranda Arenas antes de regir la Ley 172 de 1959 no le eran acumulables sino a partir de la promulgación de esta porque sólo desde ese día en adelante completó los dos presupuestos años de edad y de servicios para ser jubilado.»..

*Jorge de Velasco Álvarez, José Urbano Muñela,
Guillermo González Charry, Alfonso Meluk.*

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE CONGRESISTAS

Aplicación del Régimen Especial. Aplicación del Régimen de Transición. Requisitos

10 de julio de 2014

Radicación: 25000-23-25-000-2007-00781-02(0008-12)

...«En lo que al Régimen Especial de los Congresistas se refiere y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, su ámbito de aplicación se circunscribe a quienes a partir del 18 de mayo de 1992 -fecha de vigencia de la Ley 4ª de 1992- ostenten la calidad de Senador o Representante a la Cámara, vale decir, que se encuentren para dicha fecha en el ejercicio del cargo, o lo que es lo mismo, en condición de actividad parlamentaria, debidamente posesionados y afiliados a la Entidad Pensional del Congreso, efectuando cumplidamente las cotizaciones y los aportes, tal como lo señala su artículo 4º.

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, efectuando el respectivo aporte al Fondo, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua.

Encuentra entonces la Sala, que el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual derivan de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega. No de otra manera es posible entender la coexistencia de dos regímenes de transición –uno el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993- y otro el consagrado en el artículo 2º del citado Decreto 1293 de 1994, pues ninguna utilidad tiene

dos regulaciones prácticamente idénticas para definir un mismo punto de derecho.

Lo contrario sería pretender que la labor de un servidor por unos cuantos meses en la entidad amparada con un régimen especial, lo revista de sus beneficios; con lo que a todas luces, se estaría habilitando la incursión en la práctica ilegal comúnmente denominada carrusel pensional

Ello, aunado a que en atención al principio de inescindibilidad, en estas materias que revisten especial trascendencia social, no son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma, tomando solo apartes de sus contenidos, para aplicarlas a ciertos presupuestos de hecho; pues, sin lugar a dudas, ello implica el quebrantamiento del orden normativo establecido, que debe ser analizado y aplicado en su conjunto, so pena de incurrir en el desconocimiento de su verdadero espíritu.

Y, en lo que concierne al Régimen de Transición de los Congresistas, establecido por el Decreto 1293 de 1994, entendido el régimen de transición como aquel que busca proteger expectativas pensionales a futuro, pero que se enmarquen en el régimen pensional vigente al momento de expedición de la nueva Ley; (...) extiende su cobertura a quien siendo Congresista para el 1° de abril de 1994 -vigencia de la Ley 100 de 1993-, además cumpla con la edad -40 años o más si es hombre o 35 años o más si es mujer- o la cotización o el tiempo de servicios por 15 años o más.

De esta suerte, para ser destinatario del Régimen de Transición de Congresistas, se requiere de una condición imprescindible, que no es otra que ostentar la calidad de Parlamentario a la fecha en que entra en vigor el Régimen General de Transición, circunstancia que no puede ser omitida.

En otras palabras, es preciso determinar en cada caso en particular, si se reúnen los requisitos de ley necesarios para ser beneficiario del Régimen de Transición y ello se torna en absolutamente necesario, porque el hecho de estimar que se es beneficiario del régimen, con ocasión de haber sido miembro del cuerpo legislativo por escasos meses, no implica que la pensión jubilatoria se deba reliquidar con sujeción al mismo.

El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del estatus jurídico favorable adquirido en el pasado, por encontrarse en condición de actividad congresional, que permite resguardar las expectativas conforme a la normativa que luego fue retirada del ordenamiento jurídico.

Pero que a su turno, no puede prolongarse en el tiempo, es decir, más allá de la vigencia del Régimen General de Transición, porque de ser así, sería tanto como pretender su aplicación en forma virtual, como una opción en el tiempo mucho después de la vigencia de la Ley Particular, situación que desnaturalizaría la figura de la Transición y que de paso impediría que el Régimen de Transición ordinario cumpliera con su misión de unificar el sistema pensional dejando de lado los regímenes especiales de pensiones, entre ellos, el de los Parlamentarios.

Aunado a lo anterior la Sala considera necesario precisar, que no puede perderse de vista, que desde la perspectiva constitucional, la garantía de los derechos adquiridos -que para el efecto de los requisitos prestacionales se equipara a la proyección en el tiempo de una situación jurídicamente protegida y que, a la luz de la doctrina sobre el tema expresada en nuestra jurisprudencia integra el componente doctrinario que soporta la institución del Régimen de Transición-, proyecta en la resolución de los conflictos pensionales una serie de consecuencias objetivas.

En efecto, históricamente la constitucionalidad de las modificaciones prestacionales y aún salariales atribuidas a la competencia del Legislador, ha estado condicionada a la definición previa de los regímenes de transición en la aplicación de cualquier nueva regulación, que de manera sustancial afecte las situaciones jurídicas preestablecidas o en proceso de consolidación.

Lo precedente significa, que el denominado régimen de transición es un sistema de distinción en el tratamiento de derechos consolidados o en proceso de estructuración jurídica, lo cual trae como consecuencia, su carácter taxativo, que impide al intérprete en definición de litigios judiciales aplicar de manera llana el principio de favorabilidad, dado que ello implicaría la creación de una discriminación positiva no prevista por el Legislador con grave detrimento al principio de equidad.

Por manera, que la extensión en forma indiscriminada de un régimen de transición a beneficiarios que ya han consolidado estatus jurídico, representa una instancia de violación de la ley por indebida aplicación de la misma, en razón a que sin que exista causa jurídica alguna, una situación gobernada y constituida a la luz del efecto cumplido, se reintegraría a una ley expedida posteriormente, para extraer de esta última unas consecuencias no previstas por el Legislador, con lo que además de quebrantar el sistema jurídico correspondiente, se establece un sistema privilegiado, que en el caso específico de la seguridad social por razones pensionales, emerge

totalmente extraño a lo previsto por el propio Constituyente, para el caso de lo reglado en el artículo 48 de la Carta Política conforme a las modificaciones del Acto Legislativo 1 de 2005, que integró al mundo de la seguridad social en materia pensional, el principio de la sostenibilidad fiscal del sistema, que se proyecta en que en la liquidación de las pensiones, sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotización, a efectos de que el gasto en materia prestacional vaya de la mano con el ingreso necesario para su financiación.

De igual modo se evidencia una clara vulneración de la ley por su aplicación indebida, cuando el Régimen de Transición Congressional se aplica a quienes ni si quiera tienen expectativa por consolidar, surgida como condición preexistente a la luz del Régimen Especial de los Parlamentarios. En otras palabras, se transgrede el sistema jurídico cuando se pretende, en la búsqueda del privilegio de la normativa especial, extender los beneficios de ese régimen particularísimo, no obstante encontrarse la situación claramente regida por la ley general, cuando se ha sido elegido para legislaturas posteriores a aquella, lo que de paso despoja de su efecto útil a la norma que justamente dispuso la incorporación al sistema general de pensiones.

En otros términos, el manejo no riguroso del régimen de transición a la luz de la Constitución vigente, además de la situación de discriminación positiva carente de causa, contribuye a desarticular principios constitucionales básicos para la sostenibilidad del sistema financiero de la seguridad social, lo cual a la postre degenera en la ocurrencia de beneficios pensionales de gracia, que a todas luces representan una carga injustificada para todos los ciudadanos que aportan al sistema.

4.3. En atención a las anteriores precisiones en cuanto al Régimen Especial y de Transición de los Congresistas, concluye esta Sala que la demandante al haber prestado sus servicios al Estado en calidad de Representante a la Cámara desde el 1° de febrero hasta el 19 de julio de 1999 y desde el 1° de noviembre de 2000 hasta el 19 de julio de 2002, es evidente que su caso particular no se encuentra gobernado por este sistema normativo de carácter específico, que regula las pensiones de jubilación de los parlamentarios en las condiciones anotadas.

En efecto, aunque para el 1° de abril de 1994, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993, superó la edad de 35 años, lo cierto es, que en esa época no era miembro del cuerpo legislativo, condición que como se analizó en apartado

precedente, es indispensable para ser beneficiario de dicho régimen, pues como se indicó, está probado que inició su actividad Parlamentaria solo a partir de 1999, es decir, mucho tiempo después de entrar en vigencia la aludida Ley, situación que la ubica como destinataria del régimen de transición general.

Se debe recordar, como se estableció en párrafo antecedente, que el Régimen de Transición de los Parlamentarios está encaminado a brindar protección a las expectativas de quienes se encontraban prestando sus servicios como Congresistas a la fecha de vigencia de la Ley que regula el sistema general de pensiones. »...

*Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren,
Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL Y PLAN DE RETIRO COMPENSADO DE LOS EMPLEADOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Beneficiarios. Requisitos. Diferencias. Topes pensionales

11 agosto de 2016

Radicación: 25000-23-25-000-2005-07847-03(1315-12)

...«Los artículos 1.º literal b) y 2.º del Decreto 691 de 1994 incorporaron al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los servidores públicos del Congreso de la República a partir del 1.º de abril de 1994.

“El Decreto 1359 de 1993 solo reglamentó la situación de los Congresistas, empero nada dijo con relación a los empleados del Congreso.

La regulación para estos últimos está contenida en el Decreto 1293 de 1994, que consagró el régimen de transición para Congresistas y empleados del Congreso. En ese sentido, el artículo 2.º *ejusdem* precisó que la Ley 100 de 1993 no es aplicable a los empleados del Congreso que al 1.º de abril de 1994: (i) tengan 40 o más años de edad si es hombre o treinta y cinco (35) o más años de edad si es mujer y/o (ii) que hubieran cotizado o prestado servicios durante quince (15) años o más.

Además de estos requisitos dicho servidor público debía estar vinculado a la entidad al 1.º de abril de 1994.

Una vez se verifique que el empleado del Congreso es beneficiario del régimen de transición, la norma para efectos pensionales que se debe aplicar es el Acuerdo 26 de 1986 por expresa disposición del inciso 2.º del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994. Los requisitos que el mismo preceptúa para adquirir la pensión de jubilación son: (i) Que el empleado del Congreso haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos en empleos oficiales y: (ii) tenga cincuenta y cinco (55) años.

(...).

2. El plan de retiro compensado de empleados del Congreso de la República consagrado en el Decreto 1072 de 1996.

Ahora bien, además del régimen especial que rige a los empleados del Congreso de la República consagrado en el Acuerdo 26 de 1986 cuando se cumplen los requisitos del régimen de transición de que trata el artículo 2.º del Decreto 1293 de 1994 y que fue expuesto en el acápite anterior, el artículo 18 de la Ley 4ª de 1992 ordenó al Gobierno Nacional establecer un plan de retiro compensado para los empleados de tal corporación.

El aludido plan de retiro, que se reitera es distinto al régimen especial que regula el régimen pensional de los empleados del Congreso de la República, está contenido en el Decreto 1076 de 1992 y es aplicable, por disposición del artículo 1.º de esta normativa, al personal administrativo nombrado por las mesas directivas y al personal elegido por los miembros del Congreso cuyos cargos figuren en las plantas de personal establecidas en las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983, así como a los ex-empleados desvinculados en el período vigente a la expedición del decreto que deban ser reintegrados por mandato judicial o conciliación administrativa.

De conformidad con lo señalado en el Decreto 1076 de 1992, el plan de retiro compensado debía contener, entre otras cosas, lo relativo a las pensiones de jubilación. Así, el artículo 3.º de dicha normativa dispuso como requisitos para que los empleados del Congreso de la República tuvieran derecho a dicha prestación social, los siguientes: (i) Acreditar 19 años o más de servicios continuos o discontinuos en la corporación a la fecha de la publicación de dicho decreto y (ii) cualquiera que fuera la edad.

Precisó además la citada norma que quienes se pensionaran acogidos al mencionado plan tendrían derecho a una prestación equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis meses de servicio.

Por su parte, el párrafo del artículo 3.º *ibidem* señaló que se reconocería también la pensión a quien tuviera 18 años y 6 meses de servicio en el Congreso y un año en cualquier entidad del Estado.

El plan de retiro compensado debía, por disposición del artículo 12 del Decreto 1076 de 1992, realizarse en dos etapas durante la vigencia del año fiscal de 1992 así: **a)** Entre el 1.º y el 19 de julio y; **b)** del 1.º al 30 de octubre.

El reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata la mencionada norma se encuentra a cargo del Fondo de Previsión del Congreso de la República de acuerdo con el artículo 11 de dicha disposición.

2.1. Diferencias entre el régimen especial de empleados del Congreso y el plan de retiro compensado

El plan de retiro compensado para los empleados del Congreso de la República ordenado por la Ley 4ª de 1992 en su artículo 18 y desarrollado en el Decreto 1076 de 1992 difiere del régimen especial consagrado para estos servidores públicos en el Acuerdo 26 de 1986 porque: **(i)** se estableció por una sola vez; **(ii)** es excluyente en tanto que solo cubre al personal administrativo nombrado por las mesas directivas y al personal elegido por los miembros del Congreso cuyos cargos figuren en las plantas de personal establecidas en las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983 y a los ex-empleados desvinculados en el período vigente a la expedición del decreto que deban ser reintegrados por mandato judicial o conciliación administrativa y; **(iii)** los requisitos para ser beneficiario de la pensión de jubilación consagrados en el plan no son los mismos que los fijados en el Acuerdo núm. 26 de 1986.

En efecto, para ser beneficiario de la pensión de jubilación que consagra el Decreto 1076 de 1992 el empleado del Congreso debe: (i) Tener 19 años o más de servicios continuos o discontinuos en la corporación a la fecha de la publicación de dicho decreto y (ii) sin importar la edad. Y/o tener 18 años y 6 meses de servicio en el Congreso y un año en cualquier entidad del Estado.

2.2 Topes pensionales. Recuento normativo y jurisprudencial.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los empleados del orden nacional, esto es, al 1.º de abril de 1994, el monto máximo de las pensiones estaba regulado de manera general por el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988 en los siguientes términos:

[...] **Artículo 2.-** Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual, **ni exceder de quince (15) veces dicho salario;** salvo lo previsto en convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales.

Parágrafo: El límite máximo de las pensiones, sólo será aplicable a las que se causen a partir de la vigencia de la presente ley [...]» (Negrilla y Subraya fuera de texto).

No obstante, una vez entró en vigencia la Ley 100 de 1993 la misma estableció en su artículo 273 que el Gobierno Nacional podía incorporar al sistema, entre otros servidores públicos, a los del Congreso de la República, con la condición de respetar los derechos adquiridos.

La precitada incorporación se efectuó con el Decreto 691 de 1994, el cual en su artículo 1.º dispuso incorporar al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, a los siguientes servidores públicos: a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas, y b) Los servidores públicos del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República.

En el párrafo del citado artículo, se dispuso que la incorporación de los servidores públicos debía efectuarse sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

Al ser aplicable el nuevo sistema general de pensiones a estos servidores, a raíz de lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, surgió la duda acerca de si era posible que el tope pensional señalado en la Ley 71 de 1988 regulara la situación de los servidores del Congreso de la República. El artículo 35 señaló:

«[...] ARTÍCULO. 35.- Pensión mínima de vejez o jubilación. El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente.

PARÁGRAFO. **Las pensiones de jubilación reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 no estarán sujetas al límite establecido por el artículo 2º de la Ley 71 de 1988**, que por esta ley se modifica, salvo en los regímenes e instituciones excepcionadas en el artículo 279 de esta ley [...].» (Subrayas de la Subsección).

El 4 de febrero de 1994, se expidió el Decreto 314 reglamentario de la Ley 100 de 1993 que en su artículo 2.º determinó como monto máximo de las pensiones para los afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales.

Así, la duda a resolver consistía en determinar si a las pensiones reconocidas a los servidores del Congreso de la República que se acogieron al plan de retiro compensado de que trata el Decreto 1076 de 1992 se les aplicaba el tope máximo fijado en el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988 o no. Tal cuestionamiento se derivó del contenido del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 que exceptuó de dicho límite a las pensiones reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992.

Al respecto, esta Corporación mediante sentencia de 12 de marzo de 1998, [Exp. No. 8090, M.P. Silvio Escudero Castro.] concluyó que el límite establecido en el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988 sí debe regir las mesadas pensionales reconocidas en favor de los servidores del Congreso de la República en virtud del Decreto 1076 de 1992 porque: (i) Dicha norma no hace alusión alguna al tope máximo del monto de la pensión y; (ii) la misma solo reguló los requisitos para acceder a la prestación social y el porcentaje de la misma (75% del promedio de los últimos 6 meses de servicio).

Con fundamento en lo anterior, en la providencia se señaló que ante la falta de regulación sobre el tema, debían tenerse en cuenta para resolver los casos, las regulaciones de carácter general que gobiernan tal punto, esto es, el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988.

Ahora, en sentencia C- 155 de 1997 la Corte Constitucional definió el criterio bajo el cual la normativa mencionada se debe aplicar, en los siguientes términos:

«[...] En relación con el cargo referente a los topes pensionales previstos en los artículos 2 de la Ley 71 de 1988 y 2 de la ley 4 de 1976 demandados, **encuentra la Corte que el señalamiento del valor mensual de la pensión mínima de vejez-jubilación establecida en el inciso primero del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, modifica, pero no desconoció retroactivamente los límites máximos y mínimos establecidos en los artículos mencionados** [...]

[...] en consecuencia de lo anterior, estima la Corte conveniente, precisar que la cuestión debatida no involucra un desconocimiento de los derechos adquiridos, **ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no tienen por qué ser alteradas en el futuro por el parágrafo del artículo 35 de la ley 100; es claro entonces que la ley 71 de 1988 y la ley 4 de 1976, no introducen discriminación alguna ya que una es la posición de quienes han**

adquiridos el derecho en vigencia de cada una de estas leyes y otra distinta la de quienes bajo los efectos de la Ley 100 de 1993 en el futuro puedan consolidarla.

Ahora bien, advierte la Corte que los topes máximos establecidos en virtud de las normas cuestionadas en este proceso, eran exequibles desde la fecha de su expedición, esto es, en vigencia de la Carta de 1886 y como tal produjeron sus efectos jurídicos en casos concretos; empero hacia el futuro, **estima la Corporación, hay que examinar, por parte de los operadores jurídicos, las situaciones de hecho y de derecho de cada caso concreto, puesto que en virtud del fenómeno económico de los reajustes periódicos del valor de las pensiones legales, previsto en el artículo 53 de la Carta, así como la existencia del principio de favorabilidad laboral, ante la modificación que produjo la puesta en vigencia de los artículos 18 y 35 parágrafo único de la ley 100 de 1993; el tope máximo pensional de 15 salarios mínimos fijado por el legislador, puede sufrir aumento hasta el tope máximo de 20 salarios mínimos, desde la entrada en vigencia del estatuto de la seguridad social, cuando el reajuste automático de las mesadas pensionales excedan o sobrepasen el tope máximo fijado por el artículo 2 de la ley 71 de 1988 cuestionado [...]**».

De conformidad con lo anterior, la Sección Segunda de esta, determinó que del contenido del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 no puede deducirse que la norma excluyó del tope de las mesadas a las pensiones que se otorgaron después de entrada en vigencia la Ley 4ª de 1992.

Por el contrario, es posible aplicar, en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional, el 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.

Al respecto y como interpretación de la sentencia de la Corte, la Sección Segunda (Subsección B), Corporación [sentencia de 13 de septiembre de 2012. Rad.25000-23-25-000-2005-07696-02(0618-12), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila] consideró que a los empleados del congreso que se acogieron al plan de retiro compensado contenido en el Decreto 1076 de 1992 era procedente aplicarles el tope pensional de 20 smlmv en virtud del principio de favorabilidad. En ese sentido indicó:

«[...] Con fundamento en el anterior criterio jurisprudencial, esta Corporación ha sostenido que “el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 no eximió de tope máximo a las pensiones reconocidas con posterioridad al 18 de mayo de 1992, fecha de entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992, lo que permite es adoptar el tope máximo **“que esta Ley modifica”**, aumentándolo de 15 a 20 salario mínimos» (El resaltado es del texto).

Así, **esta Subsección ha concluido que las pensiones de los empleados del Congreso que se acogieron al plan de retiro compensado previsto por el Decreto 1076 de 1992, también están sujetas a los topes legales, aclarando que en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad que rige en materia laboral (artículo 53 de la Constitución Política), es viable aplicar el tope máximo de 20 salarios mínimos establecido en la Ley 100 de 1993, siempre que la prestación haya sido reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992, esto es el 18 de mayo de 1992 [...].**

Con fundamento en el criterio fijado por la Corte Constitucional, en relación con la aplicación del parágrafo del artículo 35 de la Ley 100 de 1993, se concluye que a quienes se les reconoció la pensión después del 18 de mayo de 1992 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992), tienen derecho a que su pensión alcance el monto de 20 s.m.l.m.v., pues tal precepto normativo es más favorable a sus intereses en la medida en que el tope pensional que venía rigiendo para la generalidad de pensionados era el establecido por la Ley 71 de 1988, es decir 15 s.m.l.m.v [...].».

En conclusión: El límite establecido para las mesadas pensionales en el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988 sí debe regular las reconocidas en favor de los servidores del Congreso de la República en virtud del Decreto 1076 de 1992 porque: (a) Dicha norma no se refirió al tope máximo del monto de la pensión y; (b) la misma solo definió los requisitos para acceder a la prestación social y el porcentaje de la misma.

Por lo anterior, ante la falta de regulación sobre dicho tema, es preciso remitirse a las normas de carácter general que lo fijan, esto es, el artículo 2.º de la Ley 71 de 1988.

Ahora, de acuerdo con la interpretación que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-115 de 1997 y las providencias que ha emitido esta Sección, el artículo 35 de la Ley 100 de 1993 no excluyó del tope

pensional a las pensiones que se otorgaron después de entrada en vigencia la Ley 4ª de 1992, por el contrario, la norma permitió, en virtud del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional, 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.

No se ordenará que el señor Rozo Niño devuelva las sumas pagadas por la mesada pensional, por cuanto dentro del proceso no se demostró que actuara de forma dolosa o de mala fe para obtener la pensión sin tope máximo. »...

*William Hernández Gómez, Gabriel Valbuena Hernández,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

II. FUERZA PÚBLICA

PENSIÓN VITALICIA PARA LOS MIEMBROS DE LAS BANDAS DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL

*Reconocimiento a quienes prestaron servicios a la República
Unitaria o al Estado Confederado*

19 de abril de 1915

Radicación: CE-SCA-EXP1915-N0419

...«¿El tiempo de servicio debe computarse únicamente por el prestado después de la vigencia de la Constitución de 1886 y el prestado al Gobierno de la Confederación Granadina?

¿Las campañas debieron hacerse precisamente en defensa de los principios políticos que informan aquéllas?

No, ha respondido el legislador del año de 1912, con amplitud de criterio que le hace honor. No, lo que la ley manda recompensar son los servicios prestados a la República, ya esté ella organizada en forma de República Unitaria, ya en la de Estados Confederados, y ya se le hayan prestado tales servicios en las bandas nacionales, en las de los extinguidos Estados Soberanos o en las de los departamentos.

Lo que la ley recompensa es la lealtad, la decisión y la buena voluntad con que se ha servido a la Patria, sosteniendo las instituciones y defendiendo los diferentes gobiernos legítimamente constituidos que han regido los destinos de la Nación.

De ahí que sí reconocen de modo tan explícito los servicios prestados en las bandas de música de la Unión colombiana, reconozca implícitamente las campañas hechas por los mismos individuos en defensa de los gobiernos legítimos de dicha Unión.»

Próspero Márquez, Adriano Muñoz, Luis Felipe Rosales.

PENSIÓN MILITAR DE OFICIAL EN RETIRO

Reconocimiento sujeto a la prueba de la buena conducta por el cura párroco

21 de octubre de 1915

Radicación: CE-EXP1915-N1021

...«En el juicio sobre reconocimiento de una pensión militar al señor Coronel Lucio Jiménez T., se dictó por el consejero ponente, el once de junio último, auto en que se dispone que se compruebe la buena conducta del actor con el certificado del párroco respectivo. De esta providencia apeló el fiscal porque, dice, no encuentra ninguna disposición que exija ese comprobante a la persona del militar que directamente reclame el reconocimiento de pensión por el término que le ha servido al Gobierno.»

(...)

Si se examina detenidamente la legislación sobre pensiones que en diferentes épocas ha regido en el país, se observará fácilmente que de manera explícita unas veces, otras implícitamente, los legisladores han querido siempre que la pensión o la recompensa que se otorguen en nombre del Estado, recaigan en personas que no hayan manchado con una conducta notoriamente mala los propios merecimientos o los de sus antepasados que los hicieran acreedores a la pensión o recompensa del Tesoro Público.()

Esta sola disposición, artículo 11 de la Ley 149 de 1896, justificaría el auto que se analiza, porque es claro que si la mala conducta del pensionado autoriza al poder ejecutivo para suspender el pago de una pensión o recompensa, es decir, para dejar de cumplir la sentencia que decretó la recompensa o la pensión, con mayor razón esa mala conducta debe ser causa para que la pensión no se decrete.

Quiere la ley que no disfruten de pensión personas que por su mala conducta notoria se hayan hecho indignas de ella, y por eso autoriza para retirársela a quienes la tengan y se encuentran en ese caso.

Pero si se admite que no hay en la Ley 149 de 1896, ni en las que con posterioridad a ella se han expedido sobre la materia, disposición expresa que exija la certificación de que se viene hablando [] por lo demás, la conducta del militar mientras está en servicio se acredita en su hoja de servicios; desde que se retira a la vida privada, debe comprobarse como la de cualquier otro aspirante a pensión o recompensa.»

Próspero Márquez, Adriano Muñoz, Luis Rosales.

RECOMPENSA MILITAR UNITARIA

Reconocimiento en favor del cónyuge sobreviviente depende de la prueba técnica de que la muerte del militar es consecuencia directa de la enfermedad contraída en el servicio.

27 de julio de 1916

Radicación: CE-SCA-EXP1916-N0727

...«La señora Virginia Salgar de Galindo demanda de la Nación el reconocimiento y pago de la recompensa unitaria que a su juicio le corresponde, en su condición de cónyuge sobreviviente del general Roberto Galindo, muerto en Barranquilla el 14 de noviembre de 1913, a consecuencia de enfermedad contraída en campaña, al servicio del Gobierno, en la guerra de 1899 a 1903.

(...)

Los términos en que está concebida esta disposición, ordinal 3º del artículo 5 de la Ley 21 de 1904, y el espíritu general que informa las leyes sobre la materia, indican que el fundamento de la causal allí determinada debe establecerse de una manera muy precisa, segura y concreta, esto es, que la relación de causa y efecto entre la enfermedad contraída en campaña, y la muerte, aparezca con tal evidencia, dadas las circunstancias especiales, que no haya lugar a otros supuestos dentro de la manifestación ordinaria de los hechos. Si así no fuera, la aplicación del ordinal citado sería tan extensa, que comprendería quizá la mayor parte de los militares del Gobierno, muertos en cualquier tiempo, después de la guerra, porque el servicio de campaña en estos climas y al choque de tantos elementos destructivos, desgastan y debilitan, por lo menos, el organismo, para que más o menos tarde una enfermedad intercurrente produzca la muerte. Es necesario tener muy en cuenta la relación de tiempo y las circunstancias personales de vida, una vez que el solo quebranto de la edad, la falta de higiene adecuada, los climas malsanos en que se habite con posterioridad a la época de la guerra, los

vicios, la miseria, etc., son causas para prolongar y agravar una enfermedad, leve en un principio, y fácilmente curable.

El Consejo de Estado no estima cumplida la condición fijada en el ordinal 3º del artículo 1º de la Ley 21 de 1904, por el hecho de que se afirme que un militar murió después de diez años de terminada la guerra, a consecuencia de un paludismo contraído en campaña.»...

(...)

Se trata de dos problemas de rigor científico: 1º, si el paludismo que se dice padecía el general Galindo fue contraído realmente en la campaña militar; 2º, si esa enfermedad le ocasionó la muerte en 1913.

(...)

Ante todo, la prueba testifical es inadecuada para esta clase de demostraciones. Es la pericial la conducente, según el sistema clásico, reconocido en el Código Judicial.

(...)

Quizá no sea aventurado decir que en este país la mayor parte de los individuos que han recorrido nuestras zonas deletéreas, están afectados de paludismo. Esta enfermedad admite curación mediante un régimen adecuado; pero si se desatiende, puede arrastrar a la muerte, más o menos tarde, porque reduce al sujeto a condiciones de debilidad muy propicias para que un accidente de carácter agudo lo venza seguramente.

Por eso no puede aplicarse la disposición legal citada, en el sentido absurdo de cargar a la Nación todas las consecuencias que puedan sobrevenir por el mal tratamiento de una enfermedad crónica, de especie curable, cuyos gérmenes procedan de remota época.»...

Próspero Márquez, Adriano Muñoz, Jesús Perilla, Luis Felipe Rosales.

**ASIMILACIÓN A MILITARES DE TIEMPO DE SERVICIO DE LOS MIEMBROS
DE BANDA DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL**

Para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación

13 de mayo de 1931

Radicación: CE-EXP1931-N0513

...«De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 103 de 1912 y del artículo 13 de la Ley 102 de 1927, y los miembros de las Bandas de Música del Ejército se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896, y se les computará en su hoja de servicios todo el tiempo que hayan servido en las Bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos, bajo cualesquiera de las dependencias del poder público que hubieren prestado sus servicios. La Ley 107 de 1928, en su artículo 2° preceptúa que a los miembros de las Bandas del Ejército de la República se decretará las pensiones de acuerdo con la cuantía que corresponda al mayor grado de asimilación militar, reconocida en la respectiva hoja de servicios expedida por el Ministerio de Guerra.

(...)

La Ley 75 de 1925, sobre sueldo de retiro a los Oficiales del Ejército, indica las condiciones y requisitos exigidos para ello; y el Decreto número 251 de 1926, reglamentario de dicha Ley, exige de modo preciso los comprobantes que deben exhibirse para que pueda reconocerse el respectivo sueldo de retiro.

(...)

Consta en la hoja de servicios que el señor Burgos sirvió mucho tiempo con la asimilación y sueldo de Capitán; y aun cuando la última asimilación que tuvo fue la de Teniente, hablando la Ley 107 de 1928, en su artículo 2.º, que la pensión se decreta de acuerdo con la cuantía que corresponda al mayor grado de asimilación militar reconocida en la respectiva hoja de

servicios expedida por el Ministerio de Guerra, es claro que al señor Burgos debe reputársele con la asimilación de Capitán, para efecto de declararle la pensión que solicita.

(...)

Apareciendo en la hoja de servicios del señor Reinaldo Burgos, aprobada por el Ministerio de Guerra el 15 de enero de este año, que dicho señor “sirvió como Músico de primera clase, asimilado a Capitán, en tiempos de guerra, desde el 1.º de diciembre de 1900, hasta el 1.º de junio de 1903, que se restableció el orden público,” y que “por Resolución número 13 del Ministerio de Guerra, de fecha 23 de enero de 1912, fue nombrado Músico Solista, con el sueldo de Subteniente, de la Banda militar de Música del Regimiento de Infantería Ayacucho número 12 de guarnición en Ibagué, empleo que sirvió desde el 23 de enero de 1912 hasta el 1.º de agosto de 1914, que fue dado de baja por abandono del puesto

(...)

1º De acuerdo con las disposiciones legales que en la época regían la materia, el Ministerio de Guerra, por Resolución número 13 de 23 de enero de 1912, nombró a Reinaldo Burgos Músico Solista de la Banda de Música del Regimiento de Infantería Ayacucho número 12, de guarnición en Ibagué, asimilándolo para efectos fiscales, únicamente a Subteniente, o lo que es lo mismo, el sueldo mensual que se le pagaba por sus servicios como Músico, era igual al asignado a un Subteniente del Ejército. Esta asimilación no quiere decir que el causante tenga un grado aprobado o reconocido, de acuerdo con lo establecido, en las leyes sobre el particular.

Mas tal nombra miento y asimilación a Subteniente, habiendo venido sirviendo antes asimilado a Capitán, para efectos de sueldo mensual, no implicaba que dicha Resolución obligara al señor Reinaldo Burgos a aceptar el puesto, ni podría haberlo hecho, puesto que ello era un acto de su voluntad.

2º Del punto anterior se deduce que el abandonar el puesto para que había sido nombrado, no podía reputarse como una desertión, en virtud de habersele asimilado únicamente para efectos fiscales y no estar comprendido en el caso del artículo 1570 del Código Militar...»

Félix Cortés, Junio E. Cancino, Nicasio Anzola, Pedro A. Gómez Naranjo, Pedro Martín Quiñones, Pedro Alejo Rodríguez, Sergio A. Burbano.

SUELDO DE RETIRO EN EL EJÉRCITO NACIONAL

Se liquida con base en el sueldo señalado para el grado en el escalafón militar que tuviera el oficial al momento del retiro del servicio, así se encuentre desempeñando otro cargo a la fecha

Descuento de aportes

20 de agosto de 1929

Radicación: CE-EXP1929-N0820

...«El retiro forzoso del Ejército que da lugar al sueldo de retiro se verifica por razón de la edad del oficial, y así la ley al determinar una edad para cada grado y no una edad para determinado puesto en filas, sitúa el derecho del Oficial en el cumplimiento de la edad correspondiente al grado. De esta suerte, si se acepta que al llegarle al militar el momento de su retiro, que no puede ser sino por haber cumplido la edad de su grado, se le asigne un sueldo de retiro correspondiente a un grado inferior o superior al de su edad, resulta que la gracia a que el legislador le da derecho en el primer caso por su edad y por su grado, y a la que lo limita en el segundo, vienen a salir de la norma rigurosa de la ley para quedar al arbitrio de las precarias organizaciones de las tropas, con flagrante menoscabo de los preceptos legales sobre ascensos, que son el mejor amparo de los miembros de la institución armada»...

Así pues, como el legislador determina perentoriamente que ningún oficial pueda ser nombrado para ocupar un puesto o destino de rango inferior a su grado en el escalafón, y si autoriza para que un oficial ocupe un puesto correspondiente al grado inmediatamente superior, es sobre la base de que disfrute el sueldo de su grado efectivo, la única interpretación posible, ante la misma ley, de la expresión último sueldo devengado para fijar el de retiro de los militares, tiene que ser la que conduzca a liquidar esa asignación de retiro por el grado y no por el puesto, ya que jamás será buena interpretación de una ley la que vaya contra el sentido de otra y por. Que siempre ha sido norma de derecho que entre las leyes debe haber la debida

correspondencia y armonía, y precisa interpretarlas unas por otras (*leges legibus concordare promptum est*).

Para terminar, debe hacerse presente que si por excepción y desde luego con menoscabo de las disposiciones de que se ha hecho mérito, ocurriese que a un oficial se le destina antes de su retiro a un puesto de asignación inferior a la de su grado, y al retirarlo la liquidación se formula por el sueldo correspondiente a su grado y no por el devengado en ese cargo, no resulta perjuicio para la caja especial del Ministerio, porque como se desprende de la misma nota que ha motivado esta providencia, allí hay manera de percibir del oficial la cantidad que por aportes a la caja aparezca en su contra, habida cuenta de la diferencia entre el sueldo del puesto que desempeñaba y el del grado»...

Nicasio Anzola, José Vargas Torres, Arcadio Charry, Pedro Alejo Rodríguez.

**SUELDO DE RETIRO DE OFICIAL DEL EJÉRCITO POR REINTEGRO AL
SERVICIO ACTIVO**

Reliquidación con base en el último sueldo y grado militar no desconoce el principio de cosa juzgada

11 de abril de 1939

Radicación: CE-EXP1939-N0411

« Llamado nuevamente al servicio activo, el Mayor de Páramo completó un tiempo de servicio de treinta taños, cinco meses, quince días, y fue ascendido al grado de teniente coronel, con aprobación del Senado de la República, y fue pasado por segunda vez a la situación de retiro temporal por Decreto número 120 de 26 de enero de 1938.

(...)

El teniente coronel de Páramo solicita del Consejo, por medio de su apoderado, doctor Francisco López Mojica, en escrito de 16 de junio del año pasado, el reconocimiento del mayor sueldo de retiro a que considera tener derecho por razón del mayor tiempo de servicio, de su ascenso y del mayor sueldo de actividad

(...)

El pensamiento del legislador fue garantizarles a los militares, retirados del servicio, un sueldo que guardara proporción al que devengaban estando en actividad, a fin de dar cumplimiento al precepto constitucional que les garantiza a los militares el no ser privados de sus sueldos, honores y grados. Para la efectividad de esta garantía, el legislador creó la Caja de Retiro de los oficiales de guerra, y dispuso que a los oficiales retirados se les pagara un sueldo equivalente al 30 por 100 del último sueldo devengado y correspondiente al último grado que tuvo el oficial en servicio activo, más un

3 por 100 por cada año de servicio que puede no ser continuo hasta treinta años, sin pasar del 75 por 100 del sueldo que corresponda al grado del oficial.

No se diga que al verificar la nueva liquidación, conforme al último grado y a la totalidad del tiempo de servicio, se deja de dar cumplimiento a la anterior sentencia del Consejo, puesto que por ésta se reconoció derecho fundado en un grado y en un tiempo de servicio menores, para un retiro que cesó por virtud de haber sido el mayor de Páramo llamado nuevamente al servicio activo. El nuevo sueldo que va a devengar de la Caja de Retiro, habrá de ser el que se fija por el presente fallo, puesto que es él el que reconoce el derecho demandado, con aplicación de las disposiciones que mandan tener en cuenta el último grado alcanzado y no otro anterior, y el último sueldo devengado y no los correspondientes a los distintos grados anteriores.»...

*Tulio Enrique Tascón, Elías Abad Mesa, Gustavo Hernández
Rodríguez, Ramón Miranda, Guillermo Peñaranda Arenas,
Ricardo Tirado Macías, Gonzalo Gaitán.*

ASIGNACIÓN DE RETIRO

Incompatibilidad con la pensión por invalidez

22 de abril de 1983

Radicación: CE-SCA-EXP1983-N0422

...«[S]in que le sea permitido a esta Sala entrar a calificar sobre la legalidad o ilegalidad del acto que le concedió al demandante la asignación de retiro, se presenta la oportunidad de estudiar nuevamente el punto planteado para llegar a la conclusión de que la jurisprudencia contenida en el fallo anteriormente citado, es equivocada y por consiguiente debe ser rectificada teniendo en cuenta lo siguiente:

Los artículos 20 del Decreto 1305 de 1975 y 143 del Decreto 612 de 1977, hacen incompatibles la asignación de retiro y la pensión de invalidez, pero permiten al interesado optar por las más favorables si reúne los requisitos legales, de lo cual resulta necesariamente.

1. Si dentro de la actuación administrativa los dictámenes médicos, demuestran que el interesado se encuentra en estado de invalidez absoluta y por otra parte reúne los requisitos para devengar asignación de retiro, ésta ya le ha sido reconocida, puede optar por la que le sea más favorable, escogencia ésta que obliga a la administración.

2o. Si dentro de la actuación administrativa, o en el proceso respectivo, sólo aparece probado que tiene derecho a la asignación de retiro, por sustracción de materia, no habría lugar a la opción y por consiguiente nada tendría que hacer el punto sobre la incompatibilidad.

3o. Si con posterioridad el interesado acredita derecho a pensión de invalidez, no obstante que ya está percibiendo el sueldo de retiro, lo adecuado es que solicite directamente ante la administración, la sustitución de éste por aquélla y que dicha circunstancia se comuniqué a la Sala de Sueldos

de Retiro de las Fuerzas Militares, para los efectos legales consiguientes. Lo mismo, puede solicitar ante la Justicia Contencioso Administrativa en el caso de que la administración le niegue estas peticiones, sin que sea obligatoria para el accionante solicitar, como lo había exigido antes la doctrina de la Corporación, la nulidad del acto por medio del cual se le reconoció la asignación de retiro, pues precisamente para tener derecho a la sustitución se parte de la base de que aquel acto es legal, claro y legítimo, tanto más si se tiene en cuenta que la sustitución sólo es posible cuando cada una de las prestaciones han surgido a la vida jurídica con el lleno de los requisitos legales, una de las cuales, las más favorables al interesado, lo obliga a optar por una de las dos. Tampoco podría hablarse en este caso, de renunciar a una, para pedir la otra, porque en las circunstancias indicadas, la prestación social es irrenunciable y si renuncia, entonces no habría lugar a sustitución por sustracción de materia. Menos podría acudir a la renuncia condicional, pues la sentencia también sería condicional, lo cual no es de recibo en materia civil o administrativa.

4o. Pero si lo anterior no fuera suficiente, basta recordar que la pensión de invalidez no es irreversible pues quien la disfruta puede dejar de ser inválido absoluto en cuyo caso no habría obligación de continuar reconociéndole la mencionada prestación, y así las cosas le quedaría la opción para solicitar la asignación de retiro en caso de tener derecho a ella o de que se le hubiera reconocido por medio del correspondiente acto administrativo. Empero, si antes renunció a ésta, no tendría la oportunidad de disfrutarla, con lo cual sufriría indudablemente un serio perjuicio.

5o. En consideración a que cada una de las prestaciones está a cargo de organismos oficiales distintos, al ordenarse la sustitución pretendida por el interesado, deberá comunicarse a la entidad encargada de pagar la prestación sustituida, para evitar así el pago por parte del Estado de dos prestaciones que son incompatibles entre sí.

Sentado lo anterior y atendiendo concretamente a las peticiones contenidas en la demanda, que ha dado lugar a este proceso, se observa que aquélla no se ciñe a los requisitos mínimos exigidos por la técnica jurídica, pues no se hace alusión alguna al sueldo de retiro que devenga el demandante ni se solicitó expresamente la sustitución de esta prestación por la pensión de invalidez, como era de rigor hacerlo. Con todo, estas deficiencias no constituyen inepta demanda y por lo tanto, es el caso de entrar a estudiar el fondo de la controversia.

En los términos anteriores, se rectifica el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, al cual se refiere el agente del Ministerio Público en su vista fiscal. Está probado en el informativo que la afección padecida por el demandante, según los dictámenes que se produjeron durante la primera instancia del proceso, lo inhabilitan en forma absoluta y permanente para desempeñar las actividades propias del personal combatiente dentro de las instituciones militares, pero apenas le producen una incapacidad parcial para efectuar las tareas propias de los servicios castrenses que se asimilan a los de la vida civil, de conformidad con lo expresado, en forma reiterada por la doctrina de la Corporación. Por esta razón el Tribunal del conocimiento, estimó que no podía accederse a la petición relacionada con la pensión de invalidez, solución esta que encuentra acertada la Sala Plena del Consejo de Estado si se tiene en cuenta que las otras pruebas médicas que se practicaron en la segunda instancia, tampoco dan base para concluir en forma diferente en que lo hizo el A-quo. En efecto, el dictamen proferido por el Instituto de Medicina Legal, cinco años más tarde de haber sido desvinculado el accionante del Ministerio de Defensa, no indica que la disminución de la capacidad laboral que presentaba el actor en el momento de su retiro, le producía invalidez absoluta, pues solamente en la fecha en que se produjo el dictamen, de julio 22 de 1981 pudo afirmarse que debe ser considerado “como inválido absoluto para desarrollar actividades propias de la vida civil”, según el mismo dictamen...»

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente (Salvamento de voto); Aydee Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flórez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Eduardo Ortiz Amaya, Salvamento de voto; Álvaro Orejuela Gómez (Salvamento de voto), Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco (Salvamento de voto), Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez R., Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy (Salvamento de voto), Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello (Salvamento de voto).

ASIGNACIÓN DE RETIRO

*Reajuste con base al índice de precios al consumidor. Principio de favorabilidad.
Sentencia de unificación*

17 de mayo de 2007

Radicación: 25000-23-25-000-2003-08152-01(8464-05)

...«3. En relación con la **competencia** para expedir la ley 238 de 1995, la Sala no pone en duda que el Congreso de la República la tenía en los términos de la Constitución Política (artículo 150).

4. En torno a las previsiones del artículo 10° de la ley 4ª de 1992, según el cual “Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones establecidas en la presente ley o en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, **carecerá de todo efecto** y no creará derechos adquiridos”, la Sala advierte que este artículo 10° no se refiere a una presunta ley posterior, pues la sanción allí establecida es la de su nulidad, en tanto que se le impide que produzca efecto alguno, y en tales condiciones solo puede referirse a cualquier otro acto jurídico diferente de la ley, que en ningún caso puede ser nula, sino inexecutable, lo cual es bien diferente.

Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su **aplicación**, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial **y más favorable**, según se verá mas adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera **incompatible** con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es mas favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma mas favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.»...

*Alberto Arango Mantilla, Jesús María Lemos Bustamante,
Jaime Moreno García, Ana Margarita Olaya Forero,
Alejandro Ordóñez Maldonado, Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE
DE AGENTE DE LA POLICÍA NACIONAL**

Principio de retrospectividad de la ley. Principio de favorabilidad

25 de abril de 2013

Radicación: 76001-23-31-000-2007-01611-01(1605-09)

...«La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando éste resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1° de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 151. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, **regirá a partir del 1o. de Abril de 1994.**”

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887. La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1° de abril de 1994. En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento. Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1° de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.»...

Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

III. PENSIÓN

CADUCIDAD DE PENSIONES Y RECOMPENSA POR CONDUCTA INMORAL

No es competencia del Consejo de Estado

8 de marzo de 1921

Radicación: CE-SCA-EXP1921-N0308

...«Es indudable la facultad que tiene el Gobierno para decretar la suspensión de pensiones cuando el agraciado se halle en algunos de los casos de que tratan los artículos 22, numeral 1° de la Ley 50 de 1886 y 14 de la Ley 149 de 1896. Estos artículos dicen:

Artículo 22 de la Ley 50: Queda revocada toda pensión gratuita en los casos siguientes: 1° Si el agraciado observa conducta notoriamente inmoral, Corresponde al Gobierno declarar la cesación de la gracia por los motivos mencionados.”

(...)

Artículo 14 de la Ley 149: El Poder Ejecutivo, de oficio o a pedimento de cualquiera autoridad o particular, suspenderá el pago de pensión o recompensa a quien se hallare en cualquiera de los casos de los artículos 8°, 9°, 10, 11, 12 y 13. Siempre que previamente se compruebe el caso, y dará cuenta de la suspensión a la Corte Suprema para que ésta, con citación del interesado, resuelva en definitiva sobre la caducidad de la pensión o recompensa. Esto en nada afecta la jurisdicción de los Tribunales para declarar la caducidad en casos ordinarios conforme a las leyes.”

Más como expresamente lo dispone el artículo 149 citado, el aviso debe darlo el Gobierno a la Corte Suprema de Justicia y no al Consejo de Estado.

No vale argüir contra esta afirmación que la Ley 130 de 1913 trasladó de la Corte Suprema al Consejo de Estado la jurisdicción para resolver, en definitiva, sobre la caducidad de las pensiones o recompensas, porque la Ley 130 no hizo sino reformar, dice (artículo 108), las leyes sobre pensiones, y la citada Ley, al fijar la jurisdicción sobre la materia, dijo en su artículo 18:

El Tribunal Supremo conoce privativamente en una sola instancia de los asuntos siguientes:

De las reclamaciones sobre recompensas militares. “

De las actuaciones sobre reconocimientos de pensiones conforme a la ley. No incluyó, por tanto, este artículo las resoluciones definitivas sobre caducidad de pensiones y recompensas, cuestión muy otra de la facultad de reclamarlas y reconocerlas, que se refiere, en vez de suspenderlas, a reconocerlas. Y sabido es que las disposiciones jurisdiccionales no admiten otra suerte de interpretación que la estrictamente ceñida a la ley, (Artículo 195 del Código Judicial).”

“Ni es tampoco razón para que el Consejo conozca de las actuaciones sobre caducidad de pensiones y recompensas, el hecho de que así lo haya resuelto el Gobierno en el Decreto número 1978 citado atrás, puesto que sólo el legislador puede atribuirle al Consejo funciones y reglas de jurisdicción.»...

*Arturo Campuzano Márquez, Sixto A Zerda,
Ramón Rosales, Sergio A Burbano.*

CESIÓN DEL DERECHO PENSIONAL

Negocio jurídico afectado por ilicitud en el objeto, frente al cual procede la orden de retención del valor de la pensión

16 de abril de 1929

Radicación: CE-SCA-EXP1929-N0516

...«Dados los precisos términos de la resolución ministerial acusada, se trata de saber, en sustancia, si el señor ministro de Hacienda y Crédito Público tenía facultad legal para ordenar, como lo hizo, la retención del valor de la pensión decretada a favor del citado señor Valenzuela, en consideración al derecho que sobre ellas alega, a título de cesionario de las, mismas, el señor Julio Tobón M.»...

Dedúcese de todo lo anterior que las pensiones pagadas por la Nación, sean civiles o militares, que llevan virtualmente la condición de no contar el agraciado con medio alguno de asegurar su subsistencia, tienen el carácter de alimenticias, y en tal virtud, y de conformidad con el artículo 424 del Código Civil, «no pueden transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse». Por la misma razón son vitalicias y no pueden ser objeto de compensaciones, como lo estatuye el artículo 425 de la obra citada. Siendo derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, no podrán ser embargadas por los acreedores del pensionado, porque por su naturaleza están fuera del comercio humano (ordinal 9º, artículo 1677 del Código Civil), y cualquier contrato que sobre ellas se celebre será nulo por ilicitud del objeto (artículos 1521 y 1523 del mismo Código).

Finalmente, y siempre en atención al carácter de alimenticias que tienen las pensiones en referencia, no puede hacerse transacción de ningún género sobre mesadas futuras sin aprobación judicial, según el artículo 2474 *ibidem*, sin que le sea dable al Juez permitirla si en ella se contraviene a lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del mismo»...

Si se estudia la Resolución materia de la demanda a la luz de los textos legales arriba citados, ha de llegarse, por lógica consecuencia, a la necesidad de decretar la nulidad de la misma, por contrariarlos de modo expreso. En efecto, al ordenar el Ministerio la retención de la pensión alimenticia a que tiene derecho el señor Valenzuela mientras se dilucida el derecho que sobre ella alega el señor Tobón, no solamente olvida el carácter de derecho estrictamente personal que a ella le asigna la ley, sino que admite la posibilidad de la venta o cesión del mismo, no obstante la prohibición legal, y es sabido «que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa violación de la ley, según el artículo 6° del mentado Código Civil»...

Nicasio Anzola, José Antonio Vargas, Arcadio Charry, Pedro Alejo Rodríguez.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

Son prestaciones gratuitas que reconoce el Estado a los servidores públicos. No constituyen derechos adquiridos. Retroactividad de las leyes pensionales

10 de noviembre de 1933

Radicación: CE-EXP1933-N1110

...«La acción protectora del Estado, inspirada en una política de reformas sociales, tiene un vasto campo de expansión en la esfera administrativa mediante una serie de aplicaciones prácticas, que en el caso concreto, se traducen en el reconocimiento de gracias a favor de los servidores públicos. Es por tanto improcedente hablar de derechos adquiridos en tratándose de esta especial materia. Las pensiones, recompensas o jubilaciones son gracias que el Estado concede y que puede retirar cuando a bien tenga, y si tiene potestad para lo más, la tendrá para lo menos.

Consecuencialmente, el legislador podrá modificar la cuantía de una pensión o recompensa; podrá suspender provisionalmente su pago; podrá modificar las condiciones exigidas por el ejercicio de la acción correspondiente, o variar fundamentalmente los requisitos esenciales para su obtención; y, en fin, podrá suspender indefinidamente su reconocimiento.

Y si las pensiones y recompensas son gracias que no se adquieren por los modos del derecho común, ni están sujetas a las reglas que rigen los derechos civiles, síguese en rigurosa lógica que el principio de la irretroactividad de las leyes es asimismo improcedente, por ser una garantía que se refiere únicamente a la salvaguardia de los derechos adquiridos. Esta ha sido la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado y de la Suprema Corte de Justicia.»...

Pedro Alejo Rodríguez, Nicasio Anzola, Junio Cancino, Félix Cortés, Pedro Gómez Naranjo, Víctor Pérez, Pedro Martín Quiñones.

IV. PENSIÓN GRACIA

PENSIÓN DE GRACIA DE MAESTRA DE ESCUELA

Requisitos de reconocimiento

15 de febrero de 1939

Radicación: CE-EXP1939-N0215

...«La señorita Ana Polonia Chaves pide se le reconozca la pensión de jubilación a que dice tener derecho en su carácter de maestra de escuela primaria oficial. Se apoya en las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928.

El artículo 4° de la Ley 153 del corriente año, confiere a esta corporación la competencia necesaria para conocer sobre esta clase de pensiones.

a) Dos declaraciones de los médicos doctores Tomás Doria M. y Manuel José Mosquera, rendidas ante el Juez 1° del Circuito de Popayán, con intervención del Agente del Ministerio Público, en las cuales aparece que la señorita Ana Polonia Chaves sufre de grave enfermedad y que necesita de una intervención quirúrgica urgente, que conforme a certificados que se acompañan, expedidos por los médicos nombrados, es un fibroma uterino, lo cual incapacita a la petente para continuar enseñando.

b) Certificado expedido por el Director de Educación Pública de Popayán, en que se hace constar que la demandante ha regentado escuelas públicas primarias oficiales por un lapso de 20 años; que durante el tiempo que las ha regido lo ha hecho con laboriosidad y competencia; que ha observado buena conducta y que el sueldo devengado en los dos últimos años ha sido de \$ 35.00 mensuales.

c) Los señores Antonio García P., Roberto Casas y Procomio Pérez declaran ante el Juez 1° del Circuito de Popayán, con intervención del señor

Agente del Ministerio Público, que la peticionaria es pobre, que carece de renta, que observa conducta intachable, que ha trabajado en el magisterio con honradez y consagración, y que no hay motivo de queja en el tiempo que ha ejercido el mencionado empleo.

d)El Administrador de Hacienda Nacional de Popayán certifica que la señorita Ana Polonia Chaves no es contribuyente a los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, y también que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

e)El señor Ministro de Educación Nacional conceptúa que la señorita Ana Polonia Chaves es acreedora a la pensión de jubilación que solicita.

De autos aparece que se han cumplido todos los requisitos que la Ley 114 de 1913 exige para tener derecho a la pensión que se demanda, por consiguiente debe resolverse favorablemente la presente petición, cuya cuantía se señala de conformidad con el artículo 2º de la Ley en cita.

Por tanto, el Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que la señorita Ana Polonia Chaves, vecina de Puerto Tejada, tiene derecho a. una pensión mensual vitalicia de jubilación de diez y siete pesos (\$ 17.00) que le serán pagados del Tesoro Nacional a partir de la fecha de la presente providencia.»...

*Tulio Enrique Tascón, Ramón Miranda, Gonzalo Gaitán,
Elías Abad Mesa, Gustavo Hernández Rodríguez,
Guillermo Peñaranda Arenas, Ricardo Tirado Macías.*

PENSIÓN GRACIA

No es requisito de reconocimiento la viudez o la soltería

13 de febrero de 1940

Radicación: CE-EXP1940-N0213

...«Por apelación que en tiempo interpuso la señora Soledad Lora de Calderón, corresponde a esta Superioridad revisar la sentencia de 13 de octubre próximo pasado, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cali niega la pensión de jubilación solicitada por la apelante, con base en los artículos 19 y 49 de la Ley 114 de 1913, que a la letra dicen:

“Artículo 1° 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.

“Artículo 4° Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

“1° Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez .

“2° Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.

“3° Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación **y** por un Departamento.

“4° Que observe buena conducta.

“5° Que si es mujer, está soltera o viuda.

“6° Que ha cumplido cincuenta años, o que **se halla** en incapacidad por enfermedad **u** otra causa, de ganar lo necesario para **su** sostenimiento.”

Agotada la tramitación propia del grado, procede fallar y con ese fin se considera:

Los requisitos de **que** hablan los transcritos artículos, únicos **exigidos** para que un maestro de escuela primaria tenga derecho **a la** gracia impetrada por **la** señora **Lora de** Calderón, **se hallan en el caso de que** trata el presente **fallo**, demostrados **en** forma plena **y** completa, **así**:

El relativo a tiempo de servicio, con el certificado del Director de Educación Pública del Departamento del Valle del Cauca, visible a los folios 8 y 9, en el cual consta que la demandante sirvió los siguientes cargos:

(...)

El relativo a la honradez y consagración con que desempeñó, durante el tiempo indicado, los distintos cargos expresados, y al hecho de carecer de medios de subsistencia adecuados a su posición social y costumbres, con el mismo certificado de la Dirección de Educación el primero, y el segundo, con las declaraciones de los testigos Juan de la Rosa Barrios y Ricardo Nieto, personas de reconocida honorabilidad, quienes así lo afirman.

El referente al hecho de no gozar en la actualidad de pensión o recompensa alguna de carácter nacional, con el certificado expedido por el Administrador de Hacienda Nacional del Valle del Cauca, visible al folio 6.

Y, en fin, el que dice relación a la buena conducta observada por la peticionaria y al hecho de haber llegado ya a la edad de cincuenta años y de hallarse en incapacidad, por enfermedad, de ganar lo necesario para su sostenimiento, con las mismas declaraciones de Barrios y Nieto y con la partida de origen eclesiástico que obra al folio 19, y que da cuenta de que la demandante nació en el mes de mayo de 1889.

La circunstancia de que la demandante sea mujer casada, apuntada en el fallo que se revisa como única causal para negar la pensión de jubilación, no es óbice al respecto, por haber sido derogado por el artículo 89 de la Ley 45 de 1931, el numeral 59 del artículo 49 de la Ley 114 mencionada, que exigía tal requisito.

De lo dicho hasta aquí se deduce que la señora Lora de Calderón tiene derecho a la pensión de jubilación pedida, y, por ende, que la sentencia de primer grado debe ser revocada.

Como en autos aparece plenamente demostrado que el sueldo devengado por la demandante fue de cuarenta y cinco pesos (\$ 45) mensuales, la pensión debe ser de veintidós pesos con cincuenta centavos (\$ 22.50), al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 114 de 1913.»...

Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G, Gonzalo Gaitán, Arturo Carrera, Gustavo Hernández Rodríguez, Ramón Miranda, Guillermo Peñaranda Arenas.

PENSIÓN GRACIA

Buena conducta se presume.

Prueba del ejercicio del cargo se tiene por satisfecha con el decreto de nombramiento y el acta de posesión por cada periodo escolar.

29 de enero de 1941

Radicación: CE-EXP1941-N0129

...«En lo relativo a la buena conducta y consagración en el ejercicio del cargo, el Tribunal fallador desestima la prueba de las declaraciones de testigos, porque juzga que, recibidas fuera de juicio, debieron ser ratificadas, para que tuvieran eficacia probatoria, de conformidad con el artículo 693 del Código Judicial. No estima así las cosas el Consejo, porque la buena conducta y la fama se presumen siempre, y sólo la mala conducta es susceptible de ser probada. Por otra parte, si la señorita demandante presentó decretos de nombramientos, desde el año de 1910 hasta el año de 1930, tiene a su favor la presunción de rectitud y honorabilidad, puesto que si se hubiera manejado mal en el ejercicio de sus cargos, no habría sido designada nuevamente, ni habría continuado en los cargos que ejercía.

Como se ve por el certificado expedido por el director de Educación, sólo faltaría el ejercicio del período comprendido entre el comienzo del acto lectivo de 1922 hasta el fin del año de 1925. Este período, sin embargo, en concepto del Consejo, aparece establecido con las actas de posesión y con los decretos de nombramientos que se han presentado para cada uno de los años comprendidos dentro de ese período. Es cierto que del nombramiento y la posesión no se colige innecesariamente el ejercicio del cargo; pero tratándose de años escolares, el Consejo acepta la presunción del ejercicio, por lo menos durante el año lectivo. Y esto es así, porque no tendría explicación ninguna el hecho de que la interesada fuera nombrada y posesionada, sin ejercer el cargo, durante cinco (5) años consecutivos. Si sólo existieran el decreto y la posesión en el comienzo del año de 1922, no

podría aceptarse que la interesada ejerció no sólo durante ese año lectivo, sino durante los tres años siguientes, pues eso no es lo que ordinariamente sucede. Pero, probado el nombramiento y la posesión en cada uno de esos años, sería exceso de rigor desechar la solicitud por no aparecer el certificado sobre ejercicio que aparece en los otros años, tanto más si se considera que ese certificado no niega el ejercicio, pues se limita a hacer constar hechos sobre los cuales se pidió una certificación precisa. Por estas razones, el Consejo considera que sí se han llenado por parte de la señorita Soledad Guerrero C. (Sor Soledad) los requisitos que exige la Ley 114 de 1913, en armonía con la Ley 116 de 1928. »...

*Antonio Escobar Camargo, Jenaro Cruz, Gonzalo Gaitán,
Gustavo Hernández Rodríguez, Guillermo Peñaranda Arenas,
Carlos Rivadeneira, Tulio Enrique Tascón.*

PENSIÓN GRACIA

Tiempo de servicio prestado en escuelas primarias se puede computar con el prestado en establecimientos de secundaria

18 de agosto de 1943

Radicación: CE-EXP1943-N0818

...«La Ley 114 de 1913, en que se apoya la demanda, otorga (artículo 1º) a “Los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de, veinte años”, una pensión de jubilación vitalicia equivalente (artículo 2º) a la “mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio”, si cumplen los demás requisitos que exige la misma Ley.

La Ley 37 de 1933 hizo extensivas “las pensiones de jubilación de los maestros de escuela” (artículo 3º) a aquellos “maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria”.

Según se ha visto, el demandante sólo ha servido en la enseñanza primaria 8 años 8 meses 17 días, de los cuales solamente 4 años 8 meses 17 días en las escuelas primarias oficiales, incluyendo los 10 meses 24 días que sirvió como Inspector Escolar.

Ahora bien: el Consejo de Estado, en recientes y repetidas ocasiones, ha sostenido que, para que un maestro pueda invocar el derecho que confiere la Ley 37 de 1933, es preciso que haya servido más de la mitad del tiempo exigido por la ley en la enseñanza primaria oficial, ya que el complemento no puede, en sana lógica, ser inferior a lo complementado. Y en razón de ello, si el servicio de los maestros de escuelas primarias oficiales, para efectos de la jubilación, puede completarse con servicios “en establecimientos de enseñanza secundaria”, los primeros deben ser de mayor extensión que los segundos. En consecuencia, como en el caso en estudio, los servicios en la

enseñanza primaria prestados por el demandante son muy inferiores a la mitad del tiempo que exige la Ley 114 de 1913, las peticiones de la demanda no pueden ser acogidas y la Resolución consultada debe revocarse para negar, en su lugar, el reconocimiento solicitado.

También ha sido jurisprudencia del Consejo de Estado, fundada en muy sensata interpretación de la ley, que en el caso de que se completen servicios prestados en el magisterio en escuelas primarias oficiales con servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, los sueldos que se tomen en cuenta, para la determinación de la pensión, deben ser los últimos devengados en las escuelas primarias oficiales y no los devengados en la enseñanza secundaria, pues lo contrario se podría prestar a abusos.

Finalmente, conviene observar que la Ley 12 de 1933 otorga pensión de \$ 80.00 a aquellos institutores que hubieren desempeñado durante más de 15 años puestos en el magisterio como profesores en establecimientos públicos o privados y que tengan más de 70 de edad. Esto concurre a confirmar de modo más convincente que para obtener la gracia que otorga la Ley 114 de 1913 es menester haber servido la mayor parte del tiempo requerido como maestro de escuelas primarias oficiales.»...

*Aníbal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino,
Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G.,
Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.*

PENSIÓN GRACIA

Para su reconocimiento no se exige que el tiempo de servicio sea exclusivamente territorial

27 de febrero de 1984

Radicación: CE-SEC2-EXP1984-N7261

...«[L]a Ley 114 de 1913 no exige que los servicios docentes que dan lugar a la 'pensión gracia' hayan sido prestados exclusivamente en instituciones territoriales, como lo sostiene el concepto fiscal. El texto legal no hace distinción alguna en cuanto a los servicios mismos ni contiene expresión limitativa que connote salvedad, reserva o exclusión. No hay razón, por lo tanto, para que se agregue, por vía jurisprudencial, una limitación adicional a las contenidas en los seis numerales del artículo 4o. citado.

Es fácil de entender, en cambio, que el legislador, queriendo compensar en cierta forma o retribuir la callada y difícil labor que cumplen los maestros de enseñanza primaria, hubiera decidido tomarlos en cuenta en razón de su inmensa significación y de su escasa remuneración. Es al maestro a quien se retribuye pues no se trata de una prima de clima o algo similar que tenga relación con el lugar donde se prestan los servicios. Tal fue el espíritu que evidentemente animó al legislador en un principio.

Posteriormente, con mentalidad más amplia, dispuso el legislador que eran computables para esta pensión graciosa (llamada por eso 'pensión - gracia') los servicios prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista y no sólo para los maestros sino también para los empleados, profesores e inspectores de instrucción pública (Ley 116 de 1982, artículo 6o.). Finalmente, el artículo 3o. de la Ley 37 de 1933, refiriéndose a estas pensiones, ordenó en su inciso segundo hacerlas extensivas "a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria".

Recapitulando ahora la situación que se presenta en el sub - lite, encontramos lo siguiente:

1o. La demandante fue pensionada por cuenta del Departamento de Caldas mediante Resolución No. 1182 de febrero 28 de 1980, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social en virtud de un contrato celebrado con el citado departamento para suministrar, a nombre del mismo y por su cuenta, a los funcionarios del orden departamental las prestaciones asistenciales y económicas a que tenían derecho. Prueba idónea de este contrato obra en el expediente.

Este carácter departamental de la pensión que recibe la demandante fue expresamente reconocido por la Caja Nacional de Previsión, como puede verse en los Considerandos de la Resolución No. 03764 de abril 21 de 1983, por la cual decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 6931 de 1981, que es el acto acusado (folios finales del Cuaderno Administrativo).

Expresa la Institución:

“Que, estudiado cuidadosamente el expediente, se pudo establecer que efectivamente al momento de hacerse el estudio de la primera solicitud, dicha pensión se negó en base a que el Memorando de Registro de Pensiones nos certificaba que la Resolución No. 1182 de 1980 era una prestación de carácter nacional. Que, haciéndose un estudio de dicho acto administrativo, se estableció que efectivamente dicha pensión es de carácter departamental, por lo cual es procedente estudiar cuidadosamente el expediente para establecer si la señora Rosa Quintero vda. de Buitrago llena los requisitos para reconocerle la pensión nacional”.

2o. La primera negativa de la Caja Nacional de Previsión Social a reconocer a la demandante la pensión ‘gracia’ obedeció al convencimiento de que ésta disfrutaba de una pensión de carácter nacional. El error aparece en el texto de la Resolución No. 6931 de diciembre 7 de 1981, contra la cual oportunamente se interpusieron los recursos legales.

Al decidir el recurso de reposición, la Caja rectificó este error, como acaba de verse en la transcripción de parte de los Considerandos de la Resolución No. 03764. Sin embargo, siguió considerando que la actora carecía de derecho a la pensión, aunque por razones diferentes. Dijo entonces la Caja:

“Considerando... Que los tiempos laborados en la Normal Nacional de Señoritas a partir del año 1946 a 1952 (folios 5 a 12) se desestiman por ser éstos de carácter nacional, estando afiliado a esta entidad y la ‘pensión gracia’ (Ley 114 de 1913) es una prestación que se reconoce sin que el peticionario se halle afiliado a esta entidad ...

“Que, a pesar de que la señora QUINTERO vda. de BUITRAGO no devenga pensión de carácter nacional de conformidad con las normas antes citadas, no es procedente reconocer pensión de jubilación por no reunir el tiempo exigido que es 20 años al servicio del magisterio primaria oficial o primaria y secundaria” (folio 68 del Cuaderno Administrativo).

En resumen, los argumentos de la Caja Nacional de Previsión Social consisten en haber atribuido carácter nacional a la pensión reconocida por Resolución No. 1182 de 1980 (error que posteriormente rectificó) y el haber considerado que para la pensión solicitada la Ley 114 de 1913 exige que se trate de servicios prestados exclusivamente en instituciones docentes de carácter departamental, como igualmente lo entendió la distinguida colaboradora Fiscal de esta Corporación.

Despejadas como han quedado las dudas mencionadas frente al texto legal, es obvio que asiste la razón a la demandante y que, por consiguiente, debe invalidarse el acto acusado, a saber, la Resolución No. 6931 de diciembre 7 de 1981, para disponer, en sustitución, el reconocimiento de la pensión impetrada.»...

*Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Álvaro Orejuela
Gómez (ausente), Joaquín Vanín Tello (ausente).*

PENSIÓN GRACIA

*No reconocimiento a docentes de la modalidad de Educación
Contratada por ser servicios prestados a la Nación*

28 de noviembre de 1995

Radicación: CE-SEC2-EXP1995-N5357

...«Se trata de dilucidar en este asunto la legalidad de los actos acusados y, por ende, si la demandante tiene o no el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por un lado, y si esta obligación está a cargo de la entidad demandada, como lo afirma la actora, o, por el contrario, su reconocimiento y pago corresponde a la Nación, como lo afirman desde sus respectivas posiciones el Tribunal de instancia y la agencia del Ministerio Público.

Puede inferirse de las pruebas que obran en el proceso, y así lo acepta la entidad demandada en los actos acusados, que por haber reunido los requisitos de edad (50 años) y de tiempo de servicio a la administración pública (20 años), la actora había adquirido el status de pensionada, teniendo, por consiguiente, derecho a que se le reconociera la pensión vitalicia de jubilación. No obstante lo anterior, la Caja de Previsión Social de Casanare se negó a reconocer dicha prestación a la ahora demandante señora Carlota Morales de Riveros, arguyendo que conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, la pensión de jubilación se reconocerá y pagará por la última entidad de previsión social a la cual estuviere afiliado el funcionario oficial al momento de su retiro del servicio. Y si éste no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión el reconocimiento y pago deberá hacerlo directamente la entidad o empresa empleadora. De tal surte, que como la actora en ningún momento fue afiliada a la entidad demandada, corresponde al Vicariato Apostólico de Casanare pagar dicha prestación, por ser ésta, la entidad en donde la demandante prestó sus servicios como docente.

La Fiscal novena de la Corporación estima, como ya se dijo, que las prestaciones de la demanda deben denegarse, confirmando, por ende, el

fallo recurrido, con fundamento en que conforme a los contratos realizados entre el Estado y la Iglesia Católica, los sueldos y demás gastos inherentes a la buena marcha de los centros educativos bajo contrato serían pagados por el Estado. Estando demostrado que la actora prestó sus servicios al Vicariato Apostólico bajo la modalidad de la Educación Contratada, eventualmente podría concluirse que correspondería a la Nación (Ministerio de Educación), reconocer y pagar la pensión de jubilación solicitada por la actora.

Estos criterios llevan a concluir que la solicitud de la señora Morales de Riveros no debió elevarse a la Caja de Previsión Social de Casanare, máxime cuando la certificación expedida por el Coordinador Nacional de Educación de esa sección del país así lo revela, es decir, que los servicios prestados fueron a la Nación, a través del Vicariato Apostólico. »...

*Carlos Arturo Orjuela G, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,
Álvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

PENSIÓN GRACIA

No son beneficiarios los docentes nacionales. Vigencia

29 de agosto de 1997

Radicación: CE-SP-EXP1997-N699

...«1. La pensión gracia, establecida por virtud de la Ley 114 de 1913, comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local; grupo que luego, cuando se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria de ese mismo orden. Y se dice que constituye privilegio gratuito porque la nación hace el pago sin que el docente hubiese trabajado para ella.

El artículo 1º. de la Ley 114 mencionada es del siguiente tenor:

“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”.

El numeral 3º. Del artículo 4º. Ib. prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe “Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...”.

Despéndese de la precisión anterior, de manera inequívoca, 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.

El artículo 6°. De la Ley 116 de 1928 dispuso:

“Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección”.

Destaca la Sala que, al sujetarse la regla transcrita a las exigencias de la Ley 114 de 1913 para que pudiera tenerse derecho a la pensión gracia, dejó vigente lo que éste ordenamiento prescribía en el sentido de que dicha prerrogativa no se otorgaba a docentes que recibieran pensión o recompensa nacional.

Y la Ley 37 de 1933 (inc. 2°.art.3°.) lo que hizo simplemente fue extender la pensión aludida, sin cambio alguno de requisitos, a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria.

No es de recibo el argumento que en ocasiones se ha expuesto para sostener que con motivo de la expedición de esta norma, pueda reconocerse la pensión gracia a todos los que prestan sus servicios a la Nación, por ser los maestros a que ella se refiere docentes de carácter nacional. Dos son las razones fundamentales que conducen al rechazo de tal aseveración, así:

a. Como se dijo, la Ley 37 de 1933, examinada en relación con la Ley 116 de 1928 y la 114 de 1913, no introdujo modificación alguna a las exigencias establecidas en estos ordenamientos normativos.

b. No es acertada la afirmación de que los establecimientos oficiales de educación secundaria fuesen nacionales en su totalidad en 1933. Tanto, que fue con la Ley 43 de 1975 que se inició el proceso de nacionalización tanto de la educación primaria como de la secundaria. Por eso en su encabezamiento se lee: “por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. Y en su artículo primero se prescribe hacia el futuro: “La educación primaria y secundaria serán un servicio público de cargo de la nación”.

2. Se repite que a partir de 1975, por virtud de la Ley 43, empieza el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales a que se refieren los ordenamientos anteriormente citados (L.114 / 13: L. 116 / 28, y L. 28 / 33); proceso que culminó en 1980.

3. El artículo 15, No.2, literal A, de la Ley 91 de 1989 establece:

“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 hubieran 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 Previsión Social conforme el 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.”

4. La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad “...con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”; hecho que modificó la ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera “...otra pensión o recompensa de carácter nacional”.

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de 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.

6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la “...pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año”,

que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No. 2, artículo 15 Ib.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 “tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos”. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley.»...

Juan de Dios Montes Hernández, Ernesto Rafael Ariza M, Mario Rafael Alario M, Germán Ayala Mantilla, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B, Julio Enrique Correa R, Javier Díaz Bueno (salvamento de voto), Silvio Escudero Castro (salvamento de voto), Miren de la Lombana de M, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo M, Carlos A. Orjuela Góngora (salvamento de voto), Nicolás Pájaro Peñaranda, Dolly Pedraza de Arenas, Juan Alberto Polo F, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández (salvamento de voto), Manuel Santiago Urueta (salvamento de voto).

PENSIÓN GRACIA

No reconocimiento por mala conducta.

Destitución por malversación de fondos escolares, no se subsana por reinscripción en el escalafón docente.

17 septiembre de 1998

Radicación: CE-SEC2-EXP1998-N596

...«La Ley 114 de 1913 consagró la gracia de la esta pensión en favor de los maestros de escuela primaria oficiales que hubieran servido en el magisterio por un tiempo no menor de veinte años. En el artículo 4º de esta ley, señaló los requisitos que debían cumplirse para acceder a la prestación, así:

ARTICULO 4º. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

(...)

4º. Que observa buena conducta”.

Como se ha dicho en diversos pronunciamientos, la pensión vitalicia de jubilación consagrada en el la Ley 114 de 1913 es una prestación especial y dado su carácter de excepcional, para su reconocimiento y pago, es indispensable que se cumplan a cabalidad las exigencias contempladas en la ley.

En el caso presente, como lo advirtió el Tribunal, DORA NELLY BASTO DE ORTIZ acreditó los requisitos de tiempo y edad que señala la ley para acceder a la prestación, es decir prestó sus servicios en el ramo de la educación al servicio del Departamento por más de 20 años y tiene más de 50 años de edad.

Consideró el *aquo* que a pesar de haber incurrido en mala conducta, por haber acreditado que había logrado nuevamente la inscripción en el Escalafón Nacional Docente, no se encontraba incurso en la causal 4ª del

artículo 4º de la Ley 114 de 1913, y en esos términos accedió a las peticiones de la demanda.

La Sala se aparta de los planteamientos expuestos por el juzgador de primera instancia por lo siguiente:

A folio 90 a 93 obra en fotocopia la Resolución No. 0652 de 29 de marzo de 1984, por medio de la cual la Junta Seccional de Escalafón de Cundinamarca declaró "... que la docente DORA NELLY BASTO DE ORTIZ identificada con la C.C. No. 20.289.485 de Bogotá, profesora del Colegio Departamental Silveria Espinosa de Rendón, incurrió en la comisión de las faltas consagradas en los literales c) y j) del artículo 46 del Decreto 2277/79, es decir en Malversación de Fondos y Bienes Escolares o Cooperativos y Abandono del cargo..." se le excluyó del Escalafón Nacional Docente, por la concurrencia de dos faltas graves.

Según las constancias visibles a folios 58 y 59 la citada docente, fue destituida mediante Decreto 1625 de 1984.

El acto por medio del cual se sancionó a la Educadora, se fundamentó en las causales c) y j) del Decreto-Ley 2277 de 1979 que en su orden disponen:

"ARTÍCULO 46.- Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta:

...

c) La Malversación de Fondos Escolares o Cooperativos

...

j) El Abandono del Cargo."

En el proceso no se discute en ningún sentido, los actos antes mencionados.

A folios 61 y 62 obra en fotocopia la Resolución No.053 de 20 de febrero de 1991, por medio de la cual se reinscribe a DORA NELLY BASTO DE ORTIZ en el Escalafón Nacional Docente, decisión adoptada con base en el artículo 52 del Decreto 2277 de 1979, que dispone:

"ARTÍCULO 52. Reinscripción en el Escalafón. El docente que haya sido excluido del escalafón podrá obtener por una sola vez reinscripción solicitándola por escrito a la Junta Seccional que impuso la sanción.

Dicha solicitud sólo podrá solicitarla tres (3) años después de la exclusión, siempre y cuando el educador compruebe que han desaparecido las causas que la motivaron.”

Lo anterior permite a la Sala concluir que DORA NELLY BASTO DE ORTIZ, incurrió en faltas constitutivas de mala conducta, en los términos antes señalados, por los hechos que llevaron a la Administración a imponerle la sanción de exclusión del Escalafón Nacional Docente y posterior destitución. Que obtuvo la reinscripción en el escalafón, por haber transcurrido el tiempo previsto en el artículo 52 del Decreto 2277 de 1979 y que en el curso del proceso no se discutió, tampoco se demostró que no incurrió en la mencionada falta constitutiva de mala conducta.

En las anteriores condiciones, para la Sala es claro que DORA NELLY BASTO DE ORTIZ no cumple a satisfacción los requisitos para acceder a la prestación, pues se repite, dado el carácter excepcional con que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago, es indispensable acreditar el cumplimiento de sus exigencias especiales, entre ellas la contemplada en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913, es decir, haber observado buena conducta, presupuesto que no se cumplió en el *sublite* por las razones ya expuestas»...

Carlos A. Orjuela Góngora, Silvio Escudero Castro, Javier Díaz Bueno.

PENSIÓN GRACIA

*Para los docentes nacionalizados compatible
con la pensión ordinaria de jubilación*

21 de julio de 2001

Radicación: 25000-23-25-000-1997-3975-01(IJ-014)

...«La ley 114 de 1913 instituyó la pensión gracia y señaló los requisitos que debe acreditar quien desee lograr ese beneficio. En el numeral 3 del artículo 4 de la citada ley se estableció lo que suscita la presente controversia jurídica: la incompatibilidad entre la pensión gracia y cualquier otra pensión o recompensa de carácter nacional.

“Artículo 4. Para gozar de la pensión será preciso que el interesado compruebe:(.....)

3.. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. (.....)”

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio de la pensión gracia a otros servidores públicos, a saber los empleados y profesores de normales e inspectores de instrucción pública:

Artículo 6° Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.

Como puede apreciarse, el legislador fue claro en señalar que la pensión gracia procedería respecto del nuevo grupo de personas, en los términos contemplados por la Ley 114 de 1913. Y no podía ser de otra manera, pues esta norma es la que crea dicho beneficio pensional y establece las

condiciones para su otorgamiento, una de las cuales es la incompatibilidad de la pensión gracia con otra pensión o recompensa de carácter nacional.

A esta misma conclusión arribó el Consejo de Estado en la sentencia del 29 de agosto de 1997 citada más arriba:

“Despréndese de la precisión anterior (alude el Consejo de Estado al análisis de la Ley 114 de 1913), de manera inequívoca, 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 los 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.”

Como la actora - según resultó probado - recibe una pensión ordinaria de jubilación de parte de una entidad del nivel nacional (Caja Nacional de Previsión Social), no procede el otorgamiento de la pensión gracia, por la incompatibilidad legal tantas veces reseñada.

Resta examinar la pertinencia de la aplicación del literal A, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 por cuanto, en opinión de la actora, dicha ley establece una situación excepcional de compatibilidad entre la pensión gracia y otra pensión o recompensa de carácter nacional.

La ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, al abordar el tema atinente a las pensiones quiso dejar a salvo, en relación con la pensión gracia, a los docentes del nivel territorial vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que emprendieron el proceso de nacionalización. Consideró el legislador que tales personas, por haber tenido durante largos años de modesta remuneración la expectativa de gozar de ese beneficio deberían tener, en justicia, derecho a él y, por ende, decidió establecer una excepción consistente en que sólo para ellos podría ser compatible la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de que esta se encontrare a cargo total o parcial de la Nación.

Preceptúo la disposición aludida:

“ART. 15.

“2o.- 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 Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”.

No cabe duda de que el legislador quiso crear la situación excepcional comentada en favor de los docentes del nivel territorial pues la fecha límite de vinculación de docentes (31 de diciembre de 1980) a los cuales se les permitiría la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación es la misma en la cual culminó el proceso de nacionalización de los docentes de educación primaria y secundaria, emprendido por la Ley 43 de 1975.

El legislador entendió con meridiana claridad que sólo los docentes del nivel territorial podían ser beneficiarios de la pensión gracia, pues sólo en su favor, por haber emprendido el proceso de nacionalización, se estableció el régimen excepcional aludido.

El argumento anterior se ratifica por la circunstancia de que el literal B, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al regular el régimen pensional de los demás docentes, esto es, los nacionales y nacionalizados, vinculados a partir del 1 de enero de 1981 y los que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, dejó en claro que a tales servidores públicos sólo se les reconocerá una pensión de jubilación:

“Artículo 15.

3. Pensiones: B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquéllos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. (...)”

La probada vinculación de la actora a una entidad educativa del nivel nacional y la circunstancia de que la excepción del literal A del numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo puede ser aplicada a los docentes nacionalizados, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, excluye la aplicación de dicha norma al caso objeto de examen.»...

*Tarcisio Cáceres Toro, Alejandro Ordóñez Maldonado,
Jesús María Lemos Bustamante.*

PENSIÓN GRACIA

Reliquidación no procede por nuevo tiempo de servicios laborados, pues debe liquidarse sobre el salario del año en que se adquirió el status de pensionado

6 de septiembre de 2001

Radicación: 25000-23-25-000-1998-0363-01(0185-01)

...« La Ley 114 de 1913 otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4o. una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que comprueben “que no han recibido ni reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional”.

La cuantía de dicha pensión, de conformidad con el artículo 2o. de la citada ley, era de la mitad del sueldo que hubiere devengado en los dos últimos años de servicios, y si se devengó sueldos distintos, se tomará el promedio de éstos.

La ley 91 de 1989 consagró en el artículo 15 numeral 2o. que la pensión de los docentes otorgadas por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que la hubieren desarrollado o modificado, seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al decreto 081 de 1976.

A su turno, el decreto 081 de 1976 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social asumir las funciones que cumplía la sección de pensiones de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, referida al personal que adquirió o adquiriera el derecho pensional al servicio del Magisterio de Primaria.

La ley 4a. de 1966 estableció en el artículo 4o. que a partir de la vigencia de dicha ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán

y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios durante el último año de servicios.

Esta ley fue reglamentada por el decreto 1743 de 1966, que en su artículo 5o., señaló:

“A partir del 23 de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público”.

Debe observarse cómo las preceptivas anteriores consagraron el concepto de salario para efectos de la liquidación de las pensiones de jubilación o invalidez a que tienen derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público.

Por otra parte, la ley 5a. de 1969 dispuso en su artículo 2o. que “se entiende por asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios..”.

En el año de 1985, con la expedición de la ley 33 se conservó el quantum del valor pensional en el 75%, pero se modificó la edad para otorgar las pensiones generales y los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, ya que ordenó que el monto del 75% de la asignación se calcula sobre “el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”. Sin embargo, esta normatividad exceptuó, en el párrafo de su artículo 1o., expresamente a los empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Reza así el párrafo 1o. del artículo 1o. de la Ley 33 de 1985:

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

En el caso sub lite, la actora estaba sometida a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiaria de la “Pensión Gracia” que se otorga a los maestros territoriales de las escuelas oficiales con veinte años de servicio y 50 de edad, de conformidad con la ley 114 de 1913, que no obstante estar a

cargo del Tesoro Nacional se causa sin estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, es decir sin que se requiera de aportes a ésta.

Es preciso aclarar además que con la expedición de la ley 62 de 1985 quedó incólume el artículo 1o. de la ley 33 del mismo año, ya que dicha preceptiva sólo modificó el artículo 3o. de la citada ley 33.

Así mismo se impone reiterar que el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación. Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio. No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo.

La reliquidación de la pensión en este caso tiene como claro fundamento la fecha en la cual se entra a percibir la prestación; por ello, resulta lógico que se reliquide la pensión que ha sido decretada más no percibida, situación ésta que no se da en el caso de la pensión gracia, pues, se repite, la percepción de ésta es compatible con la del sueldo. »...

*Ana Margarita Olaya Forero, Alberto Arango Mantilla,
Tarsicio Cáceres Toro (ausente), Jesús María Lemos Bustamante,
Alejandro Ordóñez Maldonado, Nicolás Pájaro Peñaranda.*

PENSIÓN GRACIA

No son beneficiarios los empleados administrativos de las escuelas normales.

Sentencia de unificación

15 de julio de 2004

Radicación: 15001-23-31-000-2000-00053-01(1120-03)

...«La Ley 116 de 1928 “extendió” la pensión de jubilación gracia a otros titulares con las limitaciones necesarias de la siguiente manera:

Art. 6°. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio SE SUMARAN LOS PRESTADOS EN DIVERSAS ÉPOCAS, TANTO EN EL CAMPO DE LA ENSEÑANZA PRIMARIA COMO EN EL DE LA NORMALISTA, PUDIÉNDOSE CONTAR EN AQUELLA LA QUE IMPLICA LA INSPECCIÓN.” (Resaltado y mayúsculas fuera de texto).

Ahora, la Sección Segunda observa que se han expedido providencias en este campo de contenido opuesto por lo que es necesario la implantación de un criterio unificado; por ejemplo, en la Sentencia de Sep. 03/98 de la Subsección ‘A’ de esta Sección con ponencia de la Dra. Clara Forero de C. del exp. No. 21772-188/98 se confirmó la decisión negativa del a-quo que no accedió a otorgar la pensión de jubilación gracia a una AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES de una Escuela Normal fundamentalmente porque la actora nunca fue docente y porque esa pensión se consagró como un estímulo a los docentes; de otra parte, en la Sentencia de junio 5 /03 de la Subsección ‘B’ de esta Sección del exp. No. 4111-02 se revocó la providencia del a-quo que negó la pensión de jubilación gracia a la parte actora (que se desempeñó como Secretaria, Secretaria General y Secretaria Pagadora de una Escuela Normal) y en su lugar se accedió a las pretensiones; se accedió a las pretensiones al considerar que en la Ley 116 de 1928 se hizo extensiva la prestación a los empleados y profesores de las Escuelas normales, y porque

la actora acreditó servicios como empleada de esa clase de plantel. Así, se procederá al estudio de la normatividad para determinar su alcance.

Al estudiar los “antecedentes legislativos” de la norma legal aplicable, para descubrir su alcance, se estableció:

El proyecto de ley, el cual al final se convirtió en la Ley 116 de 1928 que contiene la regla 6ª de la controversia, inició su trámite con la presentación de un proyecto en el segundo semestre de 1928 en la Cámara de Representantes, sin que en su texto original se hubiera contemplado artículo sobre la materia y sin que en los debates iniciales en esta Cámara se hubiera “incluido” alguno en dicho sentido. Pasó al Senado de la República donde fue aprobado con “modificaciones” por lo cual volvió a la Cámara para lo de su cargo, y en esta etapa, dio su aprobación con otras modificaciones e incluyó algunos nuevos artículos, entre los cuales se encuentra el relativo a nuevos titulares de la pensión gracia, por lo cual volvió al Senado –que en lo pertinente- lo aprobó sin reparo alguno. Veamos su tramitación relevante y resultados:

En la sesión del 31 de octubre de 1928 la Cámara de Representantes empezó a considerar el texto puesto a su estudio con las modificaciones que había hecho el Senado. En ella los Representantes Alejandro Múnera y Gutierrez propusieron el siguiente nuevo artículo:

Artículo. Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los Inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementen. Para el cómputo de los años de servicio se sumaran los prestados en diversas épocas, TANTO EN EL CAMPO DE LA ENSEÑANZA PRIMARIA COMO EN EL DE LA NORMALISTA, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.” (Resaltado y mayúsculas fuera de texto).

Y, como “motivación” de tal propuesta el Representante Munera dijo:

“He propuesto este artículo porque estimo de la más estricta justicia incluir en el derecho que la ley va a conceder para gozar de una pensión de jubilación, a los empleados y profesores de las escuelas normales, en consideración a que no tienen estos meritorios servidores, acaso los más meritorios, abnegados y sufridos que tiene la república, porque estar en inferioridad de condiciones a otros funcionarios, con razón tanto mayor cuanto el maestro, una vez que llega a la imposibilidad de

trabajar, queda desamparado, porque los sueldos exigüos que ha tenido apenas le habrán alcanzado para la más congrua satisfacción de sus necesidades, de modo que no puede ni remotamente pensarse en que hayan podido hacer el más miserable ahorro. “

A continuación se inició su debate y previo un pronunciamiento en contra de un Representante pasó a ser votado con el resultado de su aprobación por cuarenta y un votos contra cinco negativos.

Y en el Senado, en la sesión de octubre 14/28, se consideró el proyecto que la Cámara de Representantes le remitió con sus modificaciones y adiciones; en los antecedentes legislativos no aparece que hubiera habido objeción alguna respecto del artículo en análisis y así fue aprobado.

Ahora, como se dieron algunas modificaciones, volvió a la Cámara de Representantes que en Oct. 15/28 accedió a todas ellas.

El proyecto tramitado fue puesto a consideración del Presidente de la República quien lo sancionó en Nov. 22/28 y surgió como Ley 116 de 1928. El texto del artículo 6° quedó como ya se reseñó.

La pensión de jubilación gracia y su evolución inicial. Inicialmente en la Ley 114 de 1913 se creó la PENSION DE JUBILACIÓN GRACIA, teniendo como titulares a los maestros de escuelas primarias oficiales, es decir, en beneficio de una clase de educadores, por sus servicios docentes oficiales y con los requisitos que estableció.

Ahora, en el art. 6° de la Ley 116 de 1928 se contemplaron nuevos titulares de la citada pensión gracia, comenzando por “Los empleados y profesores de las Escuelas normales” y agregando a los Inspectores de instrucción pública, bajo los términos de la Ley 114 de 1913. Y precisó que para ello se computarán los años de servicios prestados en diversas épocas, “tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección.”

Del mismo texto de la norma (art. 6° precitado) respecto de los nuevos titulares de la pensión de jubilación gracia, en cuanto a servidores de las escuelas normales, cuando dice –al final- que son computables los servicios prestados en el campo de la enseñanza primaria (que corresponde a los maestros de primaria oficiales) “como en el de la normalista”, de lo cual cabe entender en cuanto a éstos últimos que se refiere a los servicios en

la “enseñanza” normalista, los cuales se imparten por los PROFESORES DE ESCUELAS NORMALES.

Pero, surge la duda cuando la norma también contempla a “los empleados y de las escuelas normales como titulares de este derecho legal excepcional.

Esta clase de titular de la prestación excepcional tiene una justificación, pues fuera de los PROFESORES DE NORMAL en esos planteles educativos existe PERSONAL ADMINISTRATIVO DOCENTE, que tienen otra denominación o nomenclatura y que realmente no hacen parte de los PROFESORES DE LA NORMAL; de este grupo (administrativo-docente) hacen parte, por ejemplo, el director o rector, los coordinadores, los directores de práctica docente, etc. de la Escuela Normal, los cuales deben tener título docente y su labor, aunque tiene una relevancia administrativa –conforme al estatuto docente- también indudablemente tiene una trascendencia en el campo educativo, además que en todos los tiempos se les ha reputado como educadores escalafonados con las prerrogativas docentes. Entonces, bajo ese entendimiento, cuando el art. 6° de la Ley 116 de 1928 se refiere a “Los empleados ... de las escuelas normales” se debe entender que se refiere al PERSONAL ADMINISTRATIVO DOCENTE de esa clase de establecimiento, que en verdad tiene una muy estrecha relación con la actividad profesoral y los fines de esos planteles y, así, es a ellos a quienes se otorga en la ley esa prerrogativa pensional especial.

De otra parte, al regresar a los ANTECEDENTES LEGISLATIVOS y remontarnos a la MOTIVACIÓN del artículo que se propuso y que concluyó siendo el art. 6° de la Ley 116 /28 (ya transcrito) resalta que ese estímulo excepcional en cuanto a su titularidad (de la pensión de jubilación gracia) se propuso teniendo en cuenta que “... estos meritorios servidores, acaso los más meritorios, abnegados y sufridos que tiene la república” no tienen porque estar en inferioridad a otros funcionarios, con razón tanto mayor CUANDO EL MAESTRO, una vez llega a la imposibilidad para trabajar, queda desamparado, porque los sueldos exigüos que ha tenido apenas le habrán alcanzado para la más congrua subsistencia de sus necesidades, de modo que no puede ni remotamente pensarse en que hayan podido hacer el más miserable ahorro.”

Nótese que aquí el Legislador en la “motivación” de su proyecto de ley determinó claramente a quienes se refería la norma, vale decir, AL MAESTRO en ese caso de las ESCUELAS NORMALES; obsérvese que en ningún momento se refirió, por ejemplo, al personal de Secretaría, a los aseadores, a los celadores

y porteros de las Normales que netamente son PERSONAL ADMINISTRATIVO, lo cual es lógico porque la PENSION DE JUBILACIÓN GRACIA se consagró desde sus inicios –en la Ley 114 de 1913- para estimular EXCEPCIONALMENTE A LOS DOCENTES a que se refiere la legislación y en este sentido, el art. 6° de la Ley 116 de 1928 es una “complementación” de la anterior.

Además, la “excepción” a la prohibición de recibir más de una erogación del Tesoro Público, en el campo educativo, en materia de pensiones, se ha establecido a favor de los educadores que autoriza concretamente la ley y que les permite recibir simultáneamente la PENSION DE JUBILACIÓN ORDINARIA Y LA PENSION DE JUBILACIÓN GRACIA.

Ahora, después de la Constitución Política de 1991, la Ley 4ª de 1992 (Ley cuadro en materia salarial y prestacional, relacionada con el mandato del art. 150-19 de la C. P.) dentro de las EXCEPCIONES a la prohibición de recibir más de una erogación del tesoro público –art. 128- en relación con el campo educativo contempló las siguientes en su art. 19: “ . . . d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra; ... g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.” obsérvese que la excepción a la prohibición constitucional del literal g) del art. 19 se refiere a los docentes oficiales pensionados y ello es lógico, porque el estímulo excepcional de la compatibilidad de las dos pensiones docentes –la ordinaria y la excepcional- se ha otorgado es a los educadores y por ello, no es de recibo que se entienda extendida esa prerrogativa excepcional a los empleados administrativos (secretarías, celadores, aseadores, etc.) de las escuelas normales.

Además, si se insiste en que dicho personal también goza de la pensión de jubilación gracia, a la luz del PRINCIPIO DE IGUALDAD consagrado en la Carta Política resultaría su violación –por omisión en otros campos- porque la ley no consagró esa misma prerrogativa para el PERSONAL ADMINISTRATIVO (secretarías, aseadoras, porteros y celadores, etc.) que trabaja en las Escuelas Oficiales de primaria en los planteles de secundaria

Con estos criterios se unifica el entendimiento de los titulares de la pensión de jubilación gracia que laboran en las Escuelas Normales Oficiales (art. 6° de la Ley 116 /28). »...

*Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Jesús María Lemos
Bustamante, Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez Maldonado,
Nicolás Pájaro Peñaranda.*

PENSIÓN GRACIA

Compatibilidad con la pensión de invalidez. Reconocimiento con menos de 20 años de servicio por invalidez del docente.

30 de septiembre de 2010

Radicación: 17001-23-31-000-2007-00187-01(1067-09)

...«La pensión de invalidez es una prestación dirigida a la protección del trabajador que se encuentra disminuido por una contingencia física o mental que le impide el desempeño de sus labores y cuyo amparo se proporciona conforme a las normas que rigen la materia.

Una persona se considera inválida, a voces del artículo 38 Ley 100 de 1993, cuando pierde por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, el 50% o más de su capacidad laboral. Dicha ley previó además, de manera expresa, dentro de las características del sistema general de pensiones (art. 13), la incompatibilidad de las pensiones de vejez y de invalidez.

Esta incompatibilidad ya había sido prevista con anterioridad respecto de los empleados públicos y los trabajadores oficiales, pues el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 dispuso que las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí y el empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas. Ello tiene su razón de ser en la prohibición establecida desde la Constitución anterior de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público (artículo 128 de la C.P. de 1991).

No obstante las anteriores previsiones, esta Corporación ha reconocido de manera reiterada [rad4029-2753/00,M.P.Alberto Arango Mantilla] la **compatibilidad de la pensión de invalidez y la pensión gracia**, dado que ambas prestaciones poseen una naturaleza y finalidad distintas; no existe ninguna norma que establezca la incompatibilidad expresa entre ellas

pues la ley autoriza percibir simultáneamente una pensión especial (la gracia) y una pensión ordinaria (de jubilación) y, adicionalmente, están a cargo de entidades distintas, puesto que la pensión gracia la paga la Caja Nacional de Previsión Social y la pensión de invalidez el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La pensión de invalidez tiene su origen en una relación laboral y está condicionada a los aportes que el afiliado haga al Sistema General de Pensiones y, por el contrario, la pensión gracia, por tratarse de un régimen especial, no necesita de afiliación ni cotizaciones para su reconocimiento y pago.

Es por ello que ante la ocurrencia de una disminución física o mental que determine la pensión de invalidez no podría verse truncada la posibilidad del reconocimiento de un derecho pensional especial y exclusivo que no riñe legalmente con el régimen ordinario [rad1166-08 M.P. Gerardo Arenas Monsalve]

Por otra parte, la compatibilidad de la pensión de jubilación con la pensión gracia está consagrada expresamente en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y dicha disposición es el soporte legal para que un trabajador goce tanto de la pensión de jubilación como de la pensión gracia y, por ende, una excepción al mandato constitucional referido de la prohibición de percibir dos asignaciones del tesoro público.

Expuesto lo anterior, concluye la Sala para resolver el primer problema jurídico que es procedente jurídicamente la compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de invalidez. Así las cosas, se deberá analizar si la demandante cumple con los requisitos previstos en la Ley 114 de 1913 para ser beneficiaria de la prestación solicitada.

(...)

De acuerdo con el anterior material probatorio se encuentra que la actora no cumple todos los requisitos que exige la Ley 114 de 1913 para ser beneficiaria de la pensión gracia puesto que según se desprende de la certificación expedida por la Gobernación de Caldas atrás referida, la docente **servió 18 años y 10 días en el magisterio** -y no como dijo el Tribunal que había prestado sus servicios durante 17 años, 10 meses y 12 días-, en todo caso, menos de veinte (20) años, razón por la cual, no acreditó el tiempo de servicios en la educación previsto en el artículo 1° *ibidem*.

Adicionalmente, el numeral 6° del artículo 4 de la misma ley previó que para gozar de la gracia de esta pensión de jubilación se requiere haber

cumplido “cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento”. Es por ello que, como expuso el Ministerio Público, el estado de incapacidad del docente suple únicamente el requisito de la edad para acceder a tal prestación pero, en todo caso, se requiere que se haya laborado “en el magisterio por un tiempo no menor de veinte años” y, en consecuencia, no resultaría aplicable al *sub lite* lo dicho por esta Subsección en la sentencia del 31 de agosto de 2006 con ponencia del Consejero Alejandro Ordóñez Maldonado, parcialmente transcrita por el Tribunal al resolver la primera instancia.

En efecto, en esa oportunidad concluyó el Consejo de Estado lo siguiente:

“En ese orden, es claro que la pensión de invalidez que reconoció el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a (...), luego de haber prestado sus servicios como docente en el Distrito Capital por más de 20 años y haber adquirido incapacidad del 95%, es compatible con la pensión gracia a cargo de Cajanal” (se subraya).

No obstante lo anterior, con el propósito de garantizar el derecho a la seguridad social de la actora previsto en el artículo 48 de la Constitución, la Sala encuentra que la docente prestó sus servicios al Magisterio durante dieciocho (18) años, ello significa que laboró más de las dos terceras partes del tiempo exigido legalmente para tener derecho a la pensión gracia, pero por razones que no le fueron imputables a ella, sino debido a su situación de invalidez –fue calificada con la pérdida del 95% de la capacidad laboral-, no pudo continuar trabajando en la docencia, quedándole faltando tan sólo dos años para completar los veinte años de servicios.

Es en consideración al estado de invalidez de la actora y por haber laborado más de las dos terceras partes, esto es, por más de quince (15) años como maestra territorial de primaria y secundaria, que la Sala considera que tiene derecho a percibir la pensión gracia. Esta última circunstancia (prestación de servicios por más de las dos terceras partes del tiempo exigido por la ley) ha sido tenida en cuenta igualmente por la Corte Constitucional frente al reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, especialmente, en aplicación del régimen de transición y que ahora se acoge para el caso *sub lite*. »...

*Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve,
Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

PENSIÓN GRACIA

*La mala conducta no se configura por un hecho aislado.
Suspensión por abandono del cargo*

10 de julio de 2014

Radicación: 41001-23-31-000-2011-00083-01(3330-13)

...«La actora solicitó la pensión gracia por cumplir con los requisitos de la Ley 114 de 1913 y, especialmente, de la Ley 91 de 1989, pues acreditó haber laborado como Docente territorial todo el tiempo, con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, y más de 20 años de servicio como docente.

Además de los requisitos ya señalados, el Artículo 4° de la Ley 114 de 1913 señaló que para gozar de la pensión gracia el docente debe haber observado buena conducta durante su desempeño laboral.

Por su parte, la entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión gracia argumentando que, si bien el demandante cumplía con los requisitos de edad y tiempo de servicio que exigía la ley para el reconocimiento de la prestación demandada, se evidenciaba que no había demostrado buena conducta en su ejercicio docente y que tal hecho enervaba sus pretensiones.

El Decreto 2277 de 1979, estableció las causales consideradas como de mala conducta, así:

**“...Art. 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos
debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta.**

La asistencia habitual al sitio de trabajo en estado de embriaguez o la toxicomanía;

El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales;

La malversación de fondos y bienes escolares o cooperativos;

El tráfico con calificaciones, certificados de estudio, de trabajo o documentos públicos;

Aplicación de castigos denigrantes o físicos a los educandos;

El incumplimiento sistemático de los deberes o la violación reiterada de las prohibiciones;

El ser condenado por delito o delitos dolosos;

El uso de documentos o informaciones falsas para inscripción o ascenso en el escalafón, o para obtener nombramientos, traslados, licencias o comisiones;

La utilización de la cátedra para hacer proselitismo político;

El abandono del cargo.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 114 de 1913 prescribe que para gozar de la pensión gracia, se debe comprobar, entre otros requisitos, haber observado buena conducta. Esta disposición está prevista en los siguientes términos:

“...Art. 4º Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

(...)

4. Que observa buena conducta.”.

(...)

[E]sta Corporación en reiteradas oportunidades ha expresado que la mala conducta que hace nugatorio el acceso a la pensión gracia, debe observarse en el transcurso del ejercicio profesional del docente, por lo cual, en principio, los hechos aislados no constituyen fundamento para decretar tal sanción, salvo que los mismos sean tan graves que justifiquen la imposición de la misma. Al respecto, se han trazado los siguientes lineamientos, [*sentencia de 7 de septiembre de 2006 25000-23-25-000-2002-13151-01(4896-04, Alejandro Ordóñez Maldonado)*]:

“...Indudablemente la ley exige como presupuesto para gozar de esta prestación la prueba de que la interesada haya observado buena conducta; sin embargo, tal expresión no puede entenderse referida a una situación determinada

sino que sus alcances abarcan el comportamiento que durante todo el tiempo de docente observó pues la pensión gracia fue concebida como un estímulo a los educadores, entre otras razones, por su dedicación y buen comportamiento.

(...)

La mala conducta a que se refiere la norma hace relación a aquella que reviste cierta permanencia a lo largo de la carrera docente, de tal manera que se pueda concluir que su comportamiento fue inadecuado persistentemente. La falta cometida no fue de tal magnitud para ocasionar la pérdida de la prestación reclamada, puesto que la participación en el paro fue una situación relacionada con conductas laborales y no con aspectos censurables respecto a su conducta personal o en el ejercicio de sus funciones profesionales.

Ahora bien, si la falta es grave y se comete una sola vez esta no requiere permanencia; en otras palabras el transcurso del tiempo tampoco es esencial porque la falta pudo haberse cometido mucho tiempo atrás. Un solo hecho aislado sin la gravedad que reviste otro tipo de faltas no puede servir como parámetro de evaluación y por ende esgrimido como argumento para negar el derecho pensional.”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De lo anterior se concluye que, dadas las repercusiones que se generan sobre los derechos de los interesados como consecuencia de la negativa a reconocer la pensión gracia, 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.

(...)

En el sub lite se encuentra demostrado que mediante Resolución No. 0772 del 29 de julio de 1998 el Gobernador del departamento del Huila la sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 30 días, por abandono del cargo y ordenó su reintegro una vez cumplida ésta. Debe advertirse que si bien el num. 4° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913 exige que el servidor docente observe buena conducta durante su ejercicio profesional, ello no significa que una sola conducta considerada aisladamente como reprochable pueda tenerse en cuenta como impedimento para el reconocimiento de la pensión gracia pues, como se ha dicho en otras oportunidades, el comportamiento censurable debe ser

continuo durante el ejercicio profesional del docente o del tal gravedad que, así sea aislado, amerite la sanción de pérdida de la pensión. En el presente caso la señora Monje Cardoso prestó sus servicios docentes por más de 20 años, y la única sanción que se le impuso fue la suspensión mencionada, ordenando su reintegro una vez cumplida ésta, lo que indica que la falta cometida no tiene fuerza, ni gravedad suficiente para extinguirle el derecho pensional y así mismo no fue reiterada durante el ejercicio de su profesión como docente.»...

*Gustavo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

PENSIÓN GRACIA

Reconocimiento con base al tiempo de servicio prestado como hora cátedra.

No exige vinculación vigente al 31 de diciembre de 1980.

Sentencia de unificación

22 de enero de 2015

Radicación: 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14)

...«La administración negó el reconocimiento de la pensión gracia porque a su juicio la demandante no demostró que a 31 de diciembre de 1980 se encontrara vinculada como docente de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Al respecto el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, indicó lo siguiente:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley e personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. (...)”

Significa que la precitada ley señaló las disposiciones que registrarán al personal docente nacional, nacionalizado y el que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, de la siguiente manera:

a) Los docentes nacionalizados que figuran vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán vigente el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

b) Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efectos de prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Ahora bien, el literal A) del numeral 2° *ibídem*, con relación a las pensiones, indicó lo siguiente:

“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 Previsión Social, conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación.”

Con la anterior el Legislador se permitió que luego de la nacionalización de la educación, establecida por la Ley 43 de 1975, los docentes departamentales o municipales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, comprendidos en dicho proceso, tuvieran la oportunidad de acceder a la pensión gracia de conformidad con las citadas Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933, permitiendo la compatibilidad de la misma con la pensión ordinaria de jubilación, **“aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación”**, siempre y cuando cumplieran con la totalidad de los requisitos.

En el presente caso, para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 la señora Solangel Castro Pérez ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, pues había sido nombrada mediante Decreto No. 00439 de 19 de febrero de 1979, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero al 20 de mayo del mismo año.

Lo anterior le permite a la Sala establecer que era posible que la demandada analizara si la actora reunía los requisitos para acceder a la pensión gracia, toda vez que la expresión **“docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”**, contemplada objeto de análisis, no exige que en esa fecha

el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal.

CÓMPUTO DE TIEMPOS DE SERVICIO COMO DOCENTE HORA CÁTEDRA

En el sub examine el *a quo* consideró que el período prestado por la demandante como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el Departamento de Sucre.

Por su parte la actora mostró su inconformidad con lo expresado por el Tribunal por considerar que en dichas anualidades se encontraba vinculada mediante una relación laboral por cuanto sus nombramientos los realizó directamente la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre. Además, ese lapso tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia, pues así lo estipuló el literal a) del artículo 11 del Decreto 259 de 1981 al establecer que más de 12 horas de cátedra dictadas por un docente son equivalentes a un año de servicios.

El Decreto 259 de 6 de febrero de 1981, *“Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Extraordinario 2277 de 1979, en lo relacionado con la inscripción y ascenso en el Escalafón”*, con relación al ascenso docente indicó que el educador debería - entre otras, certificar el tiempo de servicio y en el b) indicó que si no fuere docente de tiempo completo, el certificado especificará el número de horas cátedra, es decir, que era posible el cómputo del tiempo de servicio como docente hora cátedra.

Ahora bien, la Ley 33 de 1985 en el artículo 1º, párrafo 1º, dispuso lo siguiente:

“Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.”

La precitada norma estableció que para determinar el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación:

Se computará como jornada completa de trabajo docente, aquella compuesta por cuatro (4) horas diarias.

Indicó la fórmula que debía aplicarse para computar dicho tiempo.

Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, dijo lo siguiente:

“(...) Sostuvo que, en ningún caso, esos parámetros de contratación son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado. (...)”

Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000, [Rad 1053-00, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado] indicó que era posible tener en cuenta el para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Posteriormente en sentencia de 8 de agosto de 2003 se ratificó el anterior criterio, para lo cual se concluyó lo siguiente:

“(...) En lo que tiene que ver con el cómputo de tiempo de servicio que da lugar a la pensión de jubilación, el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 señala que sólo se computaran como jornadas completas de trabajo las de cuatro horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro, el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los del descanso remunerado y de vacaciones conforme a la ley.

En estas condiciones como el personal docente oficial labora de lunes a viernes y los sábados y los domingos corresponden a días de descanso remunerados, se deberán adicionar estos días, al igual que los días de vacaciones escolares de semana santa (1 semana) y de vacaciones intermedias (4 semanas) de conformidad con el numeral 2° del artículo 3° del Decreto 0174 de 1982 modificado por el artículo 3° del Decreto 1235 de 1982 en armonía con el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1860 de 1994.

Así las cosas deben entenderse que cuatro horas diarias de labor académica deberán computarse como una jornada completa de trabajo, lo que significa que veinte horas semanales suman ochenta mensuales. (...)"

Así las cosas, la Sala considera que no le asiste la razón al Tribunal que negó las súplicas de la demanda porque a su juicio la vinculación como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el departamento de Sucre, en consecuencia se revocará la sentencia apelada para en su lugar entrar a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia.»...

Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero, Sandra Lisset Ibarra Vélez.

PENSIÓN GRACIA

No reconocimiento por mala conducta por el delito doloso de inasistencia alimentaria

28 de octubre de 2016

Radicación: 05001-23-33-000-2014-00261-01(2946-15)

...«[No] queda dudas para esta Sala, que el delito de inasistencia alimentaria está consagrado como un tipo doloso que no admite otra clase de culpabilidad.

El literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, establece como causal de mala conducta docente la siguiente:

“Artículo 46. (...) g) El ser condenado por delito o delitos dolosos.”

Recapitulando lo que se ha consignado en la parte inicial de esta providencia, el demandante fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria por el Juez Promiscuo Municipal de Sopetrán – Antioquia el 30 de octubre de 1996, por haber incumplido la cuota alimentaria de sus tres hijos menores, pactada en el acuerdo conciliatorio de 5 de agosto de 1994, llevado a cabo ante la Defensoría de Familia de Santa Fe de Antioquia, dado que solo cumplió con las cuotas correspondientes a los períodos de septiembre, octubre y noviembre del año mencionado.

La condena se procuró ante el incumplimiento mencionado, y ante la negativa de asistir a las audiencias de conciliación que buscaban gestionar un arreglo amigable a la situación presentada con sus hijos menores, situaciones que conllevaron al juez de conocimiento a imponerle como pena principal 1 año de prisión y multa equivalente a 25 salarios mínimos diarios legales; y como pena accesoria, la interdicción de derechos y funciones públicas por el periodo de la pena principal. Se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional al no tener antecedentes

penales, suspendiéndole la ejecución de la misma por un período de prueba de 2 años.

Mediante auto de 28 de abril de 1997, el Juzgado Promiscuo Municipal de Buriticá le revocó el beneficio del subrogado penal, ante los incumplimientos evidenciados sobre los compromisos adquiridos de presentarse ante dicha sede judicial todos los meses, así como realizar el pago de la indemnización de perjuicios tasados en la sentencia condenatoria; y en consecuencia ordenó el cumplimiento de la pena en establecimiento carcelario; y mediante Auto de 14 de mayo de 1997, solicitó a la Sección de Escalafón de la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia, la suspensión del cargo del docente para proseguir con su captura a fin de dar cumplimiento a la sentencia condenatoria, medida solicitada dada su condición de servidor público y con la finalidad de no impactar al estudiantado con la práctica de la aprehensión, la cual fue cumplida por la Alcaldía de Buriticá con la expedición de la Resolución N° 036 de 2 de junio de 1997.

De todo lo anterior, se evidencia que el accionante al haber sido sancionado por el delito de inasistencia alimentaria, tipo penal que sólo amerita la modalidad de la conducta de manera dolosa, se concluye que para efectos de la pensión gracia, que éste hecho encuadra dentro de la causal establecida en el literal g) “*El ser condenado por delito o delitos dolosos*”, del artículo 46 del Decreto 2277 de 1989 - Estatuto Nacional Docente, lo cual clarifica que el demandante ha incumplido uno de los requisitos para hacerse merecedor del mencionado beneficio prestacional, como lo es, el contemplado en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913 “*Que observe buena conducta*”.

Los criterios anteriormente expuestos, han venido siendo aplicados por la Sección Segunda, y particularmente sobre situaciones en los que se enjuicia la mala conducta docente como consecuencia de la comisión de un delito por parte del docente requirente, situaciones que son similares al caso objeto de estudio.

A manera de ejemplo, se cita el fallo proferido por la Subsección B de 4 de noviembre de 2010 [Exp. 0038 de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve], en la cual se pronunció respecto de un asunto en el que se negó el reconocimiento de la pensión gracia a un docente que había sido condenado por el delito doloso de porte ilegal de armas aún sin haber sido sancionado disciplinariamente. Luego de haber realizado el correspondiente análisis al

caso concreto, previa transcripción del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, dijo la Sala:

De acuerdo con la norma transcrita, estima la Sala que la condena impuesta a un educador por la comisión de un delito doloso ha de entenderse como una causal de mala conducta, que de acuerdo a lo previsto por el legislador en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1993, impide el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

(...)

Bajo estos supuestos, observa la Sala que en el caso concreto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Penal, mediante providencia de 26 de agosto de 2003 confirmó parcialmente la sentencia de 30 de mayo de 2002 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, Valle del Cauca, al condenar al actor a doce meses de pena privativa de la libertad e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por encontrarlo responsable como autor del delito de porte ilegal de armas, en la modalidad de conducta punible dolosa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 21, 22 y 365 del Código Penal (fls. 24 a 47).

(...)

De acuerdo con los razonamientos que anteceden, el hecho de que sobre el señor (...) se registrara una condena privativa de la libertad de doce meses, por hechos acaecidos, el 26 de noviembre de 2000, estando vinculado como docente de la Institución Educativa Técnico Industrial “Carlos Sarmiento Lora”, del municipio de Tuluá, Valle del Cauca, impide el reconocimiento de la pensión gracia en los términos del artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

En efecto, a juicio de la Sala la conducta sancionada al actor, esto es, el porte ilegal de armas, en la modalidad dolosa, claramente constituye causal de mala conducta de tal gravedad que como quedó visto ameritó no sólo la imposición de una sanción privativa de la libertad sino también, la inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas.

Así las cosas, dada la importancia que para la sociedad reviste la actividad docente, cuya misión es la instrucción de conocimiento y la formación en valores de las nuevas generaciones, resulta inadmisibile que quienes la desarrollan incurran en comportamientos reprochables como el sancionado al actor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, estima al Sala que el actor no cumplió con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia,

conforme al régimen jurídico vigente, toda vez que, como quedó visto, la condena que se registra en su contra, consistente en pena privativa de la libertad de doce meses e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas, constituye una causal de mala conducta que claramente contraría lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

(...)

“ARTÍCULO 46. CAUSALES DE MALA CONDUCTA. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta;

(...)

g). El ser condenado por delito o delitos dolosos;

De acuerdo con la norma transcrita, estima la Sala que la condena impuesta a un educador por la comisión de un delito doloso ha de entenderse como una causal de mala conducta, que de acuerdo a lo previsto por el legislador en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1993, impide el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

Así lo sostuvo esta Sección en sentencia de 9 de febrero de 2006. Rad. 4555-04. M.P. Ana Margarita Olaya Forero:

{Como se ha dicho en diversos pronunciamientos, la pensión vitalicia de jubilación consagrada en la ley 114 de 1913 es una prestación especial y dado su carácter de excepcional, para su reconocimiento y pago, es indispensable que se cumplan a cabalidad las exigencias contempladas en la ley. Precisamente en el literal a) del numeral 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989 (Régimen del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otras disposiciones, entre las cuales se hallan normas sobre prestaciones sociales) que determina aspectos sobre la pensión de jubilación gracia docente, señala con toda claridad en su parte final que “se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos”, uno de los cuales es el de la buena conducta del artículo 4º numeral 4º de la ley 114 de 1913, que no se refiere a los últimos servicios por lo que se entiende que es un requisito aplicable a todo el tiempo de servicio.

Así, la exigencia o requisito de la buena conducta es fundamental para la posibilidad de adquirir este derecho pensional excepcional; quien no lo satisface, en verdad, no cumple el requisito esencial en ese aspecto. (...).”

Bajo estos supuestos, observa la Sala que en el caso concreto el Tribunal Superior de Ibagué, Sala Penal, mediante providencia de 21 de octubre de 1993 confirmó

parcialmente la sentencia de 30 de junio de 1993 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, que condenó al actor a 10 años de pena privativa de la libertad e inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por encontrarlo responsable como autor del delito de homicidio simple (fls. 24 a 47).

(...)

En efecto, a juicio de la Sala la conducta sancionada penalmente al actor, esto es, homicidio simple, claramente constituye causal de mala conducta de tal gravedad que como quedó visto ameritó no sólo la imposición de una sanción privativa de la libertad sino también, la interdicción para ejercer derechos y funciones públicas.

Así las cosas, dada la importancia que para la sociedad reviste la actividad docente, cuya misión es la instrucción de conocimiento y la formación en valores de las nuevas generaciones, resulta inadmisibles que quienes la desarrollan incurran en comportamientos reprochables como el sancionado al actor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, estima al Sala que el actor no cumplió con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia, conforme al régimen jurídico vigente, toda vez que, como quedó visto, la condena que se registra en su contra, consistente en pena privativa de la libertad de 10 años, la cual se hizo efectiva por el lapso de 5 años y 6 meses, e interdicción para ejercer derechos y funciones públicas, constituye una causal de mala conducta que claramente contraría lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

Finalmente, en relación con el argumento de la parte actora según el cual no se había impuesto una sanción dentro de un proceso disciplinario que se hubiera podido adelantar, el cual era presupuesto necesario para que se configurara la mala conducta, la Sala considera que es suficiente la condena impuesta en el proceso penal para determinar la mala conducta del docente independiente de que la acción delictiva hubiera acaecido en circunstancias ajenas al ejercicio de su cargo como docente por lo ya expuesto y de conformidad con el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 114 de 1913, ya referido. (Resalta la Sala)

Dilucidado el análisis expuesto, concluye la Sala, que el delito de inasistencia alimentaria encuadra dentro de la causal de mala conducta consagrada en el literal g) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, y por ende tiene la virtualidad de hacer nugatorio el derecho a la pensión gracia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que obró discusión sobre la aplicabilidad del Decreto 2277 de 1979, la cual indudablemente ha sido dilucidada en

la presente providencia, esta colegiatura estima conveniente realizar un análisis adicional del requisito de la buena conducta, no desde la perspectiva del mencionado estatuto, si no a la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 114 de 1913, frente a los hechos que fueron relevantes para la negación de la prestación solicitada.

El artículo 4° de la Ley 114 de 1913, contempla una serie de requisitos adicionales que deberán cumplir los docentes que habiendo cumplido 20 años de servicio al magisterio en colegios oficiales de primaria y/o secundaria de carácter territorial o nacionalizado, entre los cuales, se encuentra el consagrado en su numeral 4° el: “*Que observe buena conducta*”, sobre el cual se ha centrado el cargo apelado.

Encuentra la Sala de acuerdo a lo esbozado a lo largo de esta providencia, que a pesar de que el delito por el cual fue sancionado penalmente el docente, no se cometió en razón de sus funciones, si afectó de forma negativa la prestación del servicio educativo y su entorno, directa e indirectamente, por las razones que se exponen a continuación:

1) El conocimiento por parte del estudiantado de la noticia criminal que involucraba al docente de la institución educativa al cual pertenecían.

El tipo penal por el cual fue sancionado el demandante - inasistencia alimentaria, está directamente relacionado con los derechos de la niñez, en este caso el de sus hijos, como son los de proveerlos de alimentos, vivienda, recreación y vestido; situación que deja un mensaje no ejemplarizante en la institución educativa, ni para sus colegas ni al personal directivo, ni para los estudiantes que comúnmente tienen a sus profesores como un modelo y ejemplo a seguir.

2) La institución educativa evidentemente tuvo que tomar medidas para suplir la necesidad ocasionada con la suspensión del cargo del docente impuesta la Alcaldía Municipal de Buriticá, que la dejó desprovista de dicho profesional para atender la demanda escolar, quebrantando de esta manera el principio de planeación de la entidad.

En éste orden de ideas, y entendiendo la función social y simbólica que tiene la norma para la sociedad colombiana, considera ésta Sala, que no necesariamente como lo dijo el *a quo*, el debate se centre en el tipo doloso penal, ya que para ésta Corporación en su análisis, existe un hondo debate sobre el rol y las labores del maestro en la vida de los menores, y su relevancia pública.

Por lo anterior, interpreta el Despacho que las relaciones de familia y la modificación de la situación jurídica en el derecho pensional del actor que se enrostra en la comisión de una conducta punible, tiene consecuencias legales que traspasan la esfera individual y negocial del actor, así como a la ética Constitucional de un Estado que protege los derechos del menor.

Así, para el Estado Social y Democrático de Derecho, es relevante la conducta personal y el ejemplo de los maestros que prestan servicios a la Nación, por lo que, resulta extraño el argumento, según el cual, el actuar del docente únicamente le concierne a éste y a su esfera privada, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 de 2011, la familia y los vínculos emocionales y civiles tienen un interés público que limita la autonomía y el querer de los miembros de la célula familiar al orden social y jurídico.

En éste orden de ideas, considera la Sala, que los argumentos relativos a la autonomía de la voluntad dentro de las relaciones familiares, corresponden a una noción que asimila a la familia con la propiedad, y releva un estado de civilidad que no es propio de un maestro de la República Colombiana.

En virtud de todo lo anterior, la Sala considera que la conducta del docente que lo llevó a la suspensión de su cargo en la institución educativa a la cual prestaba sus servicios para la época de los hechos, es en todo sentido reprochable y de tal gravedad, que no es necesaria que se repita en el tiempo para hacer nugatorio el derecho aludido, lo cual permite concluir, que el demandante incumplió el requisito de la buena conducta consagrado en el numeral 4° del artículo 4° de la Ley 114 de 1913.»...

Sandra Lisset Ibarra Vélez, César Palomino Cortés, Carmelo Perdomo Cuéter.

PENSIÓN GRACIA

Se valida el tiempo laborado por los docentes que fueron financiados con los recursos del Sistema General de Participaciones

2 de marzo de 2017

Radicación: 05001-23-33-000-2013-01787-01(2046-15)

...«[L]os periodos laborados entre el 12 de diciembre de 1995 al 23 de agosto de 1999, y del 15 de septiembre de 2003 al 30 de agosto de 2008, deben ser contabilizados para acceder al beneficio pensional, por tratarse de vinculaciones territoriales cuyos salarios fueron sufragados con recursos de la nación, a través del situado fiscal, hoy Sistema General de Participaciones.

Sobre el particular, hay que decir que le asiste razón en la medida en que los docentes territoriales, cuya fuente para el pago de sus salarios provenga del Sistema General de Participaciones, tienen derecho al reconocimiento de la pensión gracia, previo cumplimiento de los demás requisitos establecidos por el ordenamiento, por cuanto esa recompensa no proviene de «recursos nacionales», sino que por el contrario, por mandato de la Constitución, los entes territoriales son sus titulares directos, tal como se indicó en el acápite que resolvió este asunto.

En ese orden, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia reclamada, la Sala valida el tiempo laborado por la actora, entre el 12 de diciembre de 1995 al 23 de agosto de 1999 y del 15 de septiembre de 2003 al 30 de agosto de 2008, como docente municipal, porque se encuentra demostrado, con base en las pruebas arrimadas al plenario, que dichos periodos fueron financiados con recursos del Sistema General de Participaciones.

Las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar, en razón a que en el proceso se acreditó que la demandante cumplió en forma suficiente los requisitos que exige la ley para acceder a la pensión especial reclamada, en razón a lo siguiente:

Contaba con la condición de docente nacionalizada. Según certificación expedida por el director de personal y asuntos docentes de la Gobernación de Antioquia, da cuenta que la accionante «prestó sus servicios en el nivel básica primaria, como nacionalizado en forma continua» desde el 20 de mayo de 1977 (f. 33).

La anterior situación, sustenta que es beneficiaria de los supuestos señalados en las Leyes 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones» y 91 de 1989 **«por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»** como quiera que gozaba de una vinculación territorial anterior al 31 de diciembre de 1980.

ii) La vinculación, como ya se vió, se efectuó antes del 31 de diciembre de 1980, exactamente el 20 de mayo de 1977.

iii) Acreditó más de 20 años de servicios. Entre el 20 de mayo de 1977 y el 22 de febrero de 1989 (de conformidad con el acto de nombramiento y las incorporaciones que se encuentran a folios 16 a 25), y del 12 de diciembre de 1995 hasta el 30 de agosto de 2008, (de acuerdo a los actos de nombramiento, traslados e incorporaciones que obran a folios 26 a 34)

iv) El estatus pensional lo adquirió el 3 de julio de 2007, cuando cumplió 50 años de edad.

*William Hernández Gómez, Gabriel Valbuena Hernández,
Rafael Francisco Suárez Vargas.*

V. PENSIÓN DE INVALIDEZ

PENSIÓN DE INVALIDEZ MILITAR

Se reconoce no solo por la pérdida de una extremidad u órgano del cuerpo o por la pérdida funcional de uno u otro

3 de junio de 1919

Radicación: CE-EXP1919-N0603

«El artículo 2° de la Ley 40 de 1911, reformativo del 18 de la 149 de 1896, define las causas que producen a invalidez que da derecho a pensión, consistentes en la falta completa de las manos, de los pies o cualquiera de estos órganos, la pérdida de ambos ojos o la absoluta incapacidad para trabajar producida por una herida causada en acción de fuerza o por cualquier otro accidente sufrido en el servicio militar...

El concepto del señor agente del Ministerio Público (vista número 1112 de 22 de abril pasado) es que el demandante no se halla en ninguno de los casos previstos en el artículo citado de la Ley 40 de 1911, y que por lo tanto la Nación debe ser absuelta de la obligación que se pretende atribuirle. Sin embargo, el concepto del señor fiscal no puede aceptarse en este caso, porque al fundarse como lo hace en la letra muerta de la ley y el concepto médico legal, ha desatendido ciertos hechos de grande importancia, como a continuación se expresa. En efecto, la «falta completa de las manos, de los pies o de cualquiera de estos órganos» a que se refiere el aparte del artículo 2° de la Ley 40 de 1911, no ha de entenderse únicamente en el sentido de ausencia de dichos órganos por separación del cuerpo, que es como parece entenderlo el señor fiscal, sino en el más amplio, de inutilización de ellos para los fines a que están destinados. Así, la anquilosis de la articulación de la rodilla inutiliza tanto a un hombre para caminar como la falta del pie correspondiente, y mucho más que dicha falta para moverse, y en

general para trabajar, puesto que la anquilosis suprime en absoluto los movimientos de la articulación, lo cual sucede precisamente en el caso de que se trata. Puede pues asegurarse que el demandante adolece de la falta del pie derecho, porque la supresión de la función en el órgano equivale a su mutilación para el efecto de usarlo, lo que es suficiente para declararlo incluido en la enumeración del artículo 2° de la mencionada Ley 40; y si a esto se agrega que Barrera G. tiene otra luxación en la articulación moral izquierda, se concluye que su incapacidad para el trabajo está agravada por ser mayor la limitación de los movimientos de sus miembros inferiores.»...

Jesús Perilla, Luis Rosales, Sixto Zerda, Ismael Castro.

PENSIÓN DE INVALIDEZ MILITAR

Requisitos. Ley retroactiva

21 de abril de 1923

Radicación: CE-EXP1923-N0421

...«Este desgraciado militar, Gabriel Martínez, ha acreditado, de acuerdo con la ley, su incapacidad absoluta (pérdida de ambos ojos), adquirida en el servicio militar; su buena conducta, su pobreza, y demás requisitos que para adquirir el derecho de ingresar al Cuerpo de Inválidos exigen las leyes.

...«La Ley 40 de 1911, que creó el Cuerpo de Inválidos, dijo en su artículo 8º que esa ley regiría desde el 1º de enero de 1912, y que sería aplicable solamente respecto de los inválidos que existieran antes de su vigencia.

Este precepto es tan claro y terminante, que no da lugar a interpretaciones de ningún género. Enmarcó en un círculo de hierro las determinadas pensiones que debían decretarse, sin que leyes posteriores hubieran hecho la más remota alusión a este respecto.

Esta ley tuvo en mira los justos reclamos que hacían las víctimas de la última guerra civil, sin pensar que desgraciados accidentes que ocurrieran en épocas posteriores pudieran crear situaciones tan dolorosas y justas, tan sagradas o imperativas como la del humilde y abnegado militar Gabriel Martínez, que ciego, pobre y sin amparo, ha pretendido buscar el amparo justísimo que en épocas anteriores encontraron individuos quizá menos infortunados que él, sin maliciar siquiera que el artículo frío de una disposición legal le dijera que puesto que su desgracia no ocurrió en un tiempo anterior determinado, no puede ahora atenderse su solicitud.

El Consejo de Estado hace estas observaciones, poco compatibles quizá con la naturaleza de un fallo inflexible, como lo hizo en el de 24 de agosto del año de 1921 en que hubo de negar igual solicitud de Amalia Durán, que

perdió uno de sus miembros luchando heroicamente en el campo de batalla, con el jurídico argumento de que la ley no la amparaba por su condición de mujer, ya que el Cuerpo de Inválidos se compone, según la ley, de militares varones únicamente.

Como el soldado Gabriel Martínez adquirió la incapacidad el día 12 de febrero de 1921, y la Ley 40 de 1911 preceptúa que se aplicará solamente respecto de los inválidos que existan antes de su vigencia, que lo fue el 1° de enero de 1912, fuerza es concluir que no es el caso de acceder a la presente reclamación.»...

José García Hernández, Ramón Rosales, Sixto Zerda, Sergio Burbano.

**REGOMPENSA POR INVALIDEZ DE EMPLEADO DEL MINISTERIO DE
CORREOS Y TELÉGRAFOS**

*Procede su solicitud cuando ya no se tiene la calidad de empleado público.
Reconocimiento post mortem es transmisible a los herederos*

23 de febrero de 1933

Radicación: CE-EXP1933-N0223

...«Consta en autos que el causante Nicanor Parra fue durante largo tiempo empleado en el ramo de correos y telégrafos. Que por causa de enfermedad se le concedió licencia para separarse del servicio por el término de treinta días, según Decreto número 1894 de 7 de noviembre del año de 1930. Que vencido el término de la licencia presentó renuncia de su empleo, la que le fue aceptada por Decreto número 353 de 20 de febrero de 1932, y que, más luego, con fecha 4 de marzo siguiente, demandó ante la Junta de la Caja de Auxilios de aquel departamento administrativo la recompensa a que creía tener derecho de conformidad con el artículo 12 de la citada Ley 82 de 1912.

Se encuentra igualmente acreditado que la Junta nada había resuelto hasta junio siguiente; y que noticiada de que Parra había muerto en este mes, resolvió archivar el expediente.

(...)

Si como queda dicho, el finado Parra demandó en vida la gracia a que creía tener derecho, de conformidad con el artículo 12 precitado, el problema jurídico que atañe al Consejo resolver, consiste en definir si por haber demandado la gracia cuando ya no era empleado público y haber muerto antes de haberse dictado el fallo que la reconociera, pudo o no transmitir a sus herederos el derecho que en vida ejerció.

(...)

No es para discutir si el derecho que por el artículo 12 de la Ley 82 se otorga a los empleados de correos y telégrafos, en los casos en él contemplados, sea un derecho personal. Con todo, se yerra por modo visible al afirmar, como lo hacen las resoluciones denunciadas, que en fuerza de tal característica sea intransmisible, como si la intransmisibilidad fuera la que divide los derechos en reales y personales. Existen, en efecto, algunos derechos reales, cual los de uso y habitación, que son intransmisibles a pesar de ser tales. Si en veces la ley los denomina personales, es para significar únicamente que su duración y ejercicio están limitados por la vida del titular.

(...)

El derecho a recibir la gracia otorgada por el artículo 12, no obstante su carácter personal, es transmisible a los herederos del titular, de conformidad con el artículo 1155 del Código Civil, desde luego que no existe ley alguna que le niegue ese carácter. Para que este fenómeno jurídico se verifique, no se requiere, como lo exigen las resoluciones en cuestión, que el causante haya ejercitado su derecho previamente. Basta y es suficiente para que pueda transmitirlo, que le haya sido deferido en vida, es decir, que se le deba por haber sido llamado por la ley a ejercitarlo; en el presente caso, a recibir la gracia una vez cumplidos los hechos que lo generan. Una cosa es el goce del derecho y otra el ejercicio del mismo, y bien puede suceder, como sucede a menudo, que una persona tenga el goce y otra el ejercicio del derecho, y no obstante esta circunstancia el derecho será transmisible, si no existe ley que lo prohíba expresamente.

En tal situación ese derecho es un bien, y como todo bien, es transmisible. Pero la transmisibilidad así contemplada no será la gracia en sí misma, sino el derecho a exigirla por los herederos del transmisor, que es de lo que se trata en el caso en cuestión.

Sostiene la Junta, y con ella el Ministerio, que para que Parra hubiera transmitido a sus herederos el derecho a obtener la gracia, era necesario que la hubiera demandado cuando aún tenía el carácter de empleado público, y que en tal situación se hubiera dictado el fallo correspondiente.

En sentir del Consejo, nada que sea tan injurídico como este concepto. No dice la ley en parte alguna que la transmisibilidad del derecho a la gracia (*fus ad rem*) esté subordinada al hecho de que el beneficiario lo haya ejercitado cuando tenía el carácter de empleado público. Solamente exige tener dicha investidura para adquirirlo, más no para ejercitarlo, que es cosa

completamente diferente. La ley defiere este derecho al empleado, sin más condiciones que la de haber servido por un determinado lapso y haberse, durante él, imposibilitado de por vida para trabajar por causa del mismo servicio. Cumplidos estos hechos nace el derecho, o sea la conclusión jurídica que la ley saca de los mismos, y lo concreta en el empleado, quien ya podrá ejercitarlo cuando lo estime conveniente y transmitirlo en caso de muerte, como todos sus demás bienes.

Finalmente, debe observarse que los principios jurídicos que se dejan expuestos son los que informan las leyes sobre pensiones y recompensas militares, y los que regulan las jubilaciones civiles, en las cuales no se exige en parte alguna el requisito de la actividad de los funcionarios públicos para poder ejercitar el derecho a una gracia. En los casos de invalidez, por ejemplo, únicamente se requiere la demostración legal de que la causa determinante de la enfermedad o accidente se haya realizado durante el servicio y por razón del mismo. Verificada esta demostración, nace el derecho a la gracia, el que bien puede demandar el beneficiario cuando ya esté retirado del servicio.»...

Pedro Alejo Rodríguez, Nicasio Anzola, Junio Cancino, Félix Cortés, Pedro Gómez Naranjo, Víctor Pérez, Pedro Martín Quiñones.

PENSIÓN DE INVALIDEZ POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN

Se reconoce a los servidores públicos que al término del auxilio por enfermedad continúen incapacitados para trabajar.

17 de octubre de 1949

Radicación: CE-EXP1949-N1017

...«No habría razón, ni mucho menos justicia el que a un servidor público, que contrajo una enfermedad como la que padece el señor Bernal, que lo incapacita para todo trabajo y que si no se la atiende científicamente acabará por extinguirlo, no se le reconozca aquella prestación a que tiene derecho conforme a la Ley 6ª de 1945. Los términos del ordinal c) del artículo 17 de la mencionada Ley, son muy claros y no dejan la menor duda de que el empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, tiene derecho a pensión de invalidez, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado.

Comprobada la tuberculosis pulmonar que aquejaba al señor Bernal, se le dio licencia para retirarse temporalmente de su empleo y se le reconoció el auxilio por enfermedad, pero terminado el lapso por el cual se reconoce ese auxilio, sin que a su vez haya cesado la incapacidad para trabajar, no se ve la razón suficiente para dejar en desamparo por determinada época a un paciente que necesita de recursos para subsistir y para atender en forma adecuada al mejoramiento de su salud, tanto más cuanto que la pensión de invalidez debe reconocerse por todo el tiempo que dure la incapacidad y ésta se produjo de tiempo atrás. Es por esto por lo que el Consejo considera que la pensión por invalidez debe decretarse para que se haga efectiva desde el día en que cese el auxilio por enfermedad, con lo cual no se hace otra cosa que atender a la letra y a la intención del legislador que quiso evitar la indolencia para con los servidores del Estado.»...

Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Pedro Gómez Parra, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón, Carlos Rivadeneira, Gustavo Valbuena.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

*Para su reconocimiento no se requiere que la incapacidad
se origine por causa del trabajo*

4 de abril de 1960

Radicación: CE-SNG-EXP1960-N0404

...«El actor, encontrándose recluso en el Lazareto de Agua de Dios por la enfermedad de Hansen, fue designado como ayudante de la recaudación de Hacienda nacional de ese lugar, cargo que desempeñó desde el 1 de agosto de 1945 hasta el 31 de agosto de 1949, en que se le declaró insubsistente su nombramiento, porque ya la enfermedad no le permitía continuar prestando el servicio, habiendo recibido su correspondiente auxilio de cesantía que le fue decretado por resolución número J-3395 de mayo 26 de 1950 de la Caja Nacional de Previsión Social.

Tanto la Caja en la providencia en que negó la pensión de invalidez, como el señor Fiscal 1° en su vista de fondo, conceptúan, la primera que el actor padecía la enfermedad motivo de la invalidez, cuando ingresó, y que tal pensión «es un derecho y por lo tanto para adquirirlo es indispensable, que se sucedan ciertas y determinadas condiciones, siendo la primera la de que la causa de la incapacidad se adquiera dentro de la relación laboral y como consecuencia de esta». Y el segundo, alega que «cuando entró al servicio público padecía de la enfermedad de Hansen y era de presumir que los estragos de tan terrible enfermedad llegarían a imposibilitarlo. En estas condiciones, no sería justo condenar al Estado al pago de la prestación por una enfermedad, que está demostrado, no se originó por causa del trabajo». Es decir, una y otro coinciden en afirmar que cuando el actor entró al servicio, ya padecía la enfermedad de Hansen, y que para tener derecho a la pensión de invalidez se requiere que se origine como consecuencia del trabajo.

La tesis de que para tener derecho a la pensión de invalidez, es condición indispensable que la incapacidad se haya producido por causa

del trabajo, es equivocada. Seguramente, se trata de una confusión con lo que el Código Sustantivo del Trabajo dispone sobre «accidente de trabajo», en que se requiere que «sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo» (artículo 199), o con la enfermedad profesional, cuyo estado patológico debe producirse «como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador» (artículo 200). No así para la pensión de invalidez, que solo requiere, como dice el ordinal c), artículo 17 de la Ley 6a de 1945, que «el empleado u obrero haya perdido la capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad», es decir, sin que sea necesario que la incapacidad se haya originado o no a causa del trabajo. Lo único indispensable es demostrar que el hecho físico de la incapacidad se ha producido, previo el dictamen médico correspondiente...».

*José Jorge de Velasco Álvarez, Guillermo González Charry,
Alfonso Meluk Urbano Múnera.*

PENSIÓN DE INVALIDEZ DE MIEMBRO DE LAS FUERZAS ARMADAS

*No aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social. Principio de favorabilidad.
Principio de inescindibilidad de la ley. Sentencia de unificación*

14 de agosto de 2003

Radicación: 07001-23-31-000-2000-0101-01(2199-01)

...«**Como la invalidez que genera derecho a pensión es la que se presenta en el momento de la desvinculación del servicio**, para un exsoldado como el actor, en el año 1998 en que fue desvinculado, la norma que gobierna la pensión de invalidez, es el artículo 90 del decreto ley 94 de 1989, que exige como mínimo una incapacidad del 75% o más, para tener derecho a ella.

3. El actor invocó a su favor la aplicación del artículo 38 de la ley 100 de 1993 que dispuso:

“**Estado de invalidez.** Para **los efectos del presente capítulo** se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.” (segundas negrillas de la Sala).

4. La Sala no puede aplicar a este asunto el artículo 38 de la ley 100 de 1993, porque no se lo permite el artículo 279 ibídem, que excluyó expresamente, entre otros, a los servidores militares y de policía, del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ese estatuto.

5. De otro lado, si como es evidente, el estatuto de invalideces e indemnizaciones de las fuerzas armadas, contenido en el decreto ley 94 de 1989, es de carácter **especial**, no podía el artículo 38 de la ley 100 de 1993, que es norma **general** derogarlo, pues solo otra norma especial y posterior podría hacerlo (art. 3º ley 153 de 1887).

6. Igualmente concluye la Sala que no transgrede el principio de la igualdad frente a la ley, la circunstancia de que al demandante le sea

aplicable un estatuto especial y no el general aparentemente más favorable, según los términos de la Corte Constitucional que la sentencia de primera instancia reprodujo (C-890 del 10 de noviembre de 1999).

(...)En gracia a la discusión, en la hipótesis de que al presente caso fuera pertinente la ley 100 de 1993, no podría escindirse la aplicación de su capítulo III al que pertenece el artículo 38, para tomar solo esta norma, porque precisamente ella define el **Estado de Invalidez para los efectos de ese capítulo**, del cual forma parte igualmente el artículo 39, que establece los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en razón de que hacerle producir efectos al artículo 38 obligaría a tener que hacer lo propio con las dos normas siguiente, lo cual en el presente caso es un imposible jurídico, debido a que el demandante no demostró cumplir los requisitos establecidos en el artículo 39 *ibídem*, que ni siquiera mencionó en su demanda.

Y es que, a juicio de la Sala, no sería procedente la **aplicación parcial** del Capítulo III al que pertenece el artículo 38 de la ley 100 de 1993, para obtener de él solo la condición de pérdida de la capacidad laboral para reputarse inválido, y la **aplicación igualmente parcial** del decreto 94 de 1989, respecto de la cuantía de la pensión, que sería equivalente al 100% de la asignación básica de un Cabo Segundo del Ejército, porque se debería tener en cuenta en su totalidad el primer estatuto o el segundo, para hacer efectivo el principio de inescindibilidad de la ley laboral, derivado de los mandatos del artículo 21 del C.S. del T., que al establecer la aplicación de las normas mas favorables, en caso de conflicto o duda obliga a que **“La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”**

7. Además, tampoco sería aplicable el referido artículo 38, en los términos del 53 de la Constitución Política, porque este condiciona la aplicación de la situación mas favorable al trabajador en **caso de duda** en la interpretación o aplicación de las fuentes formales de derecho, que en el presente asunto no se ha presentado, como se vio anteriormente.

Al respecto de la aplicación de la norma más favorable, ha sido frecuente olvidar la condición que establece el artículo 53 constitucional, y de ahí que el actor invoque jurisprudencias del Consejo de Estado, sin parar mientes en que solo en **caso de duda** es viable la aplicación del estatuto más favorable, que no es el presente, porque sin hesitación alguna la Sala aplica el artículo 279 de la ley 100 que excluye de sus mandatos a los servidores de las fuerzas militares y de policía, entre otros. »...

*Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Jesús María Lemos Bustamante,
Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez Maldonado, Nicolás Pájaro
Peñaranda.*

PENSIÓN DE INVALIDEZ DE CONGRESISTA

Aplicación del régimen especial. Requisitos

20 de octubre de 2014

Radicación: 25000-23-25-000-2006-07671-01(1961-09)

...«La controversia se contrae a determinar si la pensión de invalidez reconocida al señor Luis Fernando Correa González, se debía gobernar por el régimen especial de pensiones de los congresistas, en el porcentaje dispuesto el Decreto 1359 de 1993 o si debía regirse por la Ley 100 de 1993, como lo pretende la entidad demandante.

Para dilucidar lo anterior es preciso señalar que el Decreto 1359 de 1993 estableció un régimen especial de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los congresistas, que al tenor de lo dispuesto en su artículo 1º, es aplicable integralmente y de manera especial a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 tuvieron la calidad de Senador o Representante a la Cámara.

De conformidad con lo señalado en el artículo 3º del decreto previamente citado, corresponde a la entidad pensional del congreso, el reconocimiento de las pensiones vitalicia de jubilación y de invalidez a los congresistas que cumplan con los requisitos para acceder a tal régimen y obviamente, cumplan los requisitos para la obtención de una u otra prestación.

Y, al tenor de lo dispuesto en su artículo 4º los requisitos para acceder al régimen especial allí dispuesto consisten en: i) encontrarse afiliados a la entidad pensional del Congreso y haber efectuado cumplidamente las cotizaciones de ley o aportes a la misma y, ii) haber tomado posesión de su cargo.

De las pruebas obrantes en el expediente se puede establecer que el señor Luis Fernando Correa fue elegido Representante suplente para el periodo constitucional 1990-1994 y tomó posesión de su cargo el 2 de octubre

de 1990; fue elegido representante principal para el periodo constitucional 1991-1994 y para tal efecto tomó posesión el 1º de diciembre de 1991; así mismo, fue elegido Senador para el periodo constitucional 1998-2002 y tomó posesión como Senador de la República el 20 de julio de 1998.

Según la certificación expedida por el representante legal de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, visible a folio 85 del expediente, el señor Luis Fernando Correa solicitó su traslado a dicho fondo y este surtió efectos a partir del 1º de septiembre de 2001, pero a la fecha en que se estructuró su invalidez, se encontraba afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Además, en las consideraciones de los actos acusados se indica igualmente que al momento en que se estructuró la invalidez del señor Correa González, este se encontraba afiliado y cotizando al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

Con fundamento en las pruebas aludidas, se puede concluir que el demandante cumplió los requisitos previstos en el régimen especial de pensiones de los Congresistas, establecido en el decreto en comento, consistentes en que su vinculación como Representante a la Cámara y Senador fue posterior a la Ley 4ª de 1992 -por los periodos constitucionales 1990-1994 y 1998-2002- habiendo tomado posesión de los respectivos cargos, en las fechas arriba señaladas; además, accedió al régimen especial allí previsto toda vez que estuvo afiliado a la entidad pensional del Congreso -Fondo de Previsión Social del Congreso de la República- y conforme a lo manifestado en los actos acusados hizo las cotizaciones correspondientes.

En consecuencia, al ser los requisitos anteriores los únicos que exige la ley para ser beneficiario del régimen allí previsto y para que el reconocimiento de la pensión de invalidez se haga con base en los porcentajes establecidos en el artículo 10 del Decreto 1359 de 1993, mal podría considerarse que no tiene derecho a la aplicación de tal régimen.

La entidad demandante fundamenta su recurso en el hecho de que para la fecha de valoración médica ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, en consecuencia, la calificación de la invalidez del pensionado se debió regir íntegramente por lo que ella dispone y particularmente el porcentaje de disminución de capacidad laboral que se debió tener como base para el reconocimiento pensional fue el que se señaló en el acta según lo previsto

en el Decreto 917 de 1999 y no el porcentaje calculado de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, se debe decir que de conformidad con el acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez practicada al señor Luis Fernando Correa González el 18 de diciembre de 2001 se le determinó un 52.10% de pérdida de la capacidad laboral con fundamento en lo previsto en el Decreto 917 de 1999 y si se califica de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, corresponde a una pérdida de capacidad laboral del 80%.

Contra dicha acta procedía el recurso de apelación, de conformidad con lo consagrado en el artículo 34 del Decreto 2463 de 2001 y la valoración fue practicada a petición del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, recurso que no fue interpuesto, por lo que quedó en firme lo allí decidido.

Ahora bien, al señor Correa González se le practicó una nueva valoración el 2 de abril de 2002, igualmente a petición del Fondo demandante, en la que se llegó a idénticas conclusiones y se precisó que la estructuración de la invalidez se produjo el 3 de mayo de 2001.

La Sala considera que si bien es cierto para la fecha de la estructuración de la invalidez ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, el reconocimiento pensional del demandante no se debía regir por lo allí dispuesto, pues en ella está contenido el Régimen General de Pensiones y él estaba cobijado por normas especiales para el reconocimiento de su pensión de invalidez, pues cumplía todos los requisitos para acceder a ellas, de conformidad con el análisis hecho previamente.

Además, en su caso, no era viable tener en cuenta el porcentaje de disminución de la capacidad laboral fijado con fundamento en el Decreto 917 de 1999, “por el cual se modifica el Decreto 962 de 1995”, por no ser destinatario del mismo. El artículo 1° del citado decreto, es del siguiente tenor:

“Artículo 1°. CAMPO DE APLICACIÓN. El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5° de la Ley 361/97.”

Lo anterior indica que el porcentaje de disminución de capacidad laboral calculado en los términos de tal decreto, si bien aplica tanto para empleados del sector público como del sector privado, sólo se debe tener en cuenta a efecto del reconocimiento de la pensión de que trata el artículo 38 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y como la pensión de invalidez reclamada por el señor Correa González no se derivaba de la referida ley, sino del régimen especial que lo cobijaba, era válido tener en cuenta el porcentaje fijado por la Junta Regional de Invalidez, en aplicación del Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, como según las actas de la Junta Médica Laboral que dan cuenta de la valoración efectuada al demandante, le dictaminaron un 80% de la disminución de la capacidad laboral, era válido tener en cuenta ese porcentaje para reconocer la pensión de invalidez en los términos en que fue reconocida, es decir, en un 95% del ingreso mensual promedio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 literal b) del Decreto 1359 de 1993, máxime cuando en virtud de esa norma especial, el reconocimiento pensional de invalidez para los congresistas se concede cuando la pérdida de la capacidad laboral es superior al 75% y como en este caso, según lo descrito en el acta, sí superaba tal porcentaje, se debe concluir que el reconocimiento de la pensión se encuentra ajustado a la legalidad y por tal motivo no había necesidad de acudir a las normas generales para tal efecto y por ello no hay lugar a declarar la nulidad de los actos de reconocimiento y sustitución de la misma.»...

*Gustavo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

VI. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

PENSIÓN DE JUBILACIÓN

No taxatividad de los factores. Salario. Concepto. Sentencia de unificación

4 de agosto de 2010

Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

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

(..:) De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico

de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

a) Del principio de favorabilidad en materia laboral

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación

de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)Es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

b) De las finanzas públicas

En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho

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

Bertha Lucía Ramírez de Páez, Gerardo Arenas Monsalve (salvamento de voto), Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero, Víctor Hernando Alvarado Ardila.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN PENSIÓN DE JUBILACIÓN

*La situación jurídica consolidada
no puede ser modificada por normas posteriores*

4 de agosto de 2010

Radicación: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07)

...«[T]odas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición.

(...)

En cuanto al fenómeno del término y forma de cotización, las variables principales que comprometen el contenido del régimen de transición suponen, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, la vigencia del régimen de transición sin importar que los aportes se hagan a distintos sistemas de cotización y en igual sentido la sentencia C-789 de 2002 que predica la invulnerabilidad del régimen de transición incluso frente a la propia voluntad del beneficiario o del titular cuando opta por variar los sistemas de cotización establecidos por las normas de seguridad social (prima media y ahorro individual).

El tiempo de servicio y la edad para alcanzar el status pensional pleno, es parte singular de lo previsto en el artículo 36 inciso 2° de la Ley 100 de 1993; ya lo era en la Ley 33 de 1985 que en el parágrafo 2° de su artículo 1° excluyó de su contenido regulador en materia pensional, a quienes a la fecha de expedición de la misma habían cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios, y a su vez, la Ley 797 de 2003 que estableció un sistema de transición por éste factor que luego fuera declarado inexecutable. La jurisprudencia ha reconocido régimen de transición en razón de la edad con aplicación de la Ley 6° de 1945 en función de las situaciones jurídicas consolidadas a la luz del Decreto 3135 de 1968, cuyos preceptos fueron afectados por su derogatoria en virtud de la Ley 33 de 1985, y además en atención a que el Decreto 3135 tenía aplicabilidad a empleados del orden nacional y no territorial.

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este

elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional.

En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional más allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados.

En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

Consecuencialmente y como puede apreciarse de lo expuesto, para la Sala es objetivo que el principio de inescindibilidad de régimen para efectos de la reliquidación pensional, nacido del desarrollo jurisprudencial del principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Constitución, ha de interpretarse de manera racional, esto es cuidando en no llegar al absurdo de, so pretexto de aplicar la inescindibilidad de un régimen, en la práctica, desconocer condiciones más favorables a las que eventualmente habría accedido un empleado, y que por razón de retrotraer

su status a normas anteriores, tales beneficios eventualmente no tengan lugar, como suele ocurrir con ciertos sistemas de liquidación del quantum pensional, circunstancialmente más favorables en la norma actual y menos beneficiosos a la luz del régimen de transición que habilita la normatividad anterior, creando con ello una hipótesis en la que es posible reconocer que el empleado consolidó derechos a la luz de una y otra norma. En esta circunstancia es evidente que la razón de favorabilidad aconseja atenuar el principio de inescindibilidad, en función de las particularidades del régimen que in factum resulte de mejor beneficio para el trabajador.»...

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Presidente de la Sección, Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve (aclaración de voto), Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Conservación. Traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida

12 de mayo de 2011

Radicación: 25000-23-25-000-2007-00731-01(1533-09)

...«Afirma la entidad apelante que la demandante perdió el régimen de transición por el hecho de haberse trasladado al régimen de ahorro individual y luego haberse trasladado al de prima media con prestación definida, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) Los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia del 24 de septiembre 2002, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, “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, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

(...) En otras palabras, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad condicionada, es claro que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no resultan aplicables a la demandante, pues como se observa, al momento en que entró en vigencia el Régimen General de Pensiones, el 1° de abril de 1994, había laborado mucho más de los quince (15) años. Para la Sala la interpretación realizada por la Corte Constitucional, es razonable y consulta los fines de la norma, en la medida que no resulta válido, justo o razonable que un empleado que hubiese cotizado como mínimo el 75% de las mesadas pensionales pierda sus derechos al régimen de transición que lo beneficiaba, por el hecho de no haber previsto que su traslado al régimen de ahorro individual implicaba un detrimento de sus intereses y beneficios prestacionales respecto de los que tenía una expectativa legítima de acceder.»...

*Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve,
Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Reconocimiento con base en norma territorial. Incluye en su aplicación a la convención colectiva. Principio de seguridad jurídica. Principio de confianza legítima. Principio de favorabilidad. Sentencia de unificación

29 de septiembre de 2011

Radicación: 08001-23-31-000-2005-02866-03(2434-10)

...«Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no conmovió aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios. Ilustra con claridad esta situación el tenor literal del artículo 11 de la referida Ley 100 de 1993.

(...) Sin embargo, no sólo aquellas situaciones merecieron protección por parte de nuestro legislador. En este sentido, se precisó la necesidad de amparar a las personas que tenían una “*expectativa cierta*” de adquirir su derecho pensional bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, seguramente, verían afectado su derecho al acceso efectivo a dicha prestación si se hubieran visto cobijados indefectiblemente por el nuevo régimen pensional. Así, bajo dos criterios, edad y tiempo de servicio a la fecha de entrada en vigencia del referido régimen general de pensiones, se consagró el derecho a la transición, el cual garantizó, por un tiempo adicional, la permanencia y aplicabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, además de las dos situaciones descritas, la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 consagró **una protección especial** para aquellos que con anterioridad a su entrada en vigencia adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales.

Tal como se explicó en el acápite anterior, en vigencia de la Constitución Política de 1886 la competencia para la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos recayó en el Congreso; y, en vigencia de la Constitución Política de 1991 recae, de manera concurrente, en el Congreso y en el Ejecutivo Nacional.

Por lo anterior, al referirse la norma objeto de estudio a situaciones pensionales reguladas **por disposiciones del orden municipal y departamental** ha de tenerse claro que: (a) no es la misma situación de aquellos que con anterioridad a la entrada en vigencia adquirieron su prestación con arreglo a la Ley, pues en el presente asunto, se reitera, la pensión se adquirió con fundamento en normas que, a pesar de presumirse legales, contrariaban el ordenamiento jurídico; (b) tampoco es la misma situación de los beneficiarios del régimen de transición, pues las expectativas ciertas que en este caso se pudieran tener provenían de normas ajustadas a la Constitución; y, (c) obedeció a la intención del legislador de no desconocer la situación que se había generado dentro de un marco normativo pensional disgregado.

A su turno, es válido afirmar que dos son las situaciones pensionales que, a pesar de ser de origen extralegal, merecen protección por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del artículo 146, así: (i) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995, tuvieron una situación jurídica definida, esto es, que se les hubiera reconocido el derecho pensional; y, ii) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial hubieran cumplido los requisitos exigidos por dichas normas, esto es, que hayan adquirido el derecho así no se les haya reconocido. Frente a esta conclusión, empero, cabe una precisión adicional.

Aun cuando la norma habla de la protección de las pensiones extralegales, fundadas en disposiciones del orden municipal y departamental, adquiridas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que el inciso final ídem dispuso que “las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley”, lo cierto es que de una interpretación armónica de todo el contenido de la Ley, y especialmente del artículo 151 de la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación ha entendido que la fecha última que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1995.

(...)4.2. De otro lado, debe establecerse el ámbito de aplicación de la expresión “con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.”.

El texto destacado ha sido interpretado por la Sala de la Subsección B en el sentido de que sólo es viable convalidar reconocimientos pensionales fundados en “disposiciones municipales o departamentales” y, que, las convenciones colectivas no encuadran dentro de dicho supuesto.

Lo antes dicho porque al tenor de nuestro ordenamiento constitucional y legal, como ya se indicó, los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas. En este mismo sentido, en providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 2 de octubre de 2008, C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 1458-2007:

(...) Sin embargo, la Subsección A, en sentencia del 7 de abril de 2011, Expediente No. Interno 2073-07, Magistrado Ponente Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, con respecto al mismo tópico, ha sostenido:

“Aun cuando los sindicatos de empleados públicos no cuentan con un derecho de negociación pleno que les permita definir con el nominador la edad y el monto de la pensión a través de convenciones colectivas (acto jurídico atípico e innominado al no reunir las formalidades previstas en la ley), lo cierto es que el artículo 146 de la ley 100 de 1993, dejó a salvo o convalidó los derechos adquiridos con base en las normas territoriales expedidas con anterioridad a su vigencia, sin consideración a las vicisitudes en su formación.”

Como se puede evidenciar, este es un tema trascendental que ha sido decantado por ambas Subsecciones; por ello mismo, pasa la Sala de Sección, a definir el criterio unificador que será aplicado de ahora en adelante, así:

La expresión “extra”, viene del (Del lat. extra), que significa “1. *pref.* Significa ‘fuera de’. Extrajudicial, extraordinario. 2. *pref.* Significa a veces ‘sumamente’. Extraplano.”., y Legal “(Del lat. *legālis*). 1. *adj.* Prescrito por ley y conforme a ella. 2. *adj.* Perteneciente o relativo a la ley o al derecho.”; es decir, que son normas que están por fuera de la ley o el derecho.

Por su lado, disposición, significa “(Del lat. *dispositiō*, -ōnis). 3. *f.* Precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad”.

Conforme a una interpretación exegetica, podría señalarse que la norma objeto de análisis validó toda clase de reconocimientos pensionales, pero esta clase de interpretación no sólo está soportada en la literalidad de la norma sino que se observa desde una hermenéutica originaria, sistemática e histórica, pues el legislador quiso validar esta clase de situaciones, la cual, al ser revisada en su Constitucionalidad por la Corte Constitucional fue declarada exequible; en ese sentido, no se puede dejar de lado, que en el sector territorial, han existido múltiples regulaciones de carácter territorial que, aún sin competencia, han reglado y creado beneficios de índole pensional, y, por supuesto, se permitió la suscripción y el amparo de convenciones colectivas que han beneficiado y aplicado de manera general no sólo a los trabajadores oficiales, sino que también, a los empleados públicos.

En principio podría pensarse, como en efecto lo hizo la Sala en múltiples fallos, que las disposiciones del orden territorial, como Decretos y Ordenanzas, regulaban, sin competencia, el régimen pensional de los empleados públicos, mientras que en lo que se refiere a las convenciones colectivas, regulaban la aplicación sólo para los trabajadores oficiales y no para empleados públicos; pero en últimas, uno y otro eran extralegales, y en ambos casos, los saneó el legislador.

La convención colectiva de trabajo en este caso surgió por la negociación contractual y consensual celebrada entre el sindicato y los directivos de la Universidad, quienes tenían autonomía administrativa y presupuestal, pero que, como se precisó en consideraciones precedentes, no podían regular salarios y prestaciones de sus empleados porque esto le correspondía al legislador.

La naturaleza de la convención colectiva, en el caso de los empleados públicos no puede definirse como un contrato, porque los primeros no pueden gobernarse por esta clase de instrumentos; tampoco se puede definir como de carácter normativo pues no tiene las formalidades propias de una preceptiva, pero sí pueden estar encuadradas dentro de lo que la Ley pretende aplicar como una “disposición”, máxime, cuando lo que buscó fue la protección y progresividad de los derechos de los trabajadores; en otras palabras, la Convención Colectiva, lleva inmersa la voluntad del empleador de otorgar unos derechos a sus beneficiarios.

Sin embargo, las convenciones colectivas están precedidas y son el resultado de una actividad de una “negociación colectiva”, que contienen reconocimientos o aprobaciones de la administración de derechos laborales

y, aunque son derechos “*extralegales*”, en este caso, por disposición del mismo Congreso, se validan los reconocimientos efectuados, respecto de las situaciones consolidadas, sin consideración a su irregularidad.

(...) Ahora bien, la seguridad jurídica, es un principio del Derecho según el cual los ciudadanos tienen la certidumbre de que el derecho a aplicar, es el previsto en las normas jurídicas y por ello, el Estado debe acatar las normas legales que regulan, en nuestro caso, las relaciones laborales para garantizar los derechos de los asociados.

(...) En ese sentido, existe un derecho adquirido cuando hay situaciones individuales y subjetivas que se han definido bajo el imperio de la ley, de manera que deban ser respetados por las leyes posteriores; sin embargo, en el asunto *sub judice* ocurrió lo contrario, pues el derecho sólo se adquirió a partir de que la ley lo garantizó, antes no estaba cobijado bajo este manto; es más, puede decirse que el derecho sólo se consolidó a partir de la declaración que sobre el derecho se profiera y en los demás asuntos que están *sub judice*.

Conviene indicar de igual modo, que esta decisión se sustenta, en la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, en la medida en que es al Juez, a quien le corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador y cómo ha de aplicarse o interpretarse, máxime, cuando el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no fue explícito en señalar cuáles normas expresamente validó sino que indicó que utilizó la expresión “*disposiciones*”, que puede incluir en su campo de aplicación las convenciones colectivas.

Finalmente, la Sala precisa que esta decisión se sustenta, también, en la protección del principio de la confianza legítima, pues es evidente, que en el caso concreto la demandante obtuvo un acto administrativo que surgió por voluntad de la administración, que valoró, validó y reconoció sus derechos pensionales, quien además, los percibió por mucho tiempo, en el entendido de que estaban dentro de la legalidad.»...

Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Luis Rafael Vergara Quintero, Alfonso Vargas Rincón.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Reconocimiento con base en convención colectiva. No convalidación.

Reconocimiento con base en la Ley 33 de 1985 por cumplir edad durante el curso del proceso. Principio de favorabilidad. Principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal

26 de septiembre de 2012

Radicación: 68001-23-31-000-2005-01990-01(0416-12)

...«Se puede afirmar adicionalmente que la prestación reconocida por la E.S.E. a la demandada no podía sujetarse a lo establecido en disposiciones convencionales, pues, ostentando la condición de empleada pública su régimen prestacional era el legal. Ahora bien, de conformidad con el material probatorio allegado al expediente también se evidencia que la fuente del reconocimiento prestacional fue la Convención Colectiva de 1991, la cual inicialmente tenía una vigencia de 1 año, y frente a la que la accionada no consolidó derecho alguno ostentando condición de trabajadora oficial, ni tampoco lo hizo durante su vigencia inicial.

Por lo anterior, tal como lo hizo el a-quo ha de concluirse que la accionada no era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo que se le aplicó a su situación prestacional por parte de la E.S.E. demandante. De igual forma cabe resaltar que ante la ilegalidad de un acto administrativo la misma autoridad que lo profirió cuenta con la posibilidad de demandarlo ante la jurisdicción, en aras de defender la legalidad, razón por la cual no se encuentra justificación alguna para sostener que es inviable la actuación incoada por la E.S.E. Por otro lado, la demandada al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba como beneficiaria del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado.

Por consiguiente, el marco jurídico para su reconocimiento pensional es la Ley 33 de 1985; lo que quiere decir que debe sujetarse a los 55 años de edad

y 20 de servicio exigidos para acceder a una pensión de jubilación, equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios. En ese orden de ideas, si bien es cierto que para la época en que fue presentada la acción la demandada no reunía el requisito de la edad, pues contaba para ese entonces 53 años, no es menos cierto que a la fecha, y en el trámite de esta instancia, ya cumplió 55 años, motivo por el cual es dable acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, tal y como lo dispuso el a-quo, en atención a los principios constitucionales de favorabilidad y en materia laboral, prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 170 del C.C.A., pero se adicionará en el sentido de precisar que la pensión se deberá reconocer a partir del 4 de febrero de 2007 fecha en que cumplió la edad requerida.»...

*Gustavo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Determinación del monto y factores en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Sentencia de unificación

25 de febrero de 2016

Radicación: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13)

...«Conforme a la norma transcrita,[artículo 36 de la Ley 100 de 1993] quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, tuviesen 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, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la prestación pensional, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues contaba con más de 35 años de edad, lo que permitía aplicarle en principio el régimen pensional anterior.

No obstante, debe tenerse presente que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución, dispuso nuevas reglas de rango constitucional en torno al sistema de pensiones, y entre ellas fijó los criterios en virtud de los cuales el régimen de transición pensional perdería su vigencia.

Al respecto, la regulación constitucional estableció lo siguiente:

“Art. 48.- Parágrafo transitorio 4º.- El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en

tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

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

De conformidad con lo anterior, si una persona es en principio sujeto del régimen de transición en virtud de la Ley 100 de 1993, ya sea por edad o por tiempo de servicios, pero no consolida su derecho pensional antes de las fechas de expiración de dicho régimen dispuestas en la Constitución, dejaría de ser sujeto del régimen de transición y su derecho pensional se registraría exclusivamente por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores.

En el caso de autos, la demandante cumplió la edad pensional del régimen anterior del sector oficial (Ley 33 de 1985), esto es, los 55 años, en agosto de 2005; y laboró mucho más de 20 años en la entidad universitaria oficial (exactamente 1727 semanas), lo cual evidencia que consolidó su derecho pensional en el régimen anterior que le era aplicable, mucho antes del 31 de julio de 2010, fecha general de extinción del régimen de transición (dado que laboró hasta el año 2007), razón por la cual no resulta necesario analizar si se le aplicaría la excepción de prórroga de la transición hasta el año 2014.

Así las cosas, y teniendo certeza de la vigencia del régimen de transición en el caso de autos, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Acto Legislativo No. 1 de 2005, debe concluirse, como lo hace el texto constitucional antes transcrito, que los requisitos y beneficios de dicho régimen son los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que a su vez se remite al régimen anterior que le era aplicable. Para la situación que ocupa la atención de la Sala, debe decirse que el régimen pensional aplicable a los empleados oficiales, antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 era el previsto en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1, preceptúa que el empleado oficial tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que prestara o hubiere prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

(...)

I. Sobre los factores de liquidación pensional y el ingreso base de liquidación de la pensión

Señaló además la citada Ley 33 de 1985 los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

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

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

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”.

Esta disposición fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que, a su vez, derogó el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación estableció:

“ARTÍCULO 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

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.”.

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiendo por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

*“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con **el monto** de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*

*“**Monto**, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y **monta** es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*

*“Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “**monto**” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho**, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).*

En este mismo sentido, la Sala en sentencia de 21 de junio de 2007, radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, manifestó:

“El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 hizo dos remisiones hacia las normas del pasado, o dos transiciones: La primera y obvia, contenida en el párrafo tercero, en el sentido de que quienes ya tuvieran el status pensional, debían pensionarse según las normas anteriores que les fueran aplicables y, segunda, la contenida en el párrafo segundo, referida a aquellos que al entrar en vigencia la citada ley tuvieron

15 años de servicio, a quienes que se les aplicaría el régimen anterior correspondiente – solamente en cuanto al requisito de edad para adquirir el status pensional -.

De lo anterior deviene, necesariamente como se dijo, que respecto del monto, al actor lo cobijaba el citado primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Resulta inocuo considerar en el caso que el actor haya cumplido el status pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues, por la transición que contempla el artículo 36 de dicha Ley 100, la Ley 33 de 1985 mantenía su vigencia en materia del monto y de los factores sobre los cuales debía reconocerse y liquidarse la pensión de jubilación del señor ISPIN Ramírez.”

El artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 del mismo año, enuncia los factores que se consideran salario para los fines de la cotización, es decir, el salario base para calcular las cotizaciones que mensualmente deben efectuar los servidores públicos al sistema de seguridad social en pensiones, o sea, el ingreso base de cotización (IBC). A diferencia del ingreso base de liquidación (IBL), que se conforma con el promedio de lo devengado en la forma prevista en las normas anteriores al primero de abril de 1994 que resulten aplicables al beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de

establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala

Gerardo Arenas Monsalve, William Hernández Gómez (con impedimento), Sandra Lisset Ibarra Vélez (con impedimento), Carmelo Perdomo Cuéter, Gabriel Valbuena Hernández, Luis Rafael Vergara Quintero.

VII. RAMA JUDICIAL

PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN LA RAMA JUDICIAL DE MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES

*Para su reconocimiento no es acumulable el tiempo
de servicio prestado como juez*

1° de agosto de 1916

Radicación: CE-SCA-EXP1916-N0801

...«El artículo 3° de la Ley 12 de 1917, en que el peticionario se funda, dice a la letra:

Los individuos que hayan desempeñado el puesto de magistrados de la Corte suprema o de los tribunales superiores de justicia, durante un período de más de quince años y que alcancen a una edad de sesenta y cinco años, se retirarán de sus puestos con derecho a una pensión de cien pesos mensuales. De parecida gracia disfrutarán los jueces superiores y de circuito, pero con una asignación de cincuenta pesos.

Según esta disposición, deben computarse separadamente los años servidos como magistrado y los servidos como juez, para saber si se tiene derecho a una de las dos pensiones; es decir, que el tiempo en que un individuo ha desempeñado funciones de magistrado no puede acumularse al servido como juez, para completar los años superiores a quince que requiere la ley, por cuanto son distintos los grados y distintas las asignaciones señaladas para cada caso.»...

Próspero Márquez, Adriano Muñoz, Jesús Perilla, Luis Felipe Rosales.

**PENSIÓN DE JUBILACIÓN
DE EXMAGISTRADOS DE ALTAS CORTES**

Reajuste especial del 50 por ciento para los pensionados antes de la Ley 4 de 1992. Principio de igualdad. Sentencia de unificación

11 de octubre de 2007

Radicación: 25000-23-25-000-2000-05913-01(3968-03)

...«La Ley 4 de 1992 señaló 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.

Dicha ley atendió razones de justicia y equidad, propendiendo por la nivelación salarial y prestacional en los distintos sectores de la administración pública.

El artículo 17 de la citada ley dispuso:

“El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquellas y estas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual y promedio que, durante el último año, y por todo concepto, reciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal.

PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devengan los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva.”.

En desarrollo de esta disposición legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1359 de 12 de julio de 1993, *“por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como de reajustes y sustituciones de las mismas aplicables a los Senadores y Representantes a la Cámara”.*

Los artículos 1º, 6º y 17 del decreto en mención dispusieron:

“Artículo 1º. El presente Decreto establece íntegramente y de manera especial, el régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas, que en lo sucesivo se aplicará a quienes a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992 tuvieren la calidad de Senador o Representante de la Cámara.”

“Artículo 6º Para la liquidación de las pensiones, así como para sus reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 71 de 1988.”.

“Artículo 7º. Definición. Cuando quienes en su condición de Senadores o Representantes a la Cámara lleguen o hayan llegado a la edad que dispone el artículo 1º parágrafo 2º de la ley 33 de 1985 y adicionalmente cumplan o hayan cumplido 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 hayan cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 71 de 1988, tendrán derecho a una pensión vitalicia de jubilación que no podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio de conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 6 del presente Decreto”.

“Artículo 17. Reajuste especial, los Senadores y Representantes a la Cámara que se hayan pensionado con anterioridad a la vigencia de la ley 4ª de 1992, tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional, por una sola vez de tal manera que su pensión en ningún caso podrá ser inferior al 50% de la pensión a que tendrán derecho los actuales Congresistas.” (destacado es de la Sala)

Adicionalmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 104 de 13 de enero de 1994, por el cual se dictaron unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar, que, en su artículo 28, dispuso:

“A los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales

y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas legales vigentes.” (Subrayas no son del texto).

Desde la expedición del Decreto 104 de 1994 hasta la fecha, el Gobierno Nacional ha expedido sucesivos Decretos señalando que a los Magistrados de las Altas Cortes se les reconocerán las pensiones teniendo en cuenta los mismos factores salariales y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara, en los términos establecidos en las normas legales vigentes.

Conforme al panorama expuesto, le compete a la Sala definir cuál es el reajuste que se debe aplicar a los Magistrados de Altas Cortes pensionados antes de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 y, más específicamente, antes de que a ellos se les extendiera el régimen especial de los congresistas consagrado en el Decreto 104 del 13 de enero de 1994.

La Corte Constitucional venía sosteniendo que las pensiones de los ex Magistrados de las Altas Cortes debían homologarse a las pensiones de los congresistas, sin importar cuándo se adquirió el derecho. Así, en sentencia T-214 del 13 de abril de 1999, en un caso de similares contornos, precisó:

“(…) De esta manera, la aplicación armónica de las normas anteriormente transcritas y de aquellas que establecen la homologación para efectos prestacionales entre congresistas y magistrados, llevan a la conclusión de que la pensión de estos últimos debe ser liquidada o reliquidada conforme a los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5, 6º, y 7º del Decreto 1359 de 1993.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional comentada anteriormente relativa a la cuantía mínima de la pensión de todo tipo de ex congresistas, según la cual todos deben recibir una idéntica mesada pensional, equivalente al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto perciban los congresistas en ejercicio, debe ser referida también, como efecto de la homologación legal, a los ex magistrados de las altas cortes. Una interpretación diferente sería, evidentemente, discriminatoria.

Aplicando las anteriores conclusiones al caso sometido ahora a la consideración de la Sala, ésta encuentra que, indudablemente, al actor le asiste el derecho a percibir una pensión de jubilación que no puede estar por debajo del límite mencionado. Si al hacer la liquidación inicial, en el momento del reconocimiento que se le hizo de la pensión –ocurrido en el año de 1993- no se tuvieron en cuenta las disposiciones pertinentes del Decreto 1359 de 1993, por la sencilla

razón de no haber sido expedidas para ese momento, resulta obvio que el actor tiene derecho a la reliquidación que invoca, a fin de quedar en pie de igualdad con los ex congresistas a quienes se les ha reliquidado su pensión, y a los ex magistrados que igualmente obtuvieron el reconocimiento en las condiciones de la normatividad transcrita. Contribuye a llegar a esta conclusión, el hecho de que el Decreto 1359 de 1993 dispuso que el régimen pensional de los congresistas, y por homologación de los ex magistrados, -que indica el reconocimiento de una pensión no inferior al 75% del salario mensual promedio- se aplicaría a partir de la vigencia de la Ley 4ª de 1992...

Si el mismo legislador quiso equiparar los derechos salariales de congresistas y de magistrados, cosa que hizo en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, equiparación que fue ampliada posteriormente por el artículo 28 del Decreto 0101 de 1994 en lo relativo a la pensión, resulta que por lo que tiene que ver con esta prestación social, ex congresistas y ex magistrados están colocados en una misma situación de hecho ante la ley, por lo cual debe aplicárseles el mismo régimen en lo relativo a la reliquidación o reajuste del monto de su pensión. En efecto, el derecho a tal reliquidación o reajuste, puede considerarse accesorio de lo principal, esto es del derecho a percibir tal pensión en el monto indicado en la ley.

La Sala estima finalmente, que la homologación entre ex magistrados y ex congresistas en lo concerniente a la pensión de jubilación, debe hacerse efectiva respecto de todos los ex magistrados pensionados en cualquier tiempo, por las mismas razones que expuso esta Corporación en las sentencias T-456 de 1994 y T-463 de 1995 anteriormente comentadas y relativas a pensiones de ex congresistas". (Destacado no es del texto)

Sin embargo, la misma Corte Constitucional, en sentencia SU-975-03 de 23 de octubre de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, manifestó:

“A diferencia del trato diferencial dado a ex congresistas y congresistas por el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 –norma que con el “reajuste especial” aminora la desproporción entre dichos grupos objeto de comparación con respecto al monto de la mesada pensional–, con la expedición del Decreto 104 de 1994 (artículo 28) el trato diverso dado a ex magistrados y magistrados no previó la situación en que quedarían aquellos ex magistrados pensionados antes de la Ley 4 de 1992. Es así como la mesada pensional para ex magistrados oscila hoy en día entre cerca de 800 mil pesos (la más baja), 3 millones de pesos (la pensión promedio) y cerca de 9 millones (la más alta), mientras que la mesada para magistrados pensionados bajo la vigencia de la referida ley supera, en algunos casos en varios millones, los 9 millones de pesos. La diferencia del

nivel de las pensiones entre ex magistrados y magistrados es manifiesta: los primeros perciben por el mismo concepto generalmente una tercera parte de la mesada de los magistrados pensionados bajo el régimen de la Ley 4 de 1992 y su normatividad de desarrollo. En ciertos casos, incluso la diferencia es de 1 a 12. Lo anterior muestra la clara desproporción en el trato de ex magistrados y magistrados, sin que el respectivo decreto gubernamental (Decreto 104 de 1994) hubiera previsto un “reajuste especial”, como sí sucedió para el grupo de ex congresistas respecto del grupo de congresistas. Por otra parte, incluso el tope límite al monto de la pensión establecido en el régimen pensional ordinario (Ley 100 de 1993) –veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 18)– para servidores públicos, en muchos casos, duplica, triplica e, incluso, sextuplica lo que ex magistrados pensionados antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992 perciben como pensión luego de veinte años o más de servicio, razón de más para concluir que en el presente caso existe una clara y manifiesta desproporción en el trato de los grupos objeto de comparación.

La gran desproporción presente en el trato dado a ex magistrados y magistrados viola el derecho a la igualdad, lo que justifica la intervención de la Corte en aras de impedir tal desproporción. En efecto, en concepto de la Corte, cualquiera sea la finalidad concreta que haya tenido el Gobierno Nacional para nivelar parcialmente en materia pensional a los magistrados y a los congresistas respecto de factores salariales y cuantía, lo cierto es que el beneficio de tal medida no puede justificar la manifiesta y grave afectación de los derechos constitucionales a la seguridad social y a la igualdad de los ex magistrados pensionados antes de la vigencia de la Ley 4 de 1992, grupo que no fue objeto de una medida tendiente a evitar un trato abiertamente inequitativo entre personas que han desempeñado cargos de responsabilidades y funciones semejantes. Dada la contundencia de la desproporción entre la afectación de los derechos constitucionales a la igualdad y la seguridad social, se vulnera el artículo 13 de la Constitución que, así se reconozca una potestad de configuración al Congreso y al Ejecutivo en materia pensional, prohíbe tratos manifiestamente desproporcionados entre grupos de personas comparables. Cualquiera que sea el factor objetivo que justifica la diferencia de trato entre los referidos grupos, lo cierto es que tal diferencia debe mantenerse dentro de los márgenes de lo equitativo. En el presente caso tales límites no se respetan, por lo que se vulnera el derecho a la igualdad de los accionantes.

...

Cuando el Gobierno Nacional, es decir, el órgano constitucionalmente competente para desarrollar la ley marco sobre las pensiones dentro del régimen especial de los congresistas, constató la existencia de una desproporción entre un

grupo de pensionados antes de la Ley 4 de 1992 (los ex congresistas) y un grupo de pensionados después de su vigencia (los congresistas), ambos dentro del mismo régimen especial, decidió que la desproporción se superaba si se reconocía en ese momento un reajuste especial de la pensión de un grupo de forma que ésta no fuera inferior al 50% de la pensión del otro grupo. En otras palabras, el procedimiento, para superar la desproporción, aplicado por el órgano constitucionalmente competente para configurar los regímenes pensionales fue el siguiente: a) Tomar la pensión recibida por el grupo más beneficiado –los actuales congresistas–, b) comparar dicha pensión con la recibida por el grupo menos beneficiado en ese momento –año 1993–, c) ordenar que, en caso de que la diferencia entre ambas pensiones sea superior al 50% de la pensión mayor, se efectúe un reajuste especial por una sola vez. Dicho reajuste especial consiste en elevar la mesada pensional en la suma que sea necesaria hasta que ésta alcance el 50% de la pensión del grupo más favorecido, lo cual se efectúa caso por caso.

La Corte ha constatado una omisión normativa para evitar la desproporción entre el grupo de ex magistrados pensionados antes de la Ley 4 de 1992 y el grupo de magistrados pensionados después de su vigencia que lleva a una desproporción que vulnera el derecho a la igualdad. Procede, en consecuencia, llenar este vacío normativo mediante la aplicación analógica de la regla jurídica antes descrita, puesto que la situación de hecho de los ex magistrados respecto de los magistrados que se pensionaron después de la fecha indicada es similar, dentro de un mismo régimen especial, en todo lo jurídicamente relevante a la situación de los ex congresistas, a quienes sí se reconoció el reajuste especial cuando fueron comparados, también dentro de un mismo régimen especial, con los congresistas que se pensionaron después de la fecha indicada.”

Ahora bien, el Consejo de Estado, también ha sostenido diversas tesis en relación con el incremento a que tienen derecho los ex Magistrados de las Altas Cortes pensionados antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1992. Específicamente la Subsección A de esta Corporación considera que se les debe liquidar la pensión conforme a lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 4ª de 1992 y 5, 6 y 7 del decreto 1359 de 1993, mientras que la Subsección B, desde la primera sentencia dictada sobre este tópico, ha señalado que estos ex funcionarios sólo tienen derecho al incremento previsto en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993.

El reajuste de la mesada pensional previsto en el artículo 17 del Decreto 1359 de 1993 para los Senadores y Representantes que se hubieren pensionado con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1992 se originó en

razones de equidad y justicia respecto de aquellos pensionados cuya mesada se había desactualizado, en comparación con la pensión de jubilación de los actuales congresistas. En el mismo sentido, no aplicar dicha normatividad a los ex-Magistrados de las Altas Cortes, no obstante la identidad en materia salarial y prestacional de tales servidores, se traduce en un tratamiento discriminatorio e injustificado, contrario no sólo a las previsiones de la Ley 4ª de 1992 sino al derecho fundamental reconocido en el artículo 13 de la Carta Política, y, por ello, esta norma resulta aplicable como se ha venido haciendo de tiempo atrás.

En este orden de ideas, como el actor fue pensionado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992 pues su pensión fue reconocida a partir del año 1982 (folios 76 a 82), tiene derecho a que su prestación sea reajustada hasta alcanzar el 50% de la pensión que devengaba un Congresista para el año 1994.

No es posible acceder a la reliquidación en porcentaje del 75% porque la norma original que previó el reajuste especial para los Senadores y Representantes a la Cámara pensionados con anterioridad a la vigencia de la Ley 4 de 1992 lo fijó en un 50%, al establecer que "... tendrán derecho a un reajuste en su mesada pensional, por una sola vez de tal manera que su pensión en ningún caso podrá ser inferior al 50% de la pensión a que tendrán derecho los actuales Congresistas.". (artículo 17 del Decreto 1359 de 1993).

Lo que pretendieron el Legislador y el Gobierno Nacional fue aminorar la desproporción existente entre la mesada pensional de los excongresistas y la de los congresistas en ejercicio que alcanzaron el mismo derecho, para lo cual, dadas las variaciones existentes, se fijó un porcentaje del 50%, que si bien puede tenerse como una base mínima, también puede interpretarse en el sentido de que lo que se quiso fue elevar las pensiones inferiores hasta ese tope considerando, según la sentencia SU- 975-03 de 23 de octubre de 2003, parcialmente transcrita, "...que la desproporción se superaba si se reconocía en ese momento un reajuste especial de la pensión de un grupo de forma que ésta (sic) no fuera inferior al 50% de la pensión del otro grupo.". En otras palabras el legislador consideró que la desproporción se superaba si se elevaban las pensiones de los ya jubilados hasta alcanzar el 50% de la pensión de los congresistas a jubilar.

Si a los destinatarios directos de la norma (congresistas jubilados) se les otorgó el reajuste especial con el fin de que su pensión no fuera inferior al

50% de aquella a que tendrían derecho los congresistas en ejercicio a la fecha de vigencia del decreto, el beneficio que por razones de justicia e igualdad ha extendido la jurisprudencia a los ex Magistrados de las Altas Cortes, por hallarse en las mismas condiciones y porque la legislación posterior los asimiló para efectos salariales y pensionales (factores y cuantía) a los congresistas, no puede superar el porcentaje del 50%.

Finalmente, no resulta aplicable la reliquidación o reajuste de las pensiones conforme a los artículos 5° a 7° del Decreto 1359 del 12 de julio de 1993 porque estas normas sólo se aplican a quienes se pensionen a partir de la vigencia de la ley 4ª de 1992, como expresamente lo consagra para los congresistas el artículo 1 de dicho decreto.»...

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (salvamento de voto), Jesús María Lemos Bustamante, Jaime Moreno García (salvamento de voto), Alejandro Ordóñez Maldonado, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso María Vargas Rincón

**PENSIÓN DE JUBILACIÓN
DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES**

Régimen especial aplicable. Topes. Sentencia de unificación

12 de septiembre de 2014

Radicación: 25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14)

...«En la búsqueda del respeto por los regímenes de transición, al igual que en aras de la protección de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, quien laboró en calidad de Magistrado de una Alta Corporación habiendo consolidado su **status** pensional al amparo del Decreto 546 de 1971, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión jubilatoria, sin sujeción a las restricciones establecidas por la Sentencia C-258 de 2013, pero, con las limitaciones de que trata el Acto Legislativo 1 de 2005, concretadas en su financiación por parte del Estado, sobre la determinación de los valores efectivamente cotizados por el jubilado, que a su turno deben coincidir con los que determine la entidad pensional respectiva, para efecto del reconocimiento.

Y, los Magistrados de Altas Cortes, que obtienen el reconocimiento pensional según lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 104 de 1994, por el contrario, encuentran sujeta su mesada pensional a las condiciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, que fueron instituidas con el fin de salvaguardar la equidad y la sostenibilidad del sistema.

Ahora bien, en punto a determinar, qué Magistrado de Alta Corte es beneficiario del Decreto 546 de 1971, por virtud de la habilitación a regímenes especiales subsistentes de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tomar como parámetro, la satisfacción del requisito de la edad para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró a regir el régimen pensional general.

De tal suerte, que si el referido Magistrado, tiene afirmado su **status** de transición, por cumplir la edad -35 años si es mujer o 40 años si es hombre-, resulta evidente que adquiere el **status** pensional, que lo habilita para ser

destinatario del régimen especial de la Rama Judicial, de que trata el Decreto 546 de 1971; por lo que lógicamente, su situación pensional no se rige por el régimen general.

Como lo dispone el artículo 6° del citado Decreto, el derecho al reconocimiento pensional, lo obtiene el funcionario judicial, con el cumplimiento de la edad de 55 años si es hombre, 50 años si es mujer **y** 20 años de servicios, de los cuales 10 años lo sean al servicio de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público o en ambas actividades.

Significa, que si de la labor desplegada durante 20 años, el funcionario **no** logra acumular 10 años de servicio ante la Rama Judicial o el Ministerio Público o en ambas, se debe entender, que su pensión encuentra reconocimiento al amparo de lo estipulado por el Decreto 104 de 1994, pues es claro, que su artículo 28, salvo la condición de ejercer como Magistrado de una Alta Corporación de Justicia, no exige ningún otro requisito adicional, como el cumplimiento de una determinada edad o tiempo de servicio, ello en razón a que tal disposición, surge a la vida jurídica sólo como un sistema de liquidación que informa efectos jurídicos.

Entonces, como este precepto se limita a hacer extensiva la situación pensional del Congresista al Magistrado de Alta Corte, es evidente, que basta con el desempeño del cargo de Magistrado de Alta Corporación para, al amparo del Decreto 104 de 1994, lograr comunicabilidad con el **status** remuneratorio de los Legisladores, que no es otro, como antes se advirtió, que el contenido en el Decreto 1359 de 1993.

Decreto que a su turno, determina que la pensión se debe liquidar por el 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio, pero, **no** “durante el último año” y “por todo concepto”, porque en razón de la conexidad directa de sus artículos 5° y 6° -que regulan el I.B.L. y el porcentaje de la pensión-, con el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; tales expresiones se declararon inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, como párrafos atrás se dilucidó.

De lo que resulta, que ante la ausencia de elementos jurídicos que permitan liquidar el monto de la mesada pensional del Magistrado de Alta Corte gobernado por el Decreto 104 de 1994, se debe entonces acudir a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, que al fijar el régimen de transición impone su límite al promedio de lo devengado en los últimos 10 años, o a la

integración normativa que legalmente corresponda al titular de acuerdo a la historia laboral que acredite.

Diferente al caso del Magistrado de Alta Corporación que encuentre regulada su situación por el Decreto 546 de 1971, que expresamente determina el reconocimiento de la pensión, con el 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, tal como lo señala explícitamente su artículo 6°.

(...)

Lo que se traduce en que la actora, al amparo del régimen de transición determinado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es destinataria del régimen especial que para los funcionarios de la Rama Judicial contempla el Decreto 546 de 1971 y, cumple con los presupuestos establecidos por su artículo 6°, para predicar que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión en el equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiera devengado en el último año de servicio en su calidad de Magistrada de una Alta Corporación de Justicia, efectiva desde el día siguiente al retiro, es decir, desde el 1° de noviembre de 2011, con la inclusión de los factores denominados sueldo, gastos de representación, prima especial de servicios y prima de navidad, debiendo la demandada realizar las deducciones correspondientes frente a los aportes no efectuados, tal como el *a quo* lo determinó.

Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero **sí**, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.

Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el párrafo 1° que, **“A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”**, y justamente, es el mismo Acto Legislativo el que menciona, en su artículo 1°, qué se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre

cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica.

Claridad que resulta de máxima relevancia al presente caso, dado que la actora causó su derecho pensional con 10 años al servicio de la Rama Judicial que completó el 31 de julio de **2011**, dentro del marco del régimen del Decreto 546 de 1971, pero, este supuesto queda subsumido en el aludido párrafo 1° del Acto legislativo 1 de 2005 para concluir, que por virtud del mismo, el valor de su mesada pensional **no** podrá ser superior a 25 s.m.l.m.v., y en esa dimensión jurídica, el significado práctico del régimen que la cobija, se agota en el requisito de edad y tiempo de servicio.»...

Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

*Cómputo tiempo de servicios prestado en el sector público y privado.
Principio de favorabilidad. Sentencia de unificación*

24 de septiembre de 2015

Radicación: 25000-23-42-000-2012-00752-01(2245-13)

...«La tesis que sostenía la Sala, tendiente a considerar que no es viable computar tiempos públicos y privados para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, en aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, se soporta en la interpretación conjunta e integral de lo dispuesto en sus artículos 6° a 8°, motivo por el cual se sostenía que era implícita la exigencia de que el tiempo de servicio que se debía acreditar fuera público, conclusión a la que se arribó, principalmente por lo dispuesto en la parte final del artículo 8° ídem, cuyo tenor se transcribe a continuación:

“Artículo 8° Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso tendrán derecho al producirse su retiro, a una pensión vitalicia de jubilación que se les liquidará o reliquidará con el 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, **continuos o discontinuos, en el servicio oficial**, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público”.

No obstante, analizada nuevamente dicha disposición y a la luz de la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado a la misma; con el objeto de garantizar el principio de favorabilidad, la Sala replantea la tesis restrictiva planteada por la subsección B en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, teniendo en consideración que el texto literal del artículo 6° del Decreto 546 de 1971 no exige que necesariamente los 20 años de servicio hayan sido prestados exclusivamente en el sector público, razón

por la cual han de tenerse 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.

En las anteriores condiciones, y descendiendo al caso concreto, como el demandante acreditó más de 29 de años de servicio, 10 de los cuales lo fueron al servicio de la Rama Judicial, tiene derecho a que la pensión se reconozca bajo el amparo de las normas del régimen especial.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, la pensión de jubilación para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público debe liquidarse con base en el 75% de la **asignación** mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios.

Respecto del alcance del vocablo “asignación”, dijo la Sala:

“... Por él ha de entenderse todo lo que el servidor percibe a título de salario, es decir, lo que constituye retribución por sus servicios. El artículo 12 del Decreto 717 de 1978 que señala los factores salariales para la Rama Judicial y el Ministerio Público prescribe:

“Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios”.

De acuerdo con lo anterior, debe darse aplicación al principio general y por ello ha de entenderse que la “asignación mensual más elevada” para determinar la base de la liquidación de la pensión mensual de jubilación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público incluye tanto la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba como retribución de sus servicios.

Así, constituyen en este caso factores salariales, todos aquellos expresamente señalados por los Decretos 717 - artículo 12 - y 911 de 1978 artículo 4°; además, como quedó dicho, las mismas disposiciones preceptuaron claramente que además de la asignación básica mensual legal para cada empleo, constituyen factores de salario “todas las sumas

que habitual y periódicamente” reciba el servidor a título de retribución por sus servicios.

El Decreto 717 de 1978, modificado por el Decreto 911 del mismo año preceptúa:

“Art. 12 Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- 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 empleado en comisión en desarrollo de comisiones de servicio.”

De manera que son estos y no los señalados en las normas reglamentarias de la Ley 100, los factores que debió considerar la entidad para liquidar la base salarial de la pensión de la parte actora”.

Como quedó visto, el derecho pensional del actor, al estar en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debe regirse por el régimen especial contemplado en el Decreto 546 de 1971, pues acreditó 10 años de servicio a la Rama Judicial y más de 20 años de servicio, entre público y privado, por ende, la pensión debe reconocerse con fundamento en el equivalente al 75% de la asignación más alta devengada en el último año de servicios, con base en los factores a que alude el artículo 12 del Decreto 717 de 1978 y 911 del mismo año.

Para efecto del reconocimiento de la pensión no habrá lugar a tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1102 de 2012, toda vez que la administración no ha tenido oportunidad de hacer un pronunciamiento al respecto,

máxime cuando se trata de una disposición expedida con posterioridad a que el demandante hubiera consolidado su derecho pensional y se hubiera producido su retiro definitivo del servicio.»...

*Gerardo Arenas Monsalve, Carmelo Perdomo Cueter,
Jorge Octavo Ramírez Ramírez, Luís Rafael Vergara Quintero.*

VIII. SUSTITUCIÓN PENSIONAL

PENSIÓN VITALICIA

Reconocimiento a favor de los nietos legítimos del funcionario civil de la época de la independencia doctor don José Ignacio de Márquez

29 de abril de 1929

Radicación: CE-SCA-EXP1929-N0429

...«Como está plenamente probado que el doctor José Ignacio de Márquez prestó importantes servicios a la patria en la época de la Independencia, que conforme al artículo 35 de la Ley 149 de 1896 es el lapso comprendido entre 1810 y 1826, sin que en él concurriera ninguna inhabilidad de las señaladas en la misma Ley; la condición en los peticionarios de nietos legítimos del doctor de Márquez; su buena conducta; carencia de renta mayor de ochenta pesos, e incapacidad para trabajar, procede el otorgarles la pensión a que tienen derecho en fuerza de estas circunstancias, y sólo resta determinar el monto de la gracia, al tenor de las leyes vigentes sobre la materia.

No es el caso de dar aplicación al artículo 2° de la Ley 29 de 1912 que concede pensión de ex-presidentes a los nietos de próceres de la Independencia que ejercieron el Poder Ejecutivo en la época comprendida de 1810 a 1825, porque como aparece de autos, el señor doctor de Márquez desempeñó ese cargo como Vicepresidente y Presidente de la República en los años de 1835 y 1837.

Tampoco es pertinente buscar la cuantía de tal pensión en las disposiciones que la otorgan a descendientes de militares de la Independencia, porque si bien es verdad que el doctor de Márquez fue nombrado por el General Santander en el año de 1825 Intendente de Boyacá, y según los certificados de los Ministerios de Gobierno y Guerra a ese cargo se ads-

cribieron por entonces funciones militares, no hay constancia del grado con que quedara inscrito el doctor de Márquez en el escalafón respectivo, grado que es la base para regular la cuantía de estas gracias que reconoce el Estado, puesto que la cuantía dice relación al sueldo del militar, y el sueldo se determina por el grado.

Ni siquiera podría pensarse en este caso en la asimilación a coronel de que trata el artículo 6° de la Ley 29 de 1905, por el hecho de que esa disposición es limitativa para las hijas y nietas de los empleados civiles de la Independencia, y también porque su aplicación tiene cabida solamente cuando consta que el prócer hubiese sufrido confiscación de bienes o persecuciones especiales, lo que aquí no aparece comprobado.

Si no fue, pues, el doctor de Márquez Presidente de la República de 1810 a 1825; si no tiene el carácter de prócer militar de la Independencia, y si no es aplicable la asimilación de la Ley 29 de 1905, forzoso es concluir que para los efectos de la pensión que se estudia, únicamente puede considerarse a ese esclarecido varón, uno de los más ilustres mandatarios de Colombia, como funcionario civil en la época de la Independencia (1810 a 1826), y por tanto, la gracia a que tienen derecho sus nietos, señores Ferro Márquez, es la indicada en el artículo 1° de la Ley 49 de 1909, sin lugar a aumento alguno, al tenor de las leyes posteriores».

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del señor Fiscal, decreta a favor de cada uno de los señores Enrique Ferro Márquez y Jorge Ferro Márquez, una pensión vitalicia a cargo del Tesoro Nacional de quince pesos (\$ 15) moneda corriente mensuales, en su calidad de nietos legítimos del funcionario civil de la Independencia doctor don José Ignacio de Márquez, gracia de que disfrutarán desde la ejecutoria de la presente sentencia, lo que se hace administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley»...

Nicasio Anzola, José Vargas Torres, Arcadio Charry, Pedro Alejo Rodríguez.

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

*Inexistencia para la viuda e hijos legítimos de los militares
que tomaron parte en la batalla de Cuaspud*

14 de abril de 1931

Radicación: CE-EXP1931-N0414

...«Resta solamente averiguar si conforme a nuestra legislación las señoras viuda e hija del mencionado general, Antonio Revollo, tienen derecho a que la Nación les pague pensión después de la muerte de aquél y después de extinguida por esta causa la pensión que la Corte Suprema le había concedido en vida al señor general Revollo.

(...)

Los militares que tomaron parte en la batalla de Cuaspud el 6 diciembre de 1863, tenían derecho a pensión aun cuando no hubieran recibido condecoración. Ninguna disposición hacía extensivo ese derecho a los descendientes ni a la viuda. Sólo en los casos de los numerales 2° y 3° del artículo 2° de la Ley 21 de 1904, o sea, por hecho heroico o por dirección suprema de campaña o de batalla, con mando de Ejército, el derecho se extiende a la viuda, a los hijos legítimos y a la madre.

(...)

El artículo 3° de la Ley 80 de 1916, contiene la siguiente disposición que es definitiva en el particular:

Desde la promulgación de la presente Ley ninguna pensión será transmisible ni acumulable. Con la muerte del agraciado queda extinguida la pensión.

Por lo anterior se ve sin lugar a duda que no existe el derecho que invoca el apoderado de las demandantes para que se decrete a favor de éstas pensión en su carácter de viuda e hija del general Antonio Revollo, quien fue pensionado por la Nación por sus servicios militares.»...

*Pedro Alejo Rodríguez, Nicasio Anzola, Sergio Burbano, Junio Cancino,
Félix Cortés, Pedro Gómez Naranjo, Pedro Martín Quiñónez.*

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Reconocimiento a compañera permanente por la precariedad de la prueba de la calidad de cónyuge que otorga un mejor derecho frente a la prestación

6 de febrero de 1997

Radicación: CE-SEC2-EXP1997-N13267

...«De acuerdo a las previsiones de la ley 92 de 1938, las partidas eclesiásticas sólo son idóneas para acreditar situaciones del estado civil de las personas ocurridas antes de la vigencia de esa ley. Un presunto matrimonio, deficientemente demostrado, y que de contera ni siquiera se está pretextando como generador de derechos por parte de la señora Alicia Rivera, no obstante haber sido emplazada para que los hiciera valer, no puede ser suficiente para enervar los derechos que con abundante respaldo probatorio, está reclamando la actora. Quien teniendo un derecho no lo ejercita, se considera que lo abandona, además que esa conducta arbitraria y discrecional, no puede impedir que otras personas que pretendan el mismo derecho y demuestren tenerlo, puedan acceder a él. Entorpecer el derecho de una persona pretextando que existe otra que tiene otro mejor pero sin embargo no quiere ejercitarlo, es sacrificar y supeditar las pretensiones de la primera a la abulia y el descuido de la segunda, lo cual comporta no sólo una injusticia sino también un absurdo. Para la sala son suficientes los testimonios de Miguel Antonio Bonilla Medina, para concluir que la actora era compañera permanente del causante, como legítimo derecho a la sustitución pensional ante la falta de reclamación y acreditación fehaciente de la existencia de un mejor derecho por parte del presunto cónyuge supérstite.»...

Javier Díaz Bueno, Silvio Escudero Castro, Carlos A. Orjuela Góngora.

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No reconocimiento a pareja del mismo sexo

19 de julio de 2000

Radicación: CE-SEC2-EXP2000-N2472

...«4. El artículo 42 de la C.P. en su primer párrafo prescribe que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

De conformidad con el precepto constitucional transcrito el fundamento de la célula familiar lo constituye, ante todo, una decisión autónoma y coordinada de un varón y una mujer, bien sea por medio del matrimonio, que puede ser civil o religioso, bien por la voluntad de ellos fuera de éste, pero de modo responsable. En todo caso, es menester que se trate del consentimiento de personas de sexo diferente. Y es esta unión, natural o jurídica, la que goza de especial protección del Estado y de la sociedad.

La sustitución pensional es, en sentir de la Sala, un mecanismo para brindarle protección a la unión heterosexual constitutiva de la célula familiar; unión que de no estar basada en el lazo matrimonial puede ostentar su fundamento en la unión de hecho, cuyos integrantes se denominarán compañero y compañera permanentes, siempre que se cumplan las demás exigencias previstas en el ordenamiento jurídico, a fin de que pueda tener lugar, entre otras cosas, la sustitución pensional.

Así las cosas, no se aprecia que con las resoluciones acusadas se haya buscado por la administración un fin distinto del consagrado en el ordenamiento constitucional y legal, entendido éste de manera sistemática; ni se vislumbra propósito religioso alguno.

5. Si, pues, es la unión de hombre y mujer, en la forma prevista en el artículo 42 de la C.P., la que tiene el poder de conformar una familia y es esta,

como se acaba de señalar, la que goza de protección total, como cuando se regulan fenómenos como el de la sustitución pensional, no se le encuentra consistencia a la afirmación del recurrente en el sentido de que se incurrió en yerro al prescribirse en el artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 que sólo era viable la sustitución pensional entre personas de diferente sexo.

Por consiguiente, si la unión de personas del mismo sexo está por fuera de la regulación legal dicha, no es admisible que se argumente trato discriminatorio de ninguna naturaleza, ni que se alegue quebranto al principio de la igualdad, pues situaciones jurídicas tan disímiles no pueden producir idénticos efectos jurídicos, ni están sujetas al mismo tratamiento.»...

*Alberto Arango Mantilla, Ana Margarita Olaya Forero
(Salvamento de voto) Nicolás Pájaro Peñaranda.*

SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Reconocimiento a la cónyuge, compañera permanente y a la pareja del mismo sexo con unión marital de hecho

12 de junio de 2014

Radicación: 54001-23-31-000-2003-01297-01(2336-13)

...«El Consejo de Estado ha resguardado el principio de igualdad entre cónyuges supervivientes y compañeras permanentes, puesto que si era la familia un interés jurídico a proteger, no era jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quien tiene el derecho a este beneficio. Bajo ese contexto, se fue perfilando el derrotero jurisprudencial que se marcaría hacia el futuro, pues indicó que primaría un criterio material, referido a la convivencia de la pareja al momento de la muerte **y no tanto** al del vínculo matrimonial para indicar quién tiene derecho a gozar de la pensión en caso de muerte del titular.

En efecto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, los que estructuran y le brindan cohesión a la institución; por ende, se puede afirmar, que ha dejado de ser una institución ancestral estructurada sobre conceptos eminentemente biológicos y religiosos, para transformarse en organismos sociales que pueden presentar diversas manifestaciones o integraciones.

Justamente, en desarrollo de esa manifestación libre y espontánea, se ha llegado al punto de exhortar al Legislador para que determine la manera de cómo se puede formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre integrantes de las parejas del mismo sexo que libremente quieran recurrir a él, pues para nadie es un secreto que la homosexualidad se ha tornado más visible a través de los tiempos y actualmente goza de mayor aceptación por parte de la sociedad.

No obstante, a pesar de que efectivamente las parejas del mismo sexo aun no cuentan con un respaldo legal para contraer matrimonio, pueden acceder al régimen dispuesto en la Ley 54 de 1990 siempre y cuando cumplan con las condiciones previstas para las uniones maritales de hecho, esto es, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, con esta disposición quedó “(...) *amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado (...)*”

Visto lo anterior se puede afirmar que, la Constitución de 1991 lejos de establecer o fijar una sola concepción de familia, avaló con apoyo en los principios de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad, la posibilidad de configuración de distintos tipos y clases, todas ellas merecedoras de la protección estatal del artículo 42 superior, tan es así, que la protección que se deriva de ese derecho, comprende no sólo la que esta constituida por el vínculo del matrimonio, sino aquella emanada de la voluntad de establecer una unión marital de hecho; así se tiene entonces que, los derechos de la seguridad social se extienden tanto a cónyuges como a compañeros permanentes.»...

*Bertha Lucía Ramírez de Páez, Gerardo Arenas Monsalve,
Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN MILITAR

Reconocimiento a hijos menores e hijas célibes naturales o legítimos

16 de septiembre de 1938

Radicación: CE-SCA-EXP1938-N0816

...«Tanto el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 como el 19 del Decreto legislativo número 2036 de 1931 disponen que tienen derecho a pensión los hijos menores y las hijas célibes, sin especificar si para acogerse a ese beneficio se requiere la calidad de legítimo, como sí se exige en otros casos, tales como los contemplados en los artículos 23 de la Ley 71 de 1915 y 49 de la 80 de 1916. Por tanto, proviniendo la exclusión de los hijos naturales de disposiciones especiales de aplicación restrictiva, debe entenderse únicamente para los casos expresamente señalados.

No hay duda, pues, que la gracia a que se refieren los artículos 22 y 19 mencionados, comprende a todos los hijos, sean legítimos o naturales, siempre que se llenen los otros requisitos exigidos allí y en las demás disposiciones que regulan la materia. Esta es la interpretación más acorde con el espíritu de las leyes posteriores. »...

Tulio Enrique Tascan (salvamento de voto), Ricardo Tirado Maclas (salvamento de voto), Pedro Martín Quiñones, Elías Abad Mesa, Ramón Miranda, Guillermo Peñaranda Arenas (salvamento de voto), Nicolás Torres Niño.

SUSTITUCIÓN PENSIONAL A VIUDA E HIJOS DE CONGRESISTA

Mientras se permanezca en estado de viudez y los hijos no alcancen la mayoría de edad. Principio de la retrospectividad de las normas laborales

06 septiembre de 1961

Radicación: CE-SEC2-EXP1961-N0906

...«Está demostrado plenamente, y así lo admite la Caja Nacional de Previsión, que el señor Dr. Ramón Miranda fue jubilada en su calidad de congresista.

Se ha acreditado igualmente que a su fallecimiento la misma entidad reconoció a su viuda, señora Inocenta Miranda vda. de Miranda, el derecho a disfrutar, por dos años, de la pensión de que gozaba su marido, de conformidad con el art. 12 de la Ley 171 de 1961.

Corresponde indagar, entonces, si es aplicable la Ley 48 de 1962 al caso sub-judice. La discusión se plantea porque el Dr. Miranda falleció dos meses antes de entrar en vigencia la ley citada.

La Caja argumenta en este sentido, es decir, que como el jubilado falleció antes de entrar a regir la ley, no le es aplicable a la señora demandante.

Antes de entrar en vigencia la ley dictada en favor de las viudas e hijos de los congresistas, existía la norma general de la Ley 171 de 1961 que en su art. 12, disponía:

“Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar en razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos según las reglas del art. 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes”.

Por su parte el art. 8o. de la Ley 48 de 1962 dispuso:

“Las viudas de los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, así como los hijos de unos y otros, menores de 21 años, tendrán derecho a seguir percibiendo el 85% de la pensión de que gozaban sus maridos o padres fallecidos, mientras las primeras permanezcan en estado de viudez y los segundos no alcancen la mayor edad”.

En varias oportunidades ha dicho esta Sala que cuando una norma de carácter laboral reconoce un derecho, amplía una prerrogativa o hace más beneficiosa una prestación social, ella se aplica en forma inmediata, por ser de orden público. Y se aplica a situaciones que no se han consolidado bajo el imperio de la legislación anterior, ello en virtud del principio de la retrospectividad de las normas laborales. En tal forma que cuando una situación jurídica laboral no ha sido resuelta y entra en vigencia una norma más favorable ella debe aplicarse en forma inmediata a la situación surgida con anterioridad.

Cuando a la señora Inocenta Miranda viuda de Miranda la Caja Nacional de Previsión le reconoció el derecho a disfrutar por dos años más de la pensión de que gozaba su marido, ya estaba en vigencia la Ley 48 de 1962 y por lo mismo las disposiciones de esta ley le eran aplicables.

Pero es que además, los términos empleados en el art. 8o. que se dice vulnerado así lo disponen; En efecto: obsérvese como se expresa la norma: “las viudas de los miembros del congreso tendrán derecho a seguir percibiendo el 85o/o de la pensión de que gozaban sus maridos fallecidos, mientras permanezcan en estado de viudez. . . “

De esta redacción se puede concluir que el legislador quiso favorecer a las viudas de los congresistas al ordenar pagarles la pensión de viudez en la cuantía del 85% de la que *gozaban sus maridos*. Gozaban cuando al entrar en vigencia la ley. No, obviamente, debe entenderse de la pensión, de que gozaban en vida y no de la que gozan al entrar a regir la ley.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, al emitir concepto de fondo, opina que el art. 8o. de la Ley 48 de 1962 es aplicable al caso de la señora demandante, porque reúne todos los requisitos impuestos en la norma para tener derecho a la pensión que solicita.

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que la señora Inocenta Miranda vda. de Miranda tiene derecho a que se le reconozca la pensión de viudez que

reclama. Pero como aparece en el expediente que solo solicitó la prestación el 24 de noviembre de 1969, (vr. fl. 143 de los antecedentes administrativos) quiere decir que solo tiene derecho a ella a partir del 24 del mismo mes del año de 1966, pues se ha operado el fenómeno de la prescripción con relación a las mesadas anteriores a esta fecha, ya que se aplica, obviamente, una prescripción de tres años, tal como lo disponen las normas sobre la materia.
»...

*Rafael Tafur Herrón, Eduardo Aguilar Vélez,
Nemesio Camacho Rodríguez, Álvaro Orejuela Gómez.*

**PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL CÓNYUGE
SUPÉRSTITE DE OFICIAL DEL EJÉRCITO**

Reconocimiento. Prescripción Trienal

28 de octubre de 1961

Radicación: CE-SNG-EXP1961-N1028

...«La Ley 99 de 1931 autorizó al Gobierno Nacional para reorganizar la administración pública, y el Ejército desde luego, con el objeto de conjurar la crisis fiscal entonces existente, y en tal virtud se dictó el Decreto número 2.036, cuyo artículo 79 dispuso que los herederos de los oficiales fallecidos en goce de sueldo de retiro sólo podrían acogerse a los beneficios establecidos por el artículo 22 de la Ley 75 de 1925, y derogó expresamente el 5° de la Ley 15 de 1929 que había convertido en recompensa unitaria lo que para algunos casos ya examinados, daba lugar a una pensión periódica. Sentado como está que a partir de esta última Ley, 15 años de servicios eran suficientes para que el oficial tuviera vocación a sueldo de retiro, “los beneficios” de que habla el Decreto no podrían ser otros que los consignados en la parte final del artículo 22 de la Ley 75 de 1925 en el doble aspecto de otorgar una pensión y de que ella fuera igual a la tercera parte del último sueldo de actividad del causante. Esto es claro si se tiene en cuenta que el precepto reduce el valor de la pensión a una tercera parte del sueldo de actividad con lo cual cumplía los propósitos fiscales de que habla la ley de autorización. Pero además, el entendimiento no puede ser otro si se tiene en cuenta que para esta fecha el tiempo de servicio necesario para ordenar el retiro del oficial, y que conforme a las leyes anteriores venía siendo de 25 años, se redujo a 15, sin que por otra parte el Decreto hubiera modificado expresa o tácitamente la garantía consagrada con tal reducción.

Ciertamente la ley de 1929 no comprende de modo expreso la muerte del oficial después de 25 años de servicio como causa de la prestación. Pero el hecho está implícito, pues lo fundamental de la norma consistió en

hacer viable tal garantía después del término indicado, y para el efecto es lo mismo que el oficial fuera llamado a calificar servicios por el Gobierno, a que falleciera después del mismo lapso, ya que de lo contrario se tendría que mientras en el primer caso un hecho ajeno a la voluntad del oficial le otorgaba la prestación y sus beneficiarios podían sucederlo en ella, en cambio, en el segundo, un hecho igualmente ajeno lo privaba de la primera tanto a él como a sus causahabientes. Pero como la ley no debe interpretarse de manera que conduzca a conclusiones absurdas, y la que se acaba de exponer lo es, se impone admitir que para ambos casos los beneficiarios del oficial fallecido, ya percibiendo los créditos de la pensión, ora con vocación a recibirlos, tienen derecho al beneficio consagrado por el artículo 22 de la ley que se estudia. Y como en el caso de autos está demostrado que el Mayor Lineros falleció con más de 20 años de servicios y que la demandante fue su esposa legítima y no ha pasado a nuevas nupcias, es preciso reconocer en este aspecto el derecho impetrado aunque no en los términos solicitados en la demanda.

Empero, el reconocimiento se hará con sujeción estricta a lo mandado por el artículo 151 del Decreto 2.158 de 1948, pues es incuestionable que los créditos que se causaron antes del trienio cumplido con la petición al Gobierno se encuentran prescritos conforme a la tesis reiterada de esta Sala, y sobre la cual, por ser materia suficientemente estudiada, no es el caso de volver ahora. Aunque los argumentos presentados por el ilustre profesor doctor Pérez Vives en concepto allegado al expediente, merecen todo el respeto de la Sala, ella no los comparte, y basta decir que en numerosas sentencias se han estudiado para desecharlos y adoptar, en cambio, las conclusiones actuales. Es inexcusable que entre la fecha de la muerte del Mayor Lineros y la petición elevada al Ministerio de Guerra se hubieran dejado transcurrir casi 25 años, negligencia ésta que no está favorecida en modo alguno por las actuales disposiciones sobre prescripción de los derechos nacidos de las leyes sociales. Además, y en lo que respecta a la presunta demora del Ministerio de Guerra en expedir la hoja de servicios del oficial fallecido, los autos demuestran que ésta se pidió el 29 de julio de 1958 y que fue expedida el 15 de noviembre del mismo año, es decir, tres meses y medio después, tiempo que no sólo no es exorbitante, sino que apenas sobrepasa en días el que la ley da a tal Ministerio para cumplir ese cometido. Agregúese a lo anterior que el pedimento de pensión se hizo tres meses y dos días después de expedida la hoja correspondiente, hecho del cual no puede hacerse responsable al Ministerio. (Fls. 2 a 3, cuaderno número 3 y 1 a 5 vto. cuaderno número 2). Como la prescripción se interrumpió el 18 de febrero

de 1959, el reconocimiento sólo se hará a partir de la misma fecha del año de 1956, con las oscilaciones correspondientes que se hubieran producido en el sueldo de un mayor del Ejército, atendiendo así a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 81 de 1947 y demás disposiciones concordantes»...

*José Urbano Múnera, Guillermo González Charry,
Jorge de Velasco Álvarez, Alfonso Meluk.*

SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

*Reconocimiento a la cónyuge y compañera permanente.
Pago compartido por convivencia simultánea*

20 de septiembre de 2007

Radicación: 76001-23-31-000-1999-01453-01(2410-04)

...«De acuerdo con la normativa en precedencia artículos [131 y 133 del Decreto 1213 de 1990] la legitimación para sustituir la asignación de retiro radica en el cónyuge supérstite, como lo definió el Tribunal de Primera Instancia.

No obstante, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales.

Esta orientación ya había sido expresada por la Sala, en sentencia del 28 de agosto de 2003, con ponencia del suscrito Magistrado, al definir la sustitución pensional de una asignación de retiro en el régimen prestacional de la policía, con la siguiente argumentación:

5.4. La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional

Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debe darse aplicación al artículo 132.

Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional.

En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice:

“Art. 110 Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

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

Art. 111 Reconocimiento derechos prestacionales. A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos ley números 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”

Si bien el Decreto 1029 de 1994, que reconoce a la familia de hecho, puede aplicarse, en principio, sólo al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 111 de esta misma disposición extendió los alcances del concepto de familia de hecho a todos los miembros de la institución armada referida, lo cual constituye una determinación que respalda el derecho de los compañeros permanentes para reclamar la sustitución pensional.

Se agrega a lo anterior que otras disposiciones de alcance general ya reconocían a la compañera permanente como beneficiaria de la sustitución pensional, tal como aparece en las leyes 12 de 1975 (artículo 1), 113 de 1985 (artículo 2), 71 de 1988 (artículo 3) y 100 de 1993 (artículo 74). Estos desarrollos normativos permiten advertir una tendencia muy

clara del derecho colombiano respecto al reconocimiento pleno de los derechos de los compañeros permanentes”.

La Sala, entonces deberá resolver el problema jurídico aquí planteado teniendo en cuenta el criterio de amparo y protección de los derechos de los compañeros permanentes.

Se trata de definir, se insiste, a quién le asiste el derecho a la sustitución del 50% de la asignación mensual de retiro que recibía el Agente Jaime Aparicio Ocampo, habiéndose acreditado su convivencia simultánea con la cónyuge y con la compañera.

La Jurisprudencia de Colombia ha reiterado que el derecho a la sustitución pensional está instituido como un mecanismo de protección a los familiares del trabajador pensionado, ante el posible desamparo en que puedan quedar por razón de la muerte de éste pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducido en la mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia. Es una protección directa a la familia, cualquiera que sea su origen o fuente de conformación, matrimonio o unión de hecho.

Así, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1103 de 2000, señaló la siguiente línea jurisprudencial:

“En la sentencia T-190 de 1993 se definió el contenido y alcances de ese derecho prestacional, de la siguiente manera:

“La sustitución pensional, de otra parte, es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (Ley 12 de 1975, art. 1º y Ley 113 de 1985, art. 1º, parágrafo 1º). La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían

la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”.

De esta manera, la familia, núcleo e institución básica de la sociedad de conformidad con los artículos 5o. y 42 superiores, constituye el bien jurídico tutelable en el derecho prestacional a una sustitución pensional, debiendo ser amparada integralmente y sin discriminación alguna. Por ello, la protección que se deriva de ese derecho abarca sus distintas formas de configuración, es decir la que se forma a través del vínculo del matrimonio o mediante el vínculo emanado de la voluntad de establecer una unión marital de hecho, criterio igualmente señalado en la sentencia antes citada, en los siguientes términos:

“El derecho a la pensión de jubilación tiene como objeto no dejar a la familia en el desamparo cuando falta el apoyo material de quienes con su trabajo contribuían a proveer lo necesario para el sustento del hogar. El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales. El vínculo constitutivo de la familia - matrimonio o unión de hecho - es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. (...)”.

El tratamiento jurídico que se predica para las distintas formas familiares constitucionalmente aceptadas, es igualmente aplicable a sus integrantes, como sería el caso de la cónyuge y la compañera permanente. La Corte sobre el particular ha aseverado lo siguiente:

“En ese orden de ideas, todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las formas de unión (artículo 42 de la C.P) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P), que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas.”.

Así, los derechos de la seguridad social comprenden a cónyuges y compañeros permanentes de la misma manera. El derecho a la pensión de sobrevivientes constituye uno de ellos y respecto de su reconocimiento

puede llegar a producirse un conflicto entre los potenciales titulares del mismo. En ese caso, se ha establecido legalmente que el factor determinante para dirimir la controversia está dado por el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte del trabajador pensionado. Así lo recordó esta Corporación:

“De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida.”.

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho. La Corte se pronunció al respecto de la siguiente manera:

“En lo que respecta específicamente a la sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales. En ese orden de ideas, es posible que en materia de sustitución pensional prevalezca el derecho de la compañera o compañero permanente en relación al derecho de la esposa o esposo, cuando se compruebe que el segundo vínculo carece de las características propias de una verdadera vida de casados, - vg. convivencia, apoyo y soporte mutuo-, y se hayan dado los requisitos legales para suponer válidamente que la real convivencia y comunidad familiar se dio entre la compañera permanente y el beneficiario de la pensión en los años anteriores a la muerte de aquel. En el mismo sentido, si quien alega ser compañera (o) permanente no puede probar la convivencia bajo un mismo techo y una vida de socorro y apoyo mutuo de carácter exclusivo con su pareja, por dos

años mínimo, carece de los fundamentos que permiten presumir los elementos que constituyen un núcleo familiar, que es el sustentado y protegido por la Constitución. Es por ello que no pueden alegar su condición de compañeras o compañeros, quienes no comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, -distinta por supuesto de una relación fugaz y pasajera-, en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación, y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia.”.

Bajo esta línea y a la luz de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la seguridad social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, factores como el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte son los que legitiman el derecho reclamado.

En otras palabras, el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo ha sido el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia de la Sala para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

Lo fundamental para determinar quién tiene el derecho a la sustitución pensional cuando surge conflicto entre la cónyuge y la compañera es establecer cuál de las dos personas compartió la vida con el difunto durante los últimos años, para lo cual no tiene relevancia el tipo de vínculo constitutivo de la familia afectada por la muerte del afiliado.

(...)

Sin duda, y en esto insiste la Sala, si bien no se demostraron las condiciones particulares de la convivencia simultánea pues cada grupo de testigos sólo se refiere a una familia en particular y no puede el juez entrar a derivar supuestos que no se encuentran debidamente soportados en el expediente, es indiscutible que el agente compartía en vida sus ingresos y prodigaba manifestaciones de afecto, solidaridad y apoyo con quienes sus antiguos compañeros conocían como su esposa e hijos y con quienes los vecinos del corregimiento de Amaime incluida la inspectora departamental, conocían como su compañera e hijo.

Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuído en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.

No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.»...

*Jesús María Lemos Bustamante, Alejandro Ordóñez Maldonado
(salvamento de voto), Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN MILITAR DE HIJAS CÉLIBES

Exigir el celibato vulnera el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad. Dependencia económica

28 febrero de 2008

Radicación: 25000-23-25-000-2000-08522-01(9915-05)

...«El Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en relación con la extinción de las pensiones, dispone en su artículo 188:

“...

PARÁGRAFO 1o. A partir de la vigencia de este Decreto, las hijas célibes que al entrar regir el Decreto 3071 de 1968 se les extinguió o no consolidaron el derecho a disfrutar de pensión de beneficiarios por muerte de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Militares y se encuentren actualmente en estado de celibato, tienen derecho al beneficio de transmisibilidad aquí consagrado, siempre y cuando no estén percibiendo la sustitución pensional otros beneficiarios del causante, salvo los reconocimientos hechos con base en el Decreto 612 de 1977.

PARÁGRAFO 2o. Las hijas célibes del personal que trata el presente artículo a las cuales se les extinguió o no consolidaron el derecho a disfrutar la pensión de beneficiarios durante el lapso comprendido entre el 17 de diciembre de 1968 y el 1º de julio de 1975, podrán adquirirlo cuando se extinga el derecho a todos los actuales beneficiarios, salvo los reconocimientos hechos con base en el Decreto 612 de 1977.”

En el caso bajo examen, la actora se encontraba en la situación jurídica prevista en el artículo 250 del Decreto 1211 de 1990, ya que a la fecha de entrada en vigencia del citado decreto era hija célibe en goce de la pensión de beneficiaria del extinto General Manuel Castro Bayona, dicho artículo preceptúa:

“ ...

A partir de la vigencia del presente Decreto, las hijas célibes del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en actividad o en goce de asignación de retiro o pensión, por las cuales se tenga derecho a devengar subsidio familiar y a la prestación de servicios médico-asistenciales, continuarán disfrutando de tales beneficios mientras permanezcan en estado de celibato y dependan económicamente del Oficial o Suboficial. Igualmente, tendrán derecho a sustitución pensional, siempre y cuando acrediten los requisitos antes señalados.

No obstante la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 12 de noviembre de 1992, Magistrado Ponente Doctor JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, declaró exequible el artículo antes transcrito con excepción de las expresiones “célibes” y “permanezcan en estado de celibato y...”, consideró:

5. Discriminación por razón del celibato

La otra condición exigida por el artículo impugnado, que se refiere al estado de soltería como requisito “sine qua non” para que la hija de un oficial o suboficial tenga derecho a percibir los beneficios en él previstos, al contrario de lo que acontece con la que se acaba de analizar, riñe abiertamente con el principio de igualdad, ya que mediante aquella se está consagrando un diverso trato para las hijas de los militares en cuestión, con base en el único criterio del estado civil.

Toda persona, en ejercicio de su libertad, debe poder optar sin coacciones y de manera ajena a estímulos establecidos por el legislador, entre contraer matrimonio o permanecer en la soltería.

Para la Corte Constitucional no cabe duda de que en esta materia el precepto impugnado sí discrimina, pues consagra un privilegio de la mujer soltera sobre la casada y de la unión de hecho sobre el matrimonio; más aún, se le reconocen los beneficios a condición de nunca haberlo contraído.

Esto representa una flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta e implica el desconocimiento del 16 Ibidem que garantiza a todo individuo el libre desarrollo de su personalidad.

Existe, entonces, una abierta oposición entre la disposición demandada y el Estatuto Fundamental, razón que llevará a esta Corte a declarar

que son inexequibles las expresiones mediante las cuales se establece la injustificada discriminación.

6. La dependencia económica como factor determinante del beneficio legal

Observa la Corte que la norma acusada, en la parte que se ha encontrado ajustada a la Carta, consagra una distinción que se fundamenta tan sólo en la dependencia económica de la hija en relación con su progenitor, motivo que precisamente avala su constitucionalidad en cuanto implica un medio para hacer concreto el principio de la igualdad real y efectiva. En consecuencia, no es dable entender esta decisión de la Corte como argumento para impetrar los beneficios que la disposición otorga cuando la solicitante goza de posibilidades adecuadas para atender por sí misma a su congrua subsistencia (artículo 252 del Decreto 1211 de 1990), pues en tales hipótesis desaparece el supuesto sobre el cual descansa la especial protección que ofrece el mandato legal y se configura, en cambio, un fenómeno de injusta concentración de beneficios que se opone al principio de igualdad sostenido por la Constitución.

Correlativamente, ya que se declara inexequible la referencia al estado civil de las personas y en su lugar se subraya como criterio de diferenciación la incapacidad pecuniaria de quien aspira a percibir las prestaciones de que se trata, puede darse el caso de mujeres que ya contrajeron matrimonio pero que por cualquier circunstancia se hallan en la situación de dependencia enunciada. Ellas, apoyadas en la razón jurídica expuesta, cuyo sentido constitucional encaja en el logro de unas condiciones mínimas de igualdad material, resultan indudablemente favorecidas por el texto legal objeto de análisis, **siempre que demuestren por los medios contemplados en la ley y de manera fehaciente, en cada caso particular**, que sí reúnen las condiciones exigidas por el artículo 252 del Decreto mencionado en cuanto alude a su situación de dependencia económica respecto del Oficial o Suboficial con quien existe la filiación. (Resalta la Sala)

(...)

De acuerdo a la normatividad en cita y al criterio jurisprudencial, se concluye que lo que se debe tener en cuenta para tener derecho a la sustitución pensional, en lo que se refiere a las hijas mujeres, es la

dependencia económica, definida en el artículo 252 del Decreto 1211 de 1990, con el siguiente tenor literal:

“ ...

Dependencia económica: Aquella situación en que la persona no puede atender por sí misma a su **congrua subsistencia**, debiendo recurrir para ello al sostén económico que puede ofrecerle el Oficial o Suboficial del cual aparece como dependiente. (Subraya la Sala).

...”

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

Según definición dada por el artículo 413 del Código Civil los alimentos congruos “Son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.”. (Se subraya).

De la Dependencia Económica.-

Esta Sección ha sostenido que la dependencia económica, para efectos de la pensión de beneficiarios, debe ser examinada armónicamente con los postulados constitucionales y legales que orientan la protección especial a aquéllas 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.

(...)

Siguiendo la anterior pauta jurisprudencial la dependencia económica es aquélla situación de subordinación en la que se encuentra sujeta una persona respecto de otra en relación con su “modus vivendi”. Relación de dependencia dentro de la cual deberá observarse, por parte de la beneficiada, una conducta, acorde con la dignidad humana pero desprendida de ostentación o suntuosidad alguna.

La dependencia económica, en el caso de la pensión de beneficiaria de la actora, exige acreditar que necesita de la protección del causante

de la pensión o asignación de retiro para su congrua subsistencia y este condicionamiento debe estar presente al momento del fallecimiento del pensionado.

Sin embargo, es deber de los responsables del pago de las prestaciones económicas verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos pensionales de los beneficiarios con el fin de evitar la malversación de los dineros del tesoro público.

Es así, como el artículo 188 del Decreto 1211 de 1990, con relación con la extinción de los derechos pensionales sustituidos, estableció la figura de la extinción que es aplicable a cualquiera de los casos allí descritos. En el artículo en mención prescribe:

“... 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 en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años, cuando unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios.

...”

De la posición social de INÉS CASTRO MÁRQUEZ, se tiene que reside y es propietaria de un inmueble, por el cual paga servicios públicos y administración correspondientes a tarifas de estrato 6 (Calle 95 No. 17-76), gastos que no sobrepasan los ingresos anuales declarados por ella, lo que indica que estos son suficientes para poder sustentar sus necesidades básicas.

La Sala considera que la demandante no depende económicamente para su congrua subsistencia de la pensión que percibía, pues el hecho de poseer unos bienes significa solvencia económica, ya que estos predios, como se dijo, pueden producir rendimiento.»...

*Bertha Lucía Ramírez de Páez, Jesús María Lemos Bustamante,
Alejandro Ordóñez Maldonado.*

CARRERA ADMINISTRATIVA
Y OTRAS

I. CARRERA ADMINISTRATIVA

SUPRESIÓN DE CARGO DE CARRERA POR MODIFICACIÓN A CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

No faculta a la administración la necesidad de cierto grado de confianza en el empleado o el adelantar proceso de reorganización de la entidad

17 de diciembre de 1945

Radicación: CE-EXP1945-N1217

...«Mediante el Decreto acusado, 746 de 1945 originario del Ministerio de Minas y Energía, se pretende excluir del escalafón a empleados que tenían derecho a figurar en él, mediante el lleno de los requisitos legales, y a empleados que ya pertenecían a la carrera administrativa. Y este proceder contraría abiertamente el estatuto del empleado. Ningún motivo legal aduce el Ministerio para tratar de excluir de los beneficios de la carrera administrativa a empleados ya amparados por ella, o que tenían derecho a ingresar a la carrera. En efecto: ni se afirma que los empleados excluidos por el decreto acusado ejerzan mando o jurisdicción, motivo principal que priva del derecho a ser escalafonados; ni que sean agentes del presidente de la República, de los gobernadores, intendentes o comisarios; ni tampoco que sus empleos tengan una significación esencialmente política. En fin, no se aduce ningún motivo de inhabilidad legal para pertenecer a la carrera administrativa, en conformidad con las disposiciones preinsertas. Muy por el contrario, los considerandos del decreto acusado demuestran paladinamente que el propósito de él fue esquivar la ley de la carrera administrativa, ley que, si es inconveniente, puede ser derogada por el Congreso, pero mientras esté rigiendo debe cumplirse estrictamente.»

(...)

Si la experiencia ha comprobado que la delicadeza especial de los negocios peculiares del Ministerio de Minas y Petróleos, exige que algunos funcionarios de ese ramo puedan ser escogidos libremente por el Gobierno como sus agentes de confianza y discreción absolutas, esto mismo se podría predicar de todos los empleados del país. Fuerza es suponer que todo empleado desempeña funciones delicadas y debe gozar de la absoluta confianza de sus superiores. Y en estas condiciones, lo procedente, lo legal, sería derogar la ley de la carrera administrativa, por inconveniente. Con la misma lógica todos los ministerios podrían dictar decretos semejantes al que es materia de la acusación, e incurriendo en lo que se llama el fraude a la ley, el estatuto que ampara al empleado, expedido por el Congreso de 1938, quedaría convertido en letra muerta. Se llegaría al grave precedente de que por medio de decretos se hicieran ineficaces las leyes. Por otra parte, por medio de un decreto no se les puede dar el carácter de «agente del Gobierno» a quienes conforme a la técnica no lo tengan.

El segundo considerando resulta también inválido, porque la circunstancia de la reorganización del Ministerio no autoriza para excluir de la carrera administrativa a quienes tengan derecho a pertenecer a ella, y, por lo demás, sería medio fácil acudir a «reorganizaciones» para alterar el status de los empleados, con grave detrimento de la Ley que los protege.»

Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lemos Girón, Carlos Rivadeneira, Tulio Enrique Tascón, Gustavo Valbuena.

INSCRIPCIÓN EN CARRERA ADMINISTRATIVA

No solicitar su inscripción en el escalafón de la carrera dentro de los 30 días siguientes a la expiración del período de prueba hace perder el derecho

12 de junio de 1990

Radicación: CE-SEC2-EXP1990-N728-9983

«...[E]l procedimiento de excepción establecido y reglamentado en las normas mencionadas para escalafonarse en la carrera administrativa, suponía el cumplimiento de una serie de exigencias por parte del aspirante, tales como haber estado desempeñando un empleo de la carrera el 17 de diciembre de 1968 y continuar en ejercicio del mismo un año después, solicitar su inscripción en período de prueba, dentro de un plazo determinado, ser evaluado satisfactoriamente durante los tres meses de dicho período, reunir los requisitos mínimos señalados para el ejercicio del cargo, y algo muy importante para el cargo sub - judge: “solicitar su inscripción en el escalafón de la carrera dentro de los 30 días siguientes a la expiración del período de prueba so pena de perder” el derecho que les concede el artículo 42, inciso 2° del Decreto ley 2400 de 1968” según reza en los artículos 13 y 14 del D. 342 de 1970; exigencia esta última que la actora no cumplió y que según la comunicación transcrita en la página 10 de la sentencia, (folio 11), dio lugar a que se negara su inscripción en el escalafón; y por ende, la actora no podría invocar fuero alguno de estabilidad derivado, de la carrera como en efecto se abstuvo de hacerlo.

Tal y como fue regulado este procedimiento de ingreso lleva a la Sala a concluir que el acto administrativo mediante el cual se decidía la solicitud de escalafonamiento era un acto constitutivo y no declarativo del derecho, razón adicional para no compartir la conclusión del Tribunal.

Razona igualmente el Tribunal acerca de la improcedencia del período de prueba señalado en el artículo 6° del Decreto reglamentario, para concluir que contraría la norma reglamentada. No obstante, si se observa

con algún detenimiento la norma objeto de reglamentación, se llega a la conclusión de que el señalamiento de tal período se encuentra en total armonía con el artículo 42, mencionado, puesto que en éste se dispone que el escalafonamiento de dichos funcionarios debe hacerse con observancia del procedimiento consagrado en el artículo 45 del Decreto 2400 de 1968 procedimiento que precisamente está estructurado sobre la existencia de un período de prueba.

El artículo 6° del Decreto 343 de 1970, armoniza, pues, tanto con el artículo 42 como con el 45 del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones introducidas por el Decreto 3074 de 1968.

Por lo demás no resulta consistente afirmar como lo hizo el a - quo que la demandante desconocía la fecha de su inscripción en período de prueba y por ende el vencimiento del mismo cuando ella acepta que durante ese período se le calificó favorablemente, calificación que debió serle notificada y por los períodos evaluados supo perfectamente la fecha de vencimiento...»

*Reynaldo Arciniegas Baedeker, Joaquín Barreto Ruiz,
Álvaro Lecompte Luna, Graciela Lizarazo Becerra (Conjuez).*

CAMBIO DE NATURALEZA DE EMPLEO DE CARRERA ADMINISTRATIVA A LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

No vulnera los derechos de carrera

15 de septiembre de 1998

Radicación: CE-SP-EXP1998-NIJ003

«...El artículo 125 de la Carta Política señala la regla general según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera con las excepciones allí indicadas.

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

Dispone también que el retiro se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley.

El mismo precepto constitucional permite al legislador establecer excepciones al principio general, es decir definir como de libre nombramiento y remoción un cargo, siempre y cuando no altere la filosofía que el constituyente le imprimió al sistema de carrera.

Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional, ha sido enfática en señalar que la facultad del legislador al definir un empleo como de libre nombramiento y remoción, no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera.

(...)

En el asunto objeto de examen, el cargo de “Auxiliar de Magistrado” fue definido como de libre nombramiento y remoción por el inciso 4° del artículo 130 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia,

al disponer que “son de libre nombramiento y remoción los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales ...”.

Dicha norma al ser revisada por la Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, fue declarada exequible por considerar que la naturaleza de tales empleos -libre nombramiento y remoción-, era armónica con los postulados del artículo 125 de la Carta Política, es decir, que la esencia de tales cargos entraña la confianza plena y total que debe responder a las exigencias del nominador.

Definido el empleo de Auxiliar de Magistrado por el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 como de libre nombramiento y remoción y establecido mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, que tal definición se hallaba acorde con el sistema de carrera instituido en el artículo 125 de la Carta Política, no le es dado al Juez Contencioso Administrativo exponer consideraciones adicionales sobre tal naturaleza.

Se precisa sí, que el carácter esencial de un cargo de libre nombramiento y remoción, permite que el nominador pueda disponer libremente del empleo, sin limitación distinta a razones del buen servicio público, facultad que debe realizar atendiendo la filosofía que inspira el respeto por el derecho al trabajo, fin superior de la sociedad dentro de la vigencia del orden justo, cuyo cumplimiento debe observar de manera especial la autoridad judicial nominadora.

La anterior precisión obedece a que, el demandante quien se hallaba inscrito en el escalafón de carrera judicial en el cargo de “Auxiliar de Magistrado”, al pasar dicho cargo, a ser de libre nombramiento y remoción, por ministerio de la ley cambió su situación laboral frente al nominador, pues no se compadece con la lógica jurídica que un cargo discrecional por disposición legal, simultáneamente tenga inamovilidad relativa derivada del status de carrera judicial. Se impone unidad entre la norma y la realidad, presupuesto esencial del ordenamiento, de lo contrario el mandato legal no tendría vigencia, sería inocuo.

No puede ser otro el tratamiento, puesto que, en el ejercicio de la función administrativa no pueden separarse los elementos de contenido material que conlleva un empleo de libre nombramiento y remoción. Su naturaleza debe coincidir con la realidad y la esencia ínsita en el mismo, debe tener efectividad: la discrecionalidad de tales empleos lleva implícita la función pública que compromete al nominador, quien en procura del servicio público

que demanda la sociedad, no puede estar sometido a dar tratamiento de carrera a un empleo que por definición legal tiene carácter de discrecional. Para el cumplimiento de la función de administrar justicia, la Ley 270 de 1996 dotó a los Magistrados de los Tribunales de colaboradores que les ofrecieran plena confianza con el fin de que cumplieran las responsabilidades y metas que la sociedad demanda.

(...)

A lo anterior se agrega que el cambio de naturaleza del empleo dispuesto por la ley en los términos ya indicados, no implica retiro del servicio, se produce cambio de situación laboral, pero los sistemas de carrera y de libre nombramiento y remoción no se contraponen, por el contrario, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, su funcionamiento debe ser armónico. En ambos casos se persigue el mismo fin: garantizar la eficiencia en la función pública.

(...)

El Consejo Superior de la Judicatura al excluir de la carrera judicial al demandante, no desarrolló función distinta que administrar la carrera judicial, pues no hay duda que el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, cambió de naturaleza dicho cargo para convertirlo de libre nombramiento y remoción, norma que la Corte Constitucional declaró ajustada en lo pertinente al mandato constitucional; en ese orden no cabe tratamiento distinto al que el ordenamiento consagra para un empleo discrecional.

Ilustra aún más el problema jurídico que se resuelve, el que, el artículo 158 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia al señalar el campo de aplicación de la carrera judicial, dispone que son de carrera los cargos de los Magistrados de los Tribunales y de las Salas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, jueces y empleados que por disposición expresa de la ley no sean de libre nombramiento y remoción. El cargo de “Auxiliar de Magistrado” como se explicó es de libre nombramiento y remoción. En tal virtud, el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de tal función, no podía aplicar la carrera a un empleo de naturaleza discrecional.

(...)

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia no consagró el cambio de naturaleza del empleo, como causal de retiro de la carrera judicial, situación que se explica porque la misma ley definió los cargos que

son de carrera, y expresamente indicó cuáles eran de libre nombramiento y remoción, y como era lógico, al referirse al campo de aplicación de la carrera, no incluyó a los de libre nombramiento y remoción, por ello no podía el legislador establecer como causal de retiro de la carrera, los empleos que no pertenecían al sistema de carrera. Por tal razón el retiro de la carrera judicial obedece a una causal de retiro del servicio y calificación no satisfactoria. En cambio la exclusión de carrera es una consecuencia directa de la aplicación de la Ley Estatutaria en cuanto cambió la naturaleza del empleo al darle la calidad de libre nombramiento y remoción.

Frente al cambio de naturaleza del empleo dispuesto por la ley, la inscripción en la carrera no puede considerarse un derecho particular inmodificable, tal situación depende del mantenimiento de una legislación o regulación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho alguno, ni el administrado se puede resistir, siempre y cuando el legislador no desnaturalice la filosofía del sistema trazado en la Carta Política.

La garantía que otorga el fuero de carrera, supone la existencia de norma legal que la disponga, y extinguida ésta por virtud de ley posterior, se extingue para el funcionario dicho status sin que pueda alegarse derecho adquirido alguno, conforme al artículo 58 de la C.N., pues prima el principio contenido en la citada norma, de que el interés particular debe ceder al interés público o social, sin que pueda alegarse violación del principio de irretroactividad.

(...)

Es decir, que el cambio de naturaleza del empleo no obedeció solo al mandato dispuesto por ley o decreto con fuerza de ley, sino como consecuencia de la adopción de una nueva Constitución que señaló las bases para la carrera judicial y posterior expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

La Constitución de 1991 se expidió por voluntad del constituyente primario que dio paso a la Asamblea Nacional Constituyente 1990 - 1991, como poder soberano e independiente del ordenamiento jurídico anterior, y en la implantación de nuevas instituciones, la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante dejó de ser de carrera judicial. Por ello carece de sustento constitucional o legal reclamar derechos de carrera frente a la nueva normatividad...».

Dolly Pedraza de Arenas Presidenta (Ausente), Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Mario Rafael Alario Méndez (Salvamento de voto), Rafael Ariza Muñoz , Germán Ayala Mantilla, Jesús María Carrillo B. (Ausente), Julio Enrique Correa R. (Salvamento de voto), Javier Díaz Bueno, Silvio Escudero Castro, Clara Forero de Castro (Salvamento de voto), Delio Gómez Leyva, Ricardo Hoyos Duque (Salvamento de voto), Roberto Medina López (Salvamento de voto), Miren de la Lombana de M., (Salvamento de voto), Daniel Manrique Guzmán, Juan de Dios Montes H., Libardo Rodríguez R. (Ausente), Germán Rodríguez V., Carlos Orjuela Góngora, Nicolás Pájaro Peñaranda (Salvamento de voto), Juan Alberto Polo Figueroa, Daniel Suárez Hernández, Manuel S. Urueta Ayola.

II. ESCALAFÓN DOCENTE

Inscripción en el escalafón de primaria no da los derechos de escalafón docente de secundaria y viceversa

20 de agosto de 1964

Radicación: CE-SCA- EXP1964 -N0820

...«El señor Navarro en el cargo de Rector del Colegio de Pivijay no estaba amparado con la inamovilidad relativa a que dá derecho el Escalafón de Secundaria, porque no estaba inscrito en este; ni estaba amparado por la inamovilidad relativa a que dá derecho el Escalafón de Primaria, porque el cargo mencionado es de educación secundaria. No es indiferente pertenecer a uno u otro escalafón, ni es indiferente que el cargo pertenezca a una u otra clase de enseñanza, para gozar de la relativa inamovilidad o del derecho a desempeñar cargos que las leyes confieren a quienes están inscritos en dichos escalafones. El pertenecer al Escalafón de Enseñanza Primaria da derecho a ocupar cargos en el magisterio de primaria; la inscripción en el Escalafón de Enseñanza Secundaria da derecho a ocupar cargos en la educación secundaria; el maestro escalafonado en aquel no puede ser destituido del cargo oficial de maestro, sin antes ser excluido de tal escalafón; el profesor inscrito en el segundo, no puede ser destituido del cargo que desempeña en la educación secundaria oficial, sin antes ser excluido del escalafón. Diferentes son los estatutos orgánicos y los reglamentos de los dos escalafones, lo que claramente demuestra que estos son distintos y que el pertenecer a uno de ellos no confiere los privilegios del otro. Así, un profesor que está inscrito en el Escalafón de Enseñanza Secundaria no pertenece, por ello, al de Primaria, ni al contrario. No quiere esto decir que no se pueda pertenecer a ambos escalafones, mediante la inscripción correspondiente. Lo que se afirma es que un maestro escalafonado en el Escalafón de Primaria, por este solo hecho no pertenece al Escalafón de

Secundaria y que, por tanto, no puede reclamar los privilegios a que dá derecho este, como tampoco puede reclamar los que aquél confiere al que esté inscrito en el de Secundaria, por el solo hecho de estarlo.

Esta ha sido la doctrina del Consejo, como puede demostrarse con la sentencia cuya cita han hecho en este juicio tanto el Tribunal en su fallo como el señor Fiscal Segundo, en su vista de fondo. Esta doctrina fue expuesta por el mismo Tribunal del Magdalena en sentencia de 23 de julio de 1952 dictada en el juicio de Nicolás Silva Castillo y que el Consejo de Estado confirmó el 9 de marzo de 1954»..

Gabriel Rojas Arbeláez, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Gustavo Arrieta, Francisco Eladio Gómez, Alejandro Domínguez Molina, Jorge A Velasquez Ricardo.

III. CARRERA JUDICIAL

CARRERA DE LA RAMA JUDICIAL

No aceptación de nombramiento no constituye causal de exclusión del registro nacional de elegibles

11 de noviembre de 2004

Radicación: 11001-03-25-000-2002-00234-01(4813-02)

«...9. EXCLUSIÓN DEL REGISTRO

Será causal de retiro de la lista el fraude comprobado en la realización del concurso o el error evidente en el proceso de selección”.

3.- Mediante escrito de fecha 17 de octubre de 2001 la demandante informó a la Presidencia del Tribunal Superior de Cali que “por inconvenientes insuperables” renunciaba al cargo de Juez Primero de Familia de esa localidad”.

4.- Por medio de Resolución No. 068 del 27 de febrero de 2002 se ordenó la exclusión del Registro de Elegibles para el cargo de Juez de Familia de la demandante Danith Cecilia Bolívar Ochoa, bajo las siguientes consideraciones:

con los artículos 37 del Acuerdo No. 34 de 1994 y 2º numeral 8º del Acuerdo 117 de 1997 y el Acuerdo 196 de 1997, las opciones de despacho tienen carácter vinculante para el aspirante y, quien no acepte el nombramiento en un cargo para el cual haya optado, será automáticamente excluido del Registro de Elegibles, salvo que demuestre la existencia de justa causa para su declinación.

En este orden de ideas, se advierte que ninguno de los mencionados concursantes, demostró justa causa para la no aceptación de sus nombramientos en los cargos mencionados.

En consecuencia, procede su exclusión del Registro Nacional de Elegibles para los mencionados cargos”.

De la situación particular de la demandante y las normas aplicables al caso concreto

Mediante el Acuerdo No. 117 de 5 de agosto de 1997 se convoca a concurso de méritos para los cargos de Magistrado de Tribunal Administrativo y Superior de Distrito Judicial, y de Juez de la República, para que se inscriban en el Concurso de Méritos destinado a la conformación de los correspondientes Registros Nacionales de Elegibles. En este acto se dispuso como causal de exclusión del Registro Nacional de Elegibles de manera automática la no aceptación del nombramiento del cargo para el que se haya optado, salvo que se demuestre la existencia de una causa que, a juicio de la correspondiente Sala Administrativa, constituya fuerza mayor

De la competencia del Consejo Superior de la Judicatura

El artículo 256 de la C.P., en su numeral 1ª) dispone:

“Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

1ª) **Administrar** la carrera judicial...”.

Dentro de las funciones que constitucionalmente se le atribuyen está la de:

“Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador” (art. 257 num. 3ª) C.P).

De acuerdo con el **artículo 75 de la Ley 270 de 1996**, al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la **“administración de la Rama Judicial”** y **ejercer la función disciplinaria, “de conformidad con la constitución Política y lo dispuesto en esta Ley”**.

En el numeral 17 del artículo 85 ibídem se establece que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura **“Administrar la carrera judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley”**.

Las disposiciones normativas que anteceden demarcan el ámbito del ejercicio de las funciones atribuidas constitucional y legalmente al Consejo

Superior de la Judicatura en lo que concierne a la “**Administración**” de la rama y de la carrera judicial.

Por medio del acto acusado, el Consejo Superior de la Judicatura invocando los artículos 37 del Acuerdo No. 34 de 1994 y 2º numeral 8 del Acuerdo 117 de 1997, bajo la consideración de no haberse acreditado justa causa, dispuso la exclusión del Registro Nacional de Elegibles de la señora Danith Cecilia Bolívar Ochoa para el cargo de Juez de Familia , por haber declinado su nombramiento como Juez Primero de Familia de Cali “Por inconvenientes insuperables”.

Sobre las causales de exclusión del Registro de Elegibles por no aceptar el nombramiento en un cargo para el cual se haya optado

De conformidad con el Parágrafo del artículo 165 de la Ley 270 de 1996, se prevé la opción de sedes para los aspirantes a los cargos de funcionarios y empleados de carrera de la Rama Judicial al establecer que “en cualquier momento podrán manifestar las sedes territoriales de su interés”. Esta misma opción territorial de sedes fue prevista en el artículo 37 del Acuerdo No. 34 de 1994 “Por el cual se dictan reglas generales para los concursos de méritos destinados a la selección de funcionarios y empleados de Carrera de la Rama Judicial”, así:

“Opción territorial de cargos. Dentro de los 10 días siguientes a la publicación de los listados de inscritos en el Registro Nacional de Elegibles, los aspirantes deberán expresar los distritos o municipios de su elección. Si no hay manifestación expresa se entenderá que el aspirante es elegible para cualquiera...”

Además se dispuso:

*“La opción territorial de cargos prevista en este artículo tiene carácter vinculante para el aspirante. Quien no acepte el nombramiento en un cargo para el cual haya **optado será automáticamente excluido del Registro Nacional de Elegibles, salvo que demuestre la existencia de justa causa para la declinación**” (negrilla fuera de texto).*

Y, en el Numeral 8 del artículo segundo del Acuerdo No. 117 del 5 de agosto de 1997 se estableció:

“Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación de los listados de los resultados finales, de conformidad con la ley y el reglamento expedido por la Sala

Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, los aspirantes deberán expresar los departamentos, distritos o circuitos, según el caso, de su elección.

La opción de sedes deberá presentarse en la Secretaría de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura correspondiente al lugar de la inscripción.

Quien no acepte el nombramiento en un cargo para el cual haya optado será automáticamente excluido del Registro Nacional de Elegibles correspondiente, salvo que demuestre la existencia de una causa que, a juicio de la correspondiente Sala Administrativa, constituya fuerza mayor” (negrilla fuera de texto).

Obsérvese de la lectura de los actos administrativos que anteceden, que se adiciona a la opción de sedes, una causal de exclusión no prevista en el decreto ley 052 de 1987 y en la ley 270 de 1996, cuya causa deriva de la no aceptación del nombramiento para el cargo que se ha optado, salvo fuerza mayor.

En punto a este aspecto en particular advierte la Sala, que al establecer el Consejo Superior de la Judicatura una causal de exclusión no prevista por el legislador excede los límites de su competencia, circunstancia que amerita por tanto acudir en el presente asunto a la inaplicación por vía de excepción de ilegalidad de los Acuerdos Nos. 34 de 1994 en su artículo 37 y 117 de 1997 artículo segundo, numeral 8, en cuanto disponen como causal de exclusión del Registro Nacional de Elegibles la no aceptación del cargo para el que se haya optado, salvo la existencia de causa que a juicio de la correspondiente Sala Administrativa, constituya fuerza mayor.

Los Acuerdos No. 34 de 1994 en su artículo 37 y 117 de 1997, en su artículo segundo numeral 8o, introducen una causal de **“exclusión”** del Registro Nacional de Elegibles, no prevista en la ley, arrogándose el Consejo Superior de la Judicatura una atribución que no le corresponde, en cuanto regula una situación especial como es la relativa a la permanencia en la lista de elegibles, cuestión que es propia de la Ley Estatutaria y no del Consejo Superior de la Judicatura, que aunque tiene facultades para “administrar la carrera judicial” y expedir actos reglamentarios en esa materia, sólo puede ejercer esas atribuciones de conformidad con la Constitución Política y la Ley (art. 256 C.P; 157, 162 Parágrafo, 164 Parágrafo 1º., 165, 173 y 174 y demás normas concordantes de la Ley 270 de 1996).

No es admisible entonces que un acto reglamentario se expida no para desarrollar, ejecutar o hacer aplicables los mandatos de dicha Ley Estatutaria, sino para regular materias sobre las cuales ella misma no se ha

ocupado. Es la Ley Estatutaria la que ha determinado en qué condiciones se puede acceder, bajo el sistema de carrera, a un cargo, y en ella no se regula una situación como la prevista en el referido Acuerdo 117 de 1997.

Además, es innegable de acuerdo con la redacción de los artículos en cuestión, el contenido sancionatorio que lleva implícito la decisión de exclusión del Registro Nacional de Elegibles, asunto que desborda la competencia del Consejo Superior de la Judicatura. El régimen sancionatorio importa una aplicación de interpretación de carácter eminentemente restrictivo, de acuerdo con lo que se disponga en la ley. Y, en punto a causales de exclusión, la ley 270 de 1996 en su artículo 173 establece que “La exclusión de la Carrera Judicial de los funcionarios y empleados se produce por las causales genéricas del retiro del servicio y la evaluación de servicios no satisfactoria”, pero nada se dice sobre la exclusión de la lista del Registro Nacional de Elegibles por no aceptar el cargo para el que se ha optado territorialmente.

El artículo 28 del Decreto 052 de 1987, aplicable por remisión del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, dispuso:

“ART.28.- Será causal de retiro de la lista el fraude comprobado en la realización del concurso o el error evidente en el proceso de selección.” (se resalta).

Conforme a lo anterior, ni en la ley 270 de 1996, ni en el decreto 052 de 1987 se estableció como causal de exclusión del Registro de manera automática, la no aceptación del nombramiento en un cargo para el cual se haya optado, salvo la existencia de una causa que a juicio de la correspondiente Sala, constituya fuerza mayor.

Ahora bien, frente al argumento que expone la entidad demandada, si bien de conformidad con el artículo 164 de la ley 270 de 1996 la convocatoria es norma obligatoria que regula todo el proceso de selección mediante concurso de méritos, ello no faculta al Consejo Superior de la Judicatura para crear o incluir causales de exclusión no establecidas en la ley. La reglamentación del concurso debe ejercerse dentro del marco establecido por la ley 270 de 1996 y en lo que sea pertinente en el decreto 052 de 1987 y decreto 1660 de 1978.

Por lo anterior, procede la Sala a inaplicar por vía de excepción de ilegalidad el artículo 37 del Acuerdo 34 de 1994 y el numeral 8 del artículo segundo del Acuerdo No. 117 del 5 de agosto de 1997, en cuanto señalaron

respectivamente: “*Quien no acepte el nombramiento en un cargo para el cual haya optado será automáticamente excluido del Registro Nacional de Elegibles, salvo que demuestre la existencia de justa causa para la declinación*”, y “*Quien no acepte el nombramiento en un cargo para el cual haya optado será automáticamente excluido del Registro Nacional de Elegibles correspondiente, salvo que demuestre la existencia de una causa que, a juicio de la correspondiente Sala Administrativa, constituya fuerza mayor*”, disposiciones que sirvieron de sustento para la expedición del acto impugnado en virtud del cual se dispuso excluir del Registro de Elegibles para el cargo de Juez de Familia a la señora Danith Cecilia Bolívar Ochoa, por no haber aceptado el nombramiento para el cargo de Juez Primero de Familia de Cali.

En aras de garantizar la seguridad jurídica y la preservación de la vigencia y efectividad del orden jurídico procede esta Sala por vía de excepción a inaplicar de manera oficiosa las disposiciones que sirvieron de fundamento a la decisión impugnadas.

(...)

Así las cosas, la Sala, previa inaplicación para el caso concreto de los artículos 37 del Acuerdo No. 34 de 1994 y segundo numeral 8° del Acuerdo 117 de 1997, en la parte pertinente a la causal de exclusión del Registro Nacional de Elegibles, accederá a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de la Resolución No. 068 de 2002 en cuanto dispuso excluir del Registro Nacional de Elegibles para el cargo de Juez de Familia a la señora Danith Bolívar Ochoa, y la nulidad de la Resolución No. 358 de 2002 en la medida en que confirmó la primera decisión, por desconocer manifiestamente la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia...».

*Alberto Arango Mantilla, Ana Margarita Olaya Forero,
Nicolás Pájaro Peñaranda.*

CURSO DE FORMACIÓN JUDICIAL DE CORPORACIONES JUDICIALES

*Para proveer los cargos de carrera se debe incluir el número de vacantes,
adicionadas en un 30% de los mejores puntajes*

21 de agosto de 2008

Radicación: 11001-03-25-000-2007-00058-00(1185-07)

...«[L]a igualdad de oportunidades, reconocida tanto por la legislación internacional como por la legislación interna, se constituye en un principio de obligatorio cumplimiento, que garantiza el derecho a que todo aspirante a ocupar un determinado empleo, sea considerado en forma equitativa, sin que se ejerza discriminación alguna y sin que, correlativamente, el candidato pueda obtener a su arbitrio el cargo al cual aspira, pues ello depende del proceso fijado por el empleador que debe encontrarse sujeto a criterios objetivos de reclutamiento.

Con lo anterior, cuando el inciso acusado establece, que solo los aspirantes que se encuentren ubicados “*dentro del 30%*” de los mejores puntajes asignados en la Fase I, serán citados al Curso de Formación Judicial; se aprecia que en el mismo, se está estipulando una forma de discriminación, que vulnera el principio de igualdad de oportunidades, en la medida en que se limita la posibilidad de acceder al Curso Concurso, de aquellos concursantes que no se encuentren ubicados dentro de ese 30%. Ello teniendo en cuenta además, que no se aprecia la existencia de un criterio objetivo de corrección para la fijación de tal porcentaje y que no aparece de ninguna manera la justificación para la fijación del mismo.

Es así entonces, como se deduce, que ese porcentaje determinado por el inciso objeto de demanda, se estableció en forma subjetiva, lo que a su turno supone un factor de arbitrariedad, evidenciado en la discriminación para acceder al empleo de aquellos concursantes que no logren incluirse dentro del 30%; arbitrariedad que como tal, implica exclusión.

De igual manera, observa la Sala, que si bien es cierto, existe la normativa Constitucional y legal que habilita el ejercicio de la facultad reglada del demandado, para la fijación al interior de la carrera judicial, de las etapas, los puntajes, la conformación del Registro de Elegibles y los contenidos, condiciones y modalidades del Curso de Formación Judicial; no lo es menos, que los vacíos que dichas normas presentan en relación con los cupos disponibles para quienes serán citados a la realización del Curso Concurso, deben ser suplidos con decisiones objetivas, justas y proporcionales, porque su fijación debe corresponder a actuaciones que no pertenezcan al ámbito de la subjetividad y de la discrecionalidad, en tanto que son parte de la legalidad.

Se tiene entonces, que el concepto jurídico indeterminado que se deriva del artículo 36 Código Contencioso Administrativo y que surge en zonas de penumbra normativa; debe ser justo y correcto, conforme al espíritu, propósito y razón de la norma, por manera, que la solución jurídica posible en este caso, en el que se debe fijar el número de concursantes que pueden acceder al Curso de Formación Judicial, no debe obedecer a razones subjetivas, sino por el contrario a criterios y parámetros dotados de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que soporten el porcentaje establecido, en tanto, que ese número de cupos que fue fijado, posiblemente no resulta ser suficiente o puede exceder las vacantes que existan o que lleguen a presentarse, desatendiendo así las posibilidades reales de provisión de cargos durante la vigencia del Registro de Elegibles; posibilidades que deben obedecer al **principio de igualdad de oportunidades**.

(...)

[S]olo serán citados al Curso Concurso los aspirantes con los mayores puntajes en la Fase I, **hasta la cantidad estimada de vacantes existentes** al momento de expedirse el Registro de Elegibles **adicionadas en un 25%** y que el aparte ahora acusado ordena que solo serán citados a la siguiente fase aquellos aspirantes que se encuentren ubicados **dentro del 30%**; es claro que este último, prescindió de vincular ese 30% al número de vacantes a proveer; lo que conduce a concluir que el inciso acusado adolece de un vacío reglamentario en el que se concreta la objeción por invalidez analizada en esta sentencia.

Tan es cierto lo anterior, que la misma Entidad creadora del acto, destaca su propio yerro, al señalar equivocadamente en la contestación a la demanda, que el concurso de méritos convocado por el Acuerdo acusado

para proveer cargos de carrera en la Rama Judicial, entre otros requisitos, exigía que los concursantes que obtuvieran los mayores puntajes en la Fase I, hasta la cantidad de vacantes existentes al momento de expedirse el Registro de Elegibles y de las que se produzcan dentro del término de su vigencia, **“adicionadas en un 30%”**, continuarían en el mismo y serían convocados a participar en el Curso de Formación Judicial; pues lo cierto es, que la disposición ahora demandada en su tenor literal, no consagra adición alguna respecto de ese 30%, sino que hace referencia a los aspirantes que se encuentran ubicados **“dentro del 30% de los mejores puntajes obtenidos en la Fase I”**.

Con lo anterior, y en consideración a la morfología de la nulidad detectada, la Sala desarrollará su criterio sobre la modulación de la sentencia, teniendo en cuenta tres aspectos: el primero, lo que significa modular; el segundo, porqué se debe modular esta decisión y el tercero, cómo opera la modulación en la resolución de este cargo.

Con relación al primer aspecto, es decir, en lo que concierne al significado de lo que es modular, señala la Sala, que esta figura es la que permite establecer el nexo existente entre el reproche jurídico a una norma y los efectos que de ese reproche se derivan, atendiendo de un lado, a la necesidad múltiple de preservar la integridad misma del orden jurídico y del otro, su coincidencia con los derechos de los ciudadanos y con el interés colectivo, elementos inescindibles de aquello que supone un orden justo.

En lo que tiene que ver con el segundo punto, en el sentido de porqué se debe modular la nulidad evidenciada, se advierte que, la modulación se hace necesaria en este caso, porque de no producirse dicha modulación; de una parte, podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual y de otra parte, se podrían afectar intereses de la Administración, que están ligados íntimamente al interés general, en cuanto que implicaría la creación de una carga onerosa, inútil e irracional.

En lo que concierne con el tercer aspecto, en cuanto a cómo se modula en este caso la decisión de nulidad, precisamos, que la declaratoria de nulidad del inciso acusado, habrá de modularse en sus efectos, tomando en cuenta el precedente normativo de la propia acción de la Administración, de manera que sirva como referencia racional para purgar la ilegalidad, a fin de que la purga reemplace el efecto tradicional *ex nunc* de las decisiones de nulidad, por el precedente administrativo.

En consecuencia se declarará la nulidad de la norma demandada, pero atando los efectos de esa declaratoria de nulidad a una consecuencia reparatoria del orden jurídico, que consiste en habilitar el 30% estipulado sobre la base del número de vacantes por proveer, lo cual consecuencializa que la Administración sumará al 30% de aspirantes que convocó, el número de vacantes por proveer.»...

Bertha Lucía Ramírez de Páez, Presidente de la Sección, Gerardo Arenas Monsalve, Jesús María Lemos Bustamante, Alfonso Vargas Rincón, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

IV. CARRERA NOTARIAL

NOTARIOS NOMBRADOS POR CONCURSO CERRADO

No tienen derechos adquiridos

22 de agosto de 2012

Radicación: 11001-03-24-000-2009-00140-00(2071-09)

...«El Consejo Superior para la Carrera de Notarios expidió el Acuerdo N° 1 de 2006, invocando, especialmente, las facultades que le confiere el artículo 165 del Decreto 960 de 1970 y en cumplimiento de las siguientes normas: artículo 131 de la Constitución Política; Decreto precitado; Ley 588 de 2000; Decreto N° 3454 de 2006 y de la sentencia C-421 de 2006 de la Corte Constitucional.

La primera de las normas citadas dispone que, con suficiente anticipación, el Consejo Superior fijará las bases de cada concurso, con señalamiento de sus finalidades, requisitos de admisión, calendario, lugares de inscripción y realización, factores que se tendrán en cuenta, manera de acreditarlos y sistema de calificaciones, e indicará la divulgación que haya de darse a la convocatoria.

El artículo 131 de la Constitución Política prevé que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia; el nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso y corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro.

En ejercicio de las facultades otorgadas por la norma superior citada, mediante la Ley 588 de 5 de julio de 2000, el Congreso de la República

reglamentó el ejercicio de la actividad notarial; dicha normativa definió el notariado como un servicio público que prestan los notarios y que implica el ejercicio de la fe pública o notarial (art. 1°); estableció que los nombramientos de esos funcionarios podían ser en propiedad o en interinidad y que el organismo rector de la Carrera Notarial realiza directamente los exámenes o evaluaciones académicas, o a través de universidades legalmente establecidas de carácter público o privado y que esas pruebas estarían destinadas a medir los conocimientos de los concursantes (art. 2°); fijó en el Gobierno la facultad nominadora, para cuyo ejercicio el organismo rector de la carrera notarial debe elaborar una lista de elegibles, que se publica en uno o varios diarios de amplia circulación nacional y tiene una vigencia de dos años (art. 3°); indicó cuáles son los aspectos a tener en cuenta para la calificación de los concursos y estableció el orden de las pruebas e instrumentos de selección (art. 4°); prohibió concursar para el cargo de notario, a quienes hubiesen sido condenados penal, disciplinaria o administrativamente, por conductas lesivas del patrimonio del Estado, o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto-ley 960 de 1970, (art. 4°, pár. 2°); indicó que el notario que reemplace al que no supere el concurso o al que se retire por las causas previstas en la ley, prestará la garantía necesaria para asegurar la continuidad en la prestación del servicio notarial, de acuerdo con lo que determine el reglamento del organismo rector (art. 7°); señaló que el régimen disciplinario aplicable a los notarios es el previsto en el Decreto-ley 960 de 1970, con estricta observancia de los principios rectores y del procedimiento señalado en el Código Único Disciplinario (art. 8°), etc.

La ley precitada fue reglamentada por el Decreto N° 3454 de 3 de octubre de 2006.

Aplicando lo dispuesto en las normas trascritas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional citada en esta providencia, frente a lo probado en el sub-lite, resulta forzoso concluir que la señora María Rocío Gómez Sánchez no estaba incorporada a la Carrera Notarial, porque su vinculación ocurrió en virtud de un concurso cerrado, realizado por el entonces Consejo Superior de Administración de Justicia, al que fueron convocados unos pocos notarios y como su nombramiento en propiedad se produjo bajo parámetros distintos de los establecidos para tal efecto en la Constitución Política de 1991, tampoco se constituyó en su favor derecho adquirido alguno, porque la Corte Constitucional ha determinado que, frente a la Carta Fundamental, no es posible aducir derechos adquiridos y en esa medida, lejos de ser excluida,

como pretende, debía someterse en igualdad de condiciones con todos los aspirantes y superar el concurso público y abierto, convocado por el Consejo Superior para la Carrera Notarial, solo así era viable su nombramiento en propiedad como Notaria Única de Angostura (Antioquia) y en consecuencia podía ingresar a la Carrera Notarial con todos los derechos que su vinculación conlleva.

*Gerardo Arenas Monsalve, Víctor Hernando Alvarado Ardila,
Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

V. CARRERA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

EMPLEADOS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y ELECTORAL

Ingresan por concurso de méritos y para su retiro se ejerce por la administración la facultad de remoción, lo que otorga a los cargos una naturaleza mixta

2 de marzo de 2017

Radicación: 63001-23-31-000-2009-00276-01(0775-12)

«...En cumplimiento a lo establecido en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 573 del 7 de febrero de 2000, revistiendo al Presidente de precisas facultades extraordinarias para modificar la estructura de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su régimen de funciones y competencias internas y establecer su planta de personal, entre otras atribuciones.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 62 de la Ley 96 de 1985, expidió el Decreto Ley 3492 de 1986, «por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones», y en el cual estableció que el cargo de Delegado del Registrador Nacional tiene la naturaleza de libre nombramiento y remoción, por excepción.

La Ley 443 de 1998, estableció en el artículo 4º, la existencia de regímenes especiales de carrera para las entidades oficiales, entre ellas, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, señalando que las normas que consagran estos sistemas continuarían vigentes.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias expidió el Decreto Ley 1011 de 2000, «Por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil

y se dictan otras disposiciones» en el cual consagró la clasificación de los empleos en la institución, entre los que se relacionado a los del nivel directivo, que desempeñan funciones de dirección general, formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos, entre los que se relacionada el cargo de Delegado Departamental 0020 04.

Mediante Decreto Ley 1014 de 2000, se reglamentó la carrera administrativa especial de la entidad demandada, y en el literal a) del numeral 7° del artículo 3°, dispuso que el empleo de Delegado Departamental tenía la naturaleza de libre nombramiento y remoción, así como estableció que el ingreso a la carrera especial de dicho organismo estaría precedido por el mérito y no por filiación política opuesta a la cual pertenecía el Registrador Nacional, con el objetivo de garantizar la imparcialidad en el desempeño de las funciones electorales. De la misma forma, el inciso 3° del artículo 2° de la norma en cita, estableció que el ingreso, permanencia y ascenso de los empleados de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se haría en consideración exclusivamente al mérito.

Conforme a lo anterior, es procedente establecer la carrera administrativa como regla general para los cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y excepcionalmente consagró que algunos empleos por su naturaleza y funciones debían ser de libre nombramiento y remoción, entre los cuales incluyó el Delegado Departamental.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió el Acto Legislativo 01 de tres (3) de julio de dos mil tres (2003), por medio del cual se modificó el artículo 266 de la Constitución Política, y en el que se dispuso que el ingreso para los cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil debía realizarse mediante concurso de méritos, sin embargo estableció que el retiro de ciertos empleados podía ser flexible, en consideración a las necesidades del servicio, y frente a los cargos de responsabilidad administrativa y electoral, estos son de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, la Registraduría Nacional del Estado Civil posee un régimen especial de carrera administrativa, caracterizada por el ingreso mediante el sistema de mérito y la remoción para los empleados de responsabilidad administrativa y electoral, de manera flexible; esta peculiaridad para esta clase de cargos respecto a su remoción, fue ampliamente explicada por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 230 A de 2008 (...)

Finalmente, el Congreso de la República en el artículo 6 de la Ley 1350 de 2009, estableció la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción al interior de la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre los que abarcó al Delegado Departamental; sin embargo dicha disposición fue condicionada por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 553 de 2010, cuando dispuso que «los cargos de autoridad administrativa o electoral allí regulados son de libre remoción y no de libre nombramiento, por lo cual deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos».

Así las cosas, forzoso es concluir, que a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2003 - 3 de julio de 2003 -, la Registraduría Nacional del Estado Civil posee un régimen especial de carrera administrativa, la cual se caracteriza por el ingreso mediante el sistema de concurso para todos los cargos de la entidad, el retiro flexible y la libre remoción se aplica para los empleados de responsabilidad electoral y/o administrativa.»...

Sandra Lisett Ibarra Vélez, Carmelo Perdomo Cuéter, César Palomino Cortés.

CONTRATO REALIDAD

CONTRATO REALIDAD

Declaración en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades da lugar a la nulidad del contrato de prestación de servicios no a la declaración de inexistencia. No otorga calidad de empleado público y en consecuencia no da lugar al reconocimiento de salarios y prestaciones sociales. Coordinación de actividades no conlleva subordinación

18 de noviembre de 2003

Radicación: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ)

«...La sección segunda ha sostenido mayoritariamente en relación con docentes que celebraron contratos similares de prestación de servicios, que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, **emerge una relación laboral de derecho público**, sin que exista diferencia entre ella y la que desarrollan otros sujetos como empleados públicos que laboran en el mismo centro, desarrollan idéntica actividad, cumplen órdenes, horario y prestan servicios de manera permanente, personal y subordinada, razón por la cual, **debiendo primar la realidad sobre las formalidades**, es menester, por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, que no se acceda a conceder prestaciones sociales propiamente dichas sino que, **a título de indemnización**, para restablecer el derecho, se ordene “el pago del equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales que prestan sus servicios en el mismo centro educativo, **tomando como base el valor pactado en el contrato**”. Y ello porque las cláusulas contractuales **son inexistentes, ineficaces e inoponibles, pues sólo ocultan la verdadera relación laboral** en contravención de lo previsto en el art. 53 de la C.P., que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y van en contra del trabajador, a quien se le despoja de los derechos laborales que legalmente le corresponden. Señala la jurisprudencia de la sección segunda, repitiendo el contenido del párrafo 3º del artículo 1.518 del C.C., “que es moralmente imposible el objeto de los contratos cuando se encuentra prohibido por las leyes, es contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Cita, además, los artículos 15 y 16 Ib, para sostener que no pueden renunciar a los derechos contra expresa prohibición legal; que “los derechos laborales no pueden menoscabarse por acuerdos de voluntades que **disfracen la relación laboral, porque no está permitido que por convenios celebrados por los particulares puedan derogarse las leyes en cuya observancia están interesados el “orden” y las buenas costumbres**” y **que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en la contractual** regulada por la ley 80 de 1.993, tales cláusulas no rigen para el derecho por **falta de existencia**, caso en el cual no se requiere de pronunciamiento judicial.

Termina su discurso la jurisprudencia en comentario afirmando que a título de restablecimiento del derecho, se dispondrá el pago de las prestaciones sociales que reciben los empleados públicos *“tomando como base de la liquidación el valor pactado en el contrato”* (Sent. 5 dic/02. Actor Carmen Cecilia Durán Leal. 4789-01).

Los fundamentos de la tesis anterior pueden señalarse así:

a. El contrato de prestación de servicios, como aquel a que se refiere el presente caso, oculta una **relación laboral de derecho público**, que no difiere de la de otros empleados de la entidad.

b. Por consiguiente, las cláusulas contractuales del sub-lite contravienen lo previsto en el art. 53 de la C.P. que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

c. El contrato dicho, que despoja al trabajador de los derechos laborales que le corresponden, los cuales son irrenunciables, contraviene los artículos 15-16 del C.C., que prohíben que por convenio los particulares deroguen las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. Es decir, se trata de un contrato prohibido por la ley.

d. Consecuencia de lo anterior es que el contrato es inexistente, por **lo cual no se requiere de pronunciamiento judicial**.

e. En caso como aquel a que se refiere la jurisprudencia que contiene el mismo problema del sub-lite, no se pueden conceder a favor del afectado el pago de prestaciones sociales propiamente dichas, sino ordenar, a título de indemnización el equivalente a las prestaciones sociales que requieren los empleados en la misma entidad *“tomando como base el valor pactado en el contrato”*.

4. Debe señalarse que la argumentación dada en el respetable criterio jurisprudencial, resulta para la Sala, luego de examinarlo con detenimiento, contradictorio a la luz de conceptos ya definidos por la jurisprudencia, la doctrina y la lógica jurídica.

En efecto, por una parte se sostiene que los contratos de prestación de servicios como el que se examina transgreden el mandato constitucional previsto en el art. 53 de la primacía de la realidad sobre las formas y el principio de la igualdad consagrado en el art. 13 Ib., amén de ir en contravía de las previsiones de los arts. 15 y 16 del C:C **que no admiten que por convenio de los particulares se deroguen leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres**, como ocurre cuando se provoca la renuncia de derechos protegidos por mandatos de orden público, como los laborales; y por otra parte señala que como consecuencia de ello **el contrato es inexistente y sus cláusulas no producen efecto alguno**.

Sobre el particular debe anotarse lo siguiente:

De conformidad con el art. 1741 del C.C. las nulidades producidas, entre otras cosas, por objeto y causa ilícita, “*son nulidades absolutas*”.

El art. 1523 Ib. prescribe que hay objeto ilícito “*en todo contrato prohibido por las leyes*”, y el 1519 Ib. también señala que “*hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación*”.

Si, pues, lo que pretende demostrar la jurisprudencia que se rectifica por la Sala Plena de lo Contencioso, es que el contrato de prestación de servicios como el que ahora ocupa su estudio viola la constitución y la ley, se opone a éstas e inclusive encuéntrase prohibido en su objeto, **la consecuencia de ello, de ser cierto lo afirmado, no sería otra que la nulidad del vínculo, que no su inexistencia**.

En efecto, si se presentare una causal de nulidad, como que el objeto del contrato se opone a la ley, a mandatos de orden público, se requeriría, para que las cosas regresen a su estado anterior, de sentencia que disponga su invalidación, pues de no ser así, continuaría surtiendo efectos y sería imposible que las partes de la relación jurídica sustancial lo desconocieran.

De acuerdo con lo que enseña la doctrina “*Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado*”

o asistido a él, no produce, sin embargo, y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos, que el negocio existía como supuesto de hecho que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo” (Emilio Betti - Teoría General del Negocio Jurídico - Segunda Edición - Editorial Revista de Derecho Privado Madrid - páginas 251 y 352).

Y de vieja data ha enseñado la jurisprudencia patria (GJ 124, pgs 169-170), a tono con la doctrina universal, que “dentro de la prescripción normativa, la nulidad, cualquiera que sea su clase requiere terminantemente la decisión judicial, con audiencia de quienes fueron parte en el negocio inválido, pronunciamiento que comporta, háyase o no solicitado expresión al respecto, la ruptura del vínculo y la decadencia de todos los efectos finales a que él daba vocación, y cuando se haya ejecutado o empezado a practicar, la retrotracción de las cosas al estado que tenían con anterioridad al negocio”.

La nulidad - enseña el profesor Fernando Hinestrosa - “es una sanción consistente en la privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, mirando tanto al futuro como al pasado. De ahí por qué se diga, más descriptiva que fundadamente, que la nulidad opera retroactivamente, cuando en rigor lo que sucede es que por motivos congénitos, o sea presentes al momento de la celebración del negocio -sin perder de vista la posibilidad de formación sucesiva del *factum negocial*- el negocio se muestra inidóneo para producir efectos y el Estado, por medio del aparato jurisdiccional y de una sentencia declarativa, dispone la privación de todo efecto, comenzando por el propio vínculo negocial y siguiendo con la eliminación de los efectos finales, en cuanto ello sea físicamente factible y no haya un interés específico consagrado por algún precepto, en la conservación de determinado efecto personal o real del acto nulo (p. Ej., arts. 1524, 149, y 1820 del código civil colombiano, y 1468 c.c. chileno)” (Fernando Hinestrosa - Conferencia Eficacia e ineficacia del contrato).

En sentencia C-154 de 1997 por la cual se declaró la exequibilidad del art. 32, numeral 3 Ley 80 de 1.993, se expresó que en el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares “se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución

corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

5. Pero, por si lo anterior fuese poco, desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe:

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

...

3º. Contrato de prestación de servicios. - *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibles la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.

En el caso **subexamine** se demostró que la actora se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de

prestación de servicios (folios 47 a 55 C.2) con el objeto de desarrollar las actividades que se consignaron en las cláusulas primera y segunda. Y es patente que no resulta contrario al ordenamiento jurídico el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones.

Las personas que rindieron declaraciones testimoniales en el proceso dan cuenta de la actividad desplegada por la actora y el cumplimiento de labores específicas, las cuales pueden materializarse a través del contrato de prestación de servicios, entre los cuales pueden figurar, entre otros, como lo ha enseñado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, **vigilancia y aseo** (sent 14 de noviembre/96 Epx 12541). Y *“dicha realidad no configuraría un motivo falso que afectara el acto cuestionado, pues se limita a constatar que objetivamente hubo un contrato de prestación de servicios y que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1.983, reiterado por la nueva ley de contratación estatal (artículo 32, ley 80 de 1.993), que implica la inaplicabilidad de las normas que regulan la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos en materia de prestaciones sociales, porque la demandante no lo fue”* (sent 14 de noviembre/96 exp. 12541).

6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público **por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos**, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores *“relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”*; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir **“el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal”** (sent C-555/94).

Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se de la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias **ad-sustantiam** para que se adquiera la condición de **empleado público**.

Es probable que la administración, en algunos casos, burle ordenamientos superiores y en vez de nombrar a una persona para que ocupe un empleo

público, porque hay vacantes en la planta de personal, celebra con ella contrato de prestación de servicios. En esa hipótesis puede pensarse en la viabilidad de la correspondiente acción que conduzca a la invalidación del vínculo contractual, invalidación que podría decretarse de oficio aunque la acción instaurada no sea la adecuada, caso en el cual el juzgador habrá de examinar el caso concreto y efectuará la valoración de las probanzas que se alleguen para acreditar los hechos que se aduzcan como fundamento de sus pretensiones y determinará las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de la situación. Debe señalarse que en el sub-lite no se alegaron razones de tal naturaleza sino que por hallarse reunidos los elementos del contrato de trabajo previstos en el art 23 del C.S. del T. la situación de la actora era legal y reglamentaria; apreciación que, dicho sea de paso, resulta contradictoria e inadmisibles desde el punto de vista jurídico.

Es factible, sí, que por medio de un contrato de prestación de servicios se pretenda desnaturalizar un contrato de trabajo referente a la construcción y sostenimiento de obras públicas, únicos que pueden darse bajo esta forma contractual con la administración. Si ello ocurre, porque la administración pretende ocultar bajo aquella forma contractual una relación de trabajo subordinada y dependiente, relativa, como se dijo, a la construcción y sostenimiento de obras públicas, la que puede fluir del examen atento de la convención o de las pruebas que evidencien el modo como se ha ejecutado ésta, carecerían, como lo han enseñado al unísono jurisprudencia y doctrina, de jurisdicción para conocer del litigio que se suscite entre las partes de la relación jurídica sustancial los jueces administrativos. Si la demanda se ha incoado ante uno de estos, habría de procederse de conformidad con el mandato que contiene el inciso 3º del artículo 26 del decreto 2304/89, modificado por el 45 de la Ley 446 de 1998, según el cual “En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión”. En eventos tales no se requiere de la previa impugnación del contrato sino que basta el entendimiento que de este tenga el correspondiente funcionario judicial.

(...)

8. Después del examen y rectificación del criterio comentado, se procede a responder lo pretendido por el actor en el presente asunto, así:

Se afirma en el escrito incoativo de la acción que mediante las resoluciones impugnadas se quebrantan los ordenamientos superiores que en el mismo se invocan, “*ya que las labores para las cuales fue contratada mi poderdante –dice el mandatario judicial del actor– se enmarcan dentro de la órbita de una clara **relación de naturaleza legal y reglamentaria**, toda vez que allí se vislumbran claramente los elementos a que hace mención el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, norma esta aplicable al caso que nos ocupa ...*”.

Aprecia la Sala, al romper la inconsistencia del argumento básico expuesto por el demandante, el cual ha sido acogido en fallos proferidos por la sección segunda, como se señaló en párrafos precedentes. En efecto, el artículo 23 del C.S.T., subrogado por el art. 1º de la ley 50 de 1.990 señala los elementos esenciales del **contrato de trabajo** y su texto es el siguiente:

1. “*Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

a) *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.*

b) *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y*

c. *Un salario como retribución del servicio.*

2. *Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.*

Despréndese de lo anterior que se incurre en una confusión manifiesta al pretender el actor que de la existencia de un contrato de trabajo se desprenda una **situación legal y reglamentaria**, lo que resulta, a todas luces, un imposible jurídico, pues los empleos públicos son creados en ejercicio de una función reglada como corresponde en un estado de derecho como el colombiano; y así, el Presidente de la República debe obrar dentro del marco de las normas constitucionales y legales con respecto a la creación, clasificación, nomenclatura de cargos y sistema salarial. Lo propio puede afirmarse de las superintendencias, establecimientos públicos etc. Y la

rama judicial por medio de su autoridad competente, no está exenta de someterse a los mandatos contenidos en la constitución y la ley. De modo que el empleo público (situación legal y reglamentaria) no puede surgir de cualquier modo, ni mucho menos a virtud de una relación contractual, pues, como lo ha explicado la jurisprudencia colombiana, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede llevar a desconocer los elementos esenciales que se exigen para que una persona acceda a la función pública en la modalidad estatutaria (sent. C. 555 de 1.994). Sostener lo contrario, como lo pretende el actor, conduce a desconocer mandatos positivos de ineludible cumplimiento.

Además, se reitera que en relación con la labor desplegada por el actor con motivo del contrato de prestación de servicios, no es posible afirmar que éste oculte una relación contractual de trabajo con la administración, **pues no es atañedora a la construcción y sostenimiento de obras públicas.**

Finalmente, fluye de lo expuesto que no se vislumbra el quebranto al principio de la igualdad, ya que, como se precisó con anterioridad, una es la situación del **empleado público**, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales aquélla no adquiere vida jurídica; elementos que se encuentran consagrados en el art. 122 de la C.P., que dan origen al pago de las prestaciones que corresponden a este tipo de servidores públicos; otra, muy distinta, la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, que no genera relación laboral ni prestaciones sociales; y otra, finalmente, a la que da lugar el contrato de trabajo, que con la administración no tiene ocurrencia sino sólo cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

No puede aspirarse a que los efectos de una figura sean idénticos a los de otra, so pretexto del principio de la igualdad, porque cada realidad es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos; razón por la cual surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse de conformidad con la normatividad pertinente, que no por un mismo rasero, pretendiendo una inexistente semejanza que, de acuerdo con lo expuesto en párrafos precedentes, resulta imposible.

Por último, no se aprecia la falsa motivación que se endilga al acto atacado, pues en verdad la denegación del pago de prestaciones sociales como si la actora hubiese estado involucrada en una situación legal y reglamentaria

se hizo con base en que el vínculo establecido con la administración fue el de un contrato de prestación de servicios, argumento que resulta válido a la luz de las razones que se han expuesto a lo largo de la parte motiva de esta providencia...».

Ricardo Hoyos Duque (salvamento de voto), Alberto Arango Mantilla (salvamento de voto), Camilo Arciniegas Andrade, Germán Ayala Mantilla (salvamento de voto), Tarsicio Cáceres Toro, Reinaldo Chavarro Buriticá María Elena Giraldo Gómez, Alier E. Hernández Enríquez (salvamento de voto), María Nohemí Hernández Pinzón, Filemón Jiménez Ochoa (salvamento de voto), Jesús M. Lemos Bustamante (salvamento de voto), Ligia López Díaz, Gabriel E. Mendoza Martelo, Olga Inés Navarrete Barrero, Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez M. (salvamento de voto), María Inés Ortiz Barbosa, Nicolás Pájaro Peñaranda, Juan Ángel Palacio Hincapié, Darío Quiñones Pinilla (aclaración de voto), Germán Rodríguez Villamizar (salvamento de voto), Ramiro Saavedra Becerra (salvamento de voto), Manuel Santiago Urueta Ayola.

CONTRATO REALIDAD

Principio de la realidad sobre las formalidades relación laboral. No otorga la calidad de empleado público. Pago de derechos a título de indemnización prestaciones. Referente los honorarios del contrato. Prescripción. Conteo del término desde la ejecutoria de la sentencia

19 de febrero de 2009

Radicación: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

...«[El] contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá 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, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, [Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda] dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

(...)

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.

No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).

(...)

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o

tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

(...)

A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “**estabilidad en el empleo**”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

En estas condiciones queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas.

(...)

LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia,[Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.]:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados

públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACIÓN, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.” (Negrilla del Texto)

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “**irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales**”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma

superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.

LA SEGURIDAD SOCIAL

Derechos pensionales

La controversia gira en torno a las razones que expone la Jurisprudencia actual para acceder a una condena parcial en el sentido de ordenar el pago de prestaciones “*ordinarias*”, olvidándose de la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente:

“VALORACION DE DAÑOS. 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.”

En la salvedad de voto frente a la sentencia de 18 de noviembre de 2003, Exp. 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ), se advirtió una inconsistencia de la jurisprudencia, porque a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y aceptar la relación laboral se ha negado a hacerle producir las consecuencias pertinentes.

(-.)

La Sala prohija en esta oportunidad la tesis allí expuesta, porque si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al *sub-lite*, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar.

Sobre el tema de las prestaciones sociales, han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.).

Por tanto, la reparación del daño en el *sub-lite* no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993)

Riesgos Profesionales

En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico.

De las Cajas de Compensación

La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento.

En cuanto al subsidio familiar, este rubro no aparece solicitado dentro de las pretensiones de la demanda, y además la parte demandante no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria de la prestación.

DE LA PRESCRIPCIÓN

(...)

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

(.)

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el *sub-lite* se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.»...

Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

CONTRATO REALIDAD DOCENTE

Alcance de la prescripción de los derechos. Conteo del término desde la terminación del vínculo laboral. Relación laboral. Principio de la realidad sobre las formalidades. Reconocimiento de los derechos tiene el carácter de restablecimiento. Referente de liquidación lo constituyen los honorarios pactados. Sentencia de unificación

25 de agosto de 2016

Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16

...«En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad irrenunciabilidad a los beneficios

mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto

tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, 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.

Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redundante en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que ***“La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*** (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de *iura novit curia*, en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste

en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que “...cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación”, por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración.

(...)

Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá 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 como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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.

3.3.2 Existencia de la relación de trabajo con el Estado (contrato realidad) en la labor docente. En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

(...)

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*”, dispone:

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

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

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

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

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

(...)

[E]l contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “**contrato realidad**” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

(...)

En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, “...*el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo*”

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) “Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos”, (ii) “Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo” y (iii) no “...abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa”.

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación) al prever que *“El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...”*, norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el denominado plan nacional de desarrollo educativo de revisión decenal.

Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y docentes – empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1993 se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994 por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva de los *“docentes-contratistas”* se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y *“... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”*, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con *“Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales”*.

(...)

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala 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.

(...)

3.4.1 Restablecimiento del derecho.

(...)

Resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño*”, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.

(...)

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

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

social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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

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

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

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

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

Carmelo Perdomo Cuéter, César Palomino Cortés, Luis Rafael Vergara Quintero, William Hernández Gómez (con aclaración de voto), Sandra Lisset Ibarra Vélez (con aclaración de voto), Gabriel Valbuena Hernández.

DERECHO LABORAL COLECTIVO

HUELGA EN EMPRESAS DE PETRÓLEOS

Prohibición aunque el servicio no sea público

5 de septiembre de 1950

Radicación: CE-SCA-EXP1950-N0905

Comparte el Consejo la tesis del actor, expuesta a través de sus alegatos, según la cual en las empresas de petróleo, por no ser de servicio público, subsiste el derecho de huelga, y, por lo mismo, no puede regir para ellas la norma que prescribe el arbitraje obligatorio para las organizaciones económicas que sí participan de tal carácter. El artículo 22 de la Ley 21 de 1920 es bien explícito al afirmar que el arbitraje es obligatorio y que la cesación colectiva de trabajo está prohibida, mientras el Tribunal dicta su fallo, en todas aquellas empresas «a las cuales están ligadas la seguridad, la salubridad y la vida económica y social de los ciudadanos», entre las cuales enumera «la explotación de minas de la Nación». Y resulta de la más elemental *sindéresis* concluir que las empresas petroleras son de aquellas a las que están efectivamente ligadas la seguridad y la vida económica y social de los ciudadanos, tanto más cuanto que la misma disposición incluye la explotación de minas de la Nación entre las que tienen dicha calidad. De donde a la vez se sigue que en las empresas petroleras no puede desarrollarse una huelga, y que todo conflicto de carácter social o económico ha de quedar forzosamente sometido a los procedimientos del arbitraje obligatorio de que hablan los estatutos en referencia.

La huelga no es ni debe ser, en síntesis, un procedimiento de última ratio, la finalidad última de la clase que se considere afectada por el desconocimiento de los derechos de que goza en virtud de las leyes o por la negación de una justa reivindicación. De ninguna manera puede ser, como dice el doctor Lozano, «un procedimiento de ataque», ni es tampoco cierto que «como medio de lucha» sea, en definitiva «insustituible». Lejos de ello, un Estado verdaderamente democrático, cuya política social se inspire en

los eternos e inmovibles principios cristianos de respeto por los derechos de la persona humana, que son anteriores a la propia existencia del Estado, buscara siempre prevenir la ocurrencia de las huelgas y conjurar los peligros que de ellas difamen, con la mira de salvaguardar los intereses de la comunidad y hacer efectiva la conservación de la paz social de la justicia, del orden en la vida económica y de la leal cooperación de las clases para el mejor desarrollo de la producción, cuyo progreso, por otra parte, no depende solo de los trabajadores, ni tampoco exclusivamente de los empresarios, pero sí del concurso de ambos. Cuando la huelga se utiliza «para hacer presión en el campo económico» o «con la finalidad de imponer ciertas aspiraciones», los resultados que de tal ejercicio se logran no pueden ser sino inestables, precisamente en razón de la inconsistencia moral de su origen. Nunca el orden social puede ser establecido gracias a procedimientos de fuerza, ni menos el orden económico, que es primordialmente una consecuencia del entendimiento entre las clases, agrupaciones e intereses que concurren al desarrollo con la mira de lograr su mayor estabilidad.

Lo expuesto es suficiente para concluir que los conflictos de carácter social que surjan dentro de una organización económica como las de petróleos, deben quedar sometidos necesariamente a la jurisdicción de tribunales especiales de arbitramento, encaminados a dirimir las diferencias que den lugar al conflicto, desde luego previas las normas de procedimiento que señala el artículo 57 de la Ley 6 de 1945, en armonía con lo dispuesto por el número 22 de la Ley 21 de 1920.»...

*Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez,
Álvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros,
Antonio José Prieto, José Urbano Múnera.*

LEGALIDAD DE LA DECLARATORIA DE HUELGA

Al Ministerio del Trabajo corresponde calificar la legalidad o ilegalidad de una huelga, y a la jurisdicción laboral decidir sobre la juridicidad o antijuridicidad acerca de las peticiones y negaciones que den lugar a un conflicto.

18 de septiembre de 1963

Radicación: CE-SNG-EXP1963-N0918

...«[P]ara que el Ministerio del Trabajo proceda a declarar la ilegalidad de un paro colectivo, no tiene que inquirir previamente sobre la calidad contractual o no contractual de la pretensión laboral, sino atenerse a las exigencias de los artículos 444 y 450 del Código Sustantivo. Por el primero se establece que la Huelga “sea aprobada en votación secreta por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o establecimiento o de la asamblea general del sindicato a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores”, y por el segundo se relacionan los casos de ilegalidad. Estos son los siguientes:

a) Cuando se trate de un servicio público; b) Cuando la huelga persiga fines distintos de los profesionales o económicos; c) Cuando no se hayan cumplido previamente los procedimientos de arreglo directo y de conciliación en forma legal; d) Cuando se declare después de dos meses de terminada la etapa de conciliación; e) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo; f) Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas.

En el caso de la huelga decretada por el Sindicato Nacional de la Industria Vidriera y Similares, el motivo alegado en la providencia que la declaró ilegal, fue el no haber cumplido con los pasos previos del arreglo directo y de conciliación.

(...)

Pero dentro de la tesis de que la intervención ministerial no tiene cabida cuando media un contrato de trabajo, no habría lugar a esa intervención nunca y quedarían sin objeto las disposiciones que la contemplan. Ello porque según el artículo 24 del Código Sustantivo “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Al Ministerio del Trabajo corresponde calificar la legalidad o ilegalidad de una huelga, y a la jurisdicción laboral decidir sobre la juridicidad o injuridicidad acerca de las peticiones y negaciones que den lugar a un conflicto. A la primera autoridad toca no más que revisar un hecho, mientras que es función de la segunda determinar un derecho. En el caso del Sindicato Nacional de la Industria Vidriera y Similares y de la Sociedad “Cristalería Peldar Ltda.”, el Ministerio obró estrictamente dentro de la competencia asignada. No ocurrió, pues, la violación del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, ni de ninguna de las otras disposiciones citadas en la demanda...»

Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Gustavo Arrieta, Alejandro Domínguez Molina, Francisco Eladio Gómez G, Jorge A. Velásquez, Gabriel Rojas Arbeláez.

MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE LOS SINDICATOS

Es atribución exclusiva de la asamblea general

13 de julio de 1992

Radicación: CE-SEC2-EXP1992-N3081

...«[L]a Sala se identifica con el criterio de la Fiscalía y de la parte impugnadora, y solamente quiere agregar, que es cierto que de conformidad con el artículo 376 del C.S.T., modificado por el artículo 16 de la Ley 11 de 1984, es atribución exclusiva de la asamblea general de los sindicatos, la modificación de los estatutos. Sin embargo, también es cierto, que de conformidad con el artículo 387 de la misma codificación, cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, puede admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea. Fue así como en los estatutos del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco se contempló en el Capítulo VI, art. 9o. que “El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco, dado el número de afiliados y la extensión territorial en la cual ejerce su jurisdicción, tendrá dos clases de Asamblea General, así:

- a) Asamblea General de Delegatarios que es la máxima autoridad del sindicato;
- b) Asamblea General de Seccionales que es la máxima autoridad del sindicato, dentro de su jurisdicción.

“PARÁGRAFO: A la Asamblea General de Delegatarios, se le denominará Convención Nacional de Delegados”.

Es bien sabido que la Compañía Colombiana de Tabaco tiene trabajadores en varias ciudades de país, tales como Bogotá, Itagüí, Espinal, etc., que justifica que se de aplicación a lo normado por el artículo en comentario.

Por otro aspecto, entre los varios Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), de la cual Colombia es miembro, se cuenta el distinguido con el No. 87, relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, el cual fue aprobado por la Ley 26 de 1976, y después de efectuarse el canje de ratificaciones, pasó a formar parte de la legislación interna del país, y como tal, modifica tácitamente la legislación existente en lo desfavorable, sin necesidad de proferir otro estatuto que desarrolle las reglas del derecho contenidas en él, y viene así a formar un solo cuerpo con la ley que lo aprueba, y que no puede ser modificado unilateralmente por el país. Esos postulados del Convenio ya se encuentran protegidos por varias normas en desarrollo del artículo 17 de la Constitución Nacional de la época, que decía: “El trabajo es una obligación social y gozará de la protección del Estado”, principio que se reitera en el art. 25 de la nueva Carta Política.

Ahora bien ‘dentro de esa autonomía que otorgan el mencionado Convenio y las normas concordantes de la legislación interna a las organizaciones sindicales, está la de darse sus propios estatutos y reformarlos cuando lo consideren conveniente, y a los cuales han de someter toda su actividad.

Así las cosas, al reformar el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco sus estatutos en la forma como lo hizo, no violó ninguna disposición y, por ende, el acto impugnado que le impartió la aprobación a la reforma se ajustó en consecuencia a derecho, por lo que las súplicas de la demanda han de denegarse»...

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro (Ausente), Álvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno (Ausente).

JORNADA DE TRABAJO

DESCANSO DOMINICAL

Empleador no puede disponer de la fuerza productiva del trabajador el día domingo sin su concurso, so pena de incurrir en las sanciones administrativas que imponga la ley

3 de mayo de 1934

Radicación: CE-EXP1934-N0503

...«El señor Pedro Navarrete demandó ante el Consejo la nulidad de los artículos 17 y 23 del Decreto ejecutivo número 1278 de 23 de julio de 1931, reglamentario de las Leyes 57 de 1926 y 72 de 1931, sobre descanso dominical. El Consejo suspendió provisionalmente el artículo 17 del Decreto referido, del Ministerio de Industrias, en cuanto no excluye de la prohibición de abrir al servicio público en día domingo los establecimientos de patronos, empresarios o comerciantes que no tengan a su servicio más de dos empleados, conforme al artículo 1° de la Ley 72 de 1931, sin que esto implique que dichos empresarios, patronos o comerciantes puedan exigir o aceptar en aquellos días el trabajo de ningún empleado u obrero.

(...)

En efecto, el artículo 1° de la Ley 72 de 1931 dice que la persona que tenga derecho de exigir a otra el concurso de su capacidad profesional o fuerza productiva, no puede exigirlo o aceptarlo en día domingo. La misma disposición establece las sanciones para los que violen este mandato. De manera que si con arreglo a las excepciones que la ley establece, los patronos, empresarios o comerciantes que tengan habitualmente a su servicio uno o dos subordinados o empleados, pueden abrir sus establecimientos el día domingo, eso no los autoriza para exigir de otra persona el concurso de su capacidad profesional en tal día. El párrafo del artículo citado dice cuáles son los casos que quedan exceptuados del trabajo del domingo, y entre ellos no figuran los empleados u obreros de los establecimientos excluidos de la obligación de no abrir en ese día, en favor de los cuales sólo existe la

excepción para que puedan ser abiertos por los patronos, comerciantes o empresarios. Por estas razones, se debe hacer en la sentencia la aclaración que ya hizo la Sala de Decisión al estudiar la suspensión provisional.»...

Román Gómez, Pedro Gómez Naranjo, Nicasio Anzola, Junio Cancino, Víctor Pérez, Pedro Martín Quiñones, Pedro Alejo Rodríguez.

**MODIFICACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO EN EMPRESA
PRESTADORA DE SALUD**

Supremacía del interés general sobre la libertad de cultos y de conciencia

1º de marzo de 2007

Radicación: 25000-23-25-000-2002-08388-01(4807-04)

«...Alega que el hecho de pertenecer a la Comunidad Mesiánica Shalom le impide realizar labores remuneradas los días sábados. (...)

La disposición constitucional (art. 19) es desarrollada en la Ley Estatutaria 133 de 1994, por la cual se garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos, se protege a todas las personas en sus creencias, así como a las iglesias y confesiones religiosas, se facilita la participación de todos en la consecución del bien común y se reconoce la diversidad de credos religiosos.

De tal libertad se desprenden, entre otros, estos derechos: (i) el de profesar un credo religioso o de no hacerlo, pasar de una confesión a otra, manifestarla libremente o abstenerse de expresarla; (ii) el de practicar actos de oración y culto, bien sea en forma individual o colectiva, en privado o en público, a celebrar sus festividades y a no ser molestado en el ejercicio de sus derechos; (iii) el de no ser impedido, por motivos religiosos, para acceder una dignidad privada o pública o para ejercerla; y (iv) el de congregarse con fines religiosos para desarrollar actividades de tal naturaleza (art. 6º *ibídem*).

No obstante garantizarse tales derechos, el ejercicio de la libertad religiosa y de culto encuentra en nuestro sistema unas limitantes, (i) cuando se trata de salvaguardar el derecho de las demás personas en el “ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales” y (ii) cuando se trata de proteger el orden público, concebido éste dentro de las tradicionales nociones de seguridad, salud y moralidad pública, en una sociedad democrática (art.

4º ibídem), obviamente con el propósito de garantizar el interés general (principio finalístico - art. 209 C.P.)

(...)

Ahora bien, de conformidad con los artículos 48 de la Constitución Política y 4º de la Ley 100 de 1993, la seguridad social en Colombia es un servicio público esencial de carácter obligatorio, el cual se encuentra sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Como objetivos del sistema general de seguridad social en salud, además de regular el servicio público relacionado con esta materia, está el de crear condiciones de acceso a toda la población al servicio en todos los niveles de atención (art. 152 Ley 100/93); y como normas rectoras del señalado sistema se encuentran la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la libre escogencia, la autonomía institucional, la descentralización administrativa, la participación social, la concertación y la calidad (art. 153 ibídem).

Autorizado por la Carta Política, el legislador ordinario instituye las empresas sociales del Estado como una categoría especial de entidad pública descentralizada. Su régimen jurídico se encuentra previsto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Su objeto general será la prestación esencial del servicio público de salud y entre sus objetivos específicos se encuentran, entre otros: (i) los de producir un servicio de salud de manera eficiente y eficaz, es decir, que cumpla con las normas de calidad impuestas, contando con personal idóneo, capacitado y dispuesto a su prestación efectiva y (ii) los de atender los servicios de salud que demande la población, en consideración a la disponibilidad de la empresa para ofrecerlos (art. 4º Dcto. 1876/94).

La gestión institucional en materia de salud - misión y objetivos - de las empresas sociales del Estado depende de los diferentes productos, recursos y procedimientos empleados en forma adecuada, coordinada y complementada en cada una de las tres áreas funcionales (dirección, atención al usuario y de logística), esto es, como componentes necesarios e indispensables que armonizan la estructura básica de una entidad de esta naturaleza, en donde el personal responsable del direccionamiento y manejo del servicio resulta de vital importancia para el logro de su cometido estatal de naturaleza especial.

De tal suerte que la no prestación del servicio de salud o su defectuosa asistencia no solo genera responsabilidad en el servidor público sino que igualmente compromete otros derechos que le son consubstanciales a la

comunidad, como es la atención de la salud y las consecuencias que de allí puedan derivarse.

(...)

Al momento de implementarse la jornada de 44 horas semanales de lunes a sábado a los empleados públicos de las Unidades Primarias y Básicas de Atención en Salud - UPAS y UBAS - del Hospital de Usaquén I Nivel E.S.E., mediante la Resolución No.120 del 15 de julio de 1999, y a la fecha de comunicación de tal determinación - 9 de agosto de 1999 (fl. 46 C. 4) -, la señora Yolanda Moreno aún no había hecho manifestación alguna en el sentido de pertenecer a cierta comunidad religiosa. Era consciente entonces de las modificaciones que podría sufrir su relación laboral, en materia de horarios, dado el servicio que se prestaba en las unidades primarias de atención en salud, como ya había ocurrido con anterioridad.

Adviértase que su pertenencia a la “Comunidad Mesiánica Shalom”, según se certifica a folio 2 del cuaderno principal, sólo acontece a partir del mes de enero de 2000, cuando ella se convierte en miembro activo de esa comunidad.

En tratándose de un servicio esencial, como es el de la salud, es posible sacrificar situaciones de menor interés, dadas las circunstancias en que se presenta la tensión pues, aunado a lo anterior, es necesario preservar en este caso aquellos derechos de la comunidad que requiere de especial atención, lo cual se traduce en la supremacía del interés general...».

Alberto Arango Mantilla, Jaime Moreno García, Ana Margarita Olaya Forero.

REINTEGRO AL SERVICIO

REINTEGRO AL CARGO POR ORDEN JUDICIAL

No se requiere una nueva posesión

22 de junio de 1955

Radicación: CE-SCA-EXP1955-N0622

...«[E]n Colombia ningún funcionario podrá entrar a ejercer su cargo sin prestar juramento, o lo que es lo mismo, sin tomar posesión de él. Algo más: de conformidad con el art. 248 del C. P. y M. se impone al individuo nombrado para un empleo la obligación de manifestar, dentro de un plazo fijo, si lo acepta o no, y en el primer caso, la de posesionarse dentro del término legal. La expresión “no podrá entrar a ejercer”, autoriza a pensar que las disposiciones anteriores hacen relación a los requisitos indispensables para entrar en el ejercicio de las funciones, a fin de que el empleo no quede vacante, no se interrumpa la administración y ésta pueda saber si debe hacer o no nuevo nombramiento, pero que nada establecen con relación a las consecuencias jurídicas que debe soportar quien entra al ejercicio de las funciones y desempeña éstas sin antes prestar el juramento exigido.

En el caso de autos, el señor Torres entró al ejercicio de sus funciones y desempeñó éstas en virtud de un reintegro ordenado por la autoridad correspondiente. Todavía más: desempeñó las funciones en cumplimiento de una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada. No le son, en consecuencia, aplicables estas normas que se refieren a los requisitos esenciales para entrar a desempeñar las funciones y no a quienes han desempeñado éstas, sin el lleno de la formalidad del juramento. Precisa, entonces, recurrir a las relacionadas directamente con este problema. Mas no existen en nuestra legislación normas directas sobre el caso, por lo cual, siguiendo un principio universal de derecho, éste deberá resolverse con la aplicación de las que le son análogas.

Entre éstas están el art. 252 del C. P. y M. y el artículo 7º. del C. de P. C., que sí hablan de la omisión del juramento, la primera en forma expresa y

la segunda en forma que se sobreentiende. Conforme a estas disposiciones, la omisión del juramento no anula los actos del empleado respectivo, ni lo exime de responsabilidad y se establece que para el caso de los Magistrados y Jueces, basta el simple ejercicio de las funciones para presumir, y presumir de derecho, lo que vale decir que no admite prueba en contrario, que son válidos los actos ejecutados por tales empleados. Coordinando estas normas con las anteriormente citadas, cabe concluir que si bien nuestra legislación establece como tesis general y requisito indispensable la formalidad de la posesión para el normal ejercicio de todo empleo oficial, también le otorga validez excepcional al ejercicio que se haga de las funciones inherentes a un cargo, aun cuando su titular haya pretermitido tal formalidad. Claro que esta es la excepción, pero en todo caso es una excepción contemplada por la ley. Que esta es la interpretación mas sensata se deduce del principio general de que los derechos y las obligaciones son correlativos, y sería aberrante y ajeno a toda noción de justicia, que si al empleado que ha dejado de tomar posesión se le exige íntegra la responsabilidad por el ejercicio de las funciones, no se le reconociera igualmente la plenitud de los derechos que pueda derivar de ese ejercicio. Por eso las disposiciones establecen que sus actos son válidos; porque se trata de casos excepcionales y porque el derecho acepta que puede haber excepciones a toda norma general.

Esta interpretación se ajusta también a las nociones que sobre la investidura de sus funciones enseñan los tratadistas para los empleados públicos. El profesor Gastón Jeze, citado por el apoderado del demandante, enseña que el acto por el cual un individuo es nombrado para desempeñar un cargo público, es un acto condición que crea una situación jurídica e impersonal con la que se inviste a aquél, y de allí concluye que cuando se nombra o elige a una persona, esta queda de inmediato investida provisionalmente de la función, sin que haya de preocuparse por la aceptación (Tomo II, 2, pág. 31). Y si es el nombramiento el que como acto primordial faculta para ejercer las funciones, la posesión, si también acto, es secundario con respecto a aquel y esta calidad de secundario justifica que en casos excepcionales se sacrifique ante el nombramiento.

(...)

Como el reintegro fué ordenado como una consecuencia natural de la nulidad, también decretada, del acto que retiró al señor Torres del servicio, y la nulidad devuelve las cosas al estado que antes tenían, es jurídico concluir que no es necesaria. En virtud del reintegro no puede decirse que se haya

producido una situación jurídica nueva, distinta a la anterior. Precisamente con la nulidad del acto ilegal no se hace sino considerar a éste como si nunca hubiera existido y no se persigue sino restablecer la situación anterior, borrando, por así decirlo, lo que había sido ilegalmente ejecutado.

(...)

Para terminar, no puede tampoco la Sala dejar de observar que del hecho de que un Sub secretario pueda en un momento determinado reemplazar al Secretario, no podría deducirse que se trata de un funcionario con jurisdicción, pues la que ejerciera en tal circunstancia, la ejercería como y en su carácter de Secretario, hecho para el cual sería necesario un nuevo acto que lo investiera de las funciones naturales de éste.

En el caso en estudio, ni siquiera se ha insinuado que el señor Torres hubiera reemplazado al Secretario en ningún momento; pero de haberlo hecho, la transitoriedad de sus funciones no podría perjudicarlo en sus derechos de empleado escalafonado, y en todo caso, se tiene en cuenta que en el momento del despido el señor Torres no estaba encargado del cargo de Secretario sino en ejercicio de sus naturales funciones de Sub secretario...»

Rafael Rueda Briceño, Manuel Buenahora, Daniel Anzola Escobar, José Enrique Arboleda V., Rafael Marriaga, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto.

**REINTEGRO AL SERVICIO DE EMPLEADO SUSPENDIDO
POR ORDEN JUDICIAL**

*Reconocimiento del pago de salario y prestaciones sociales del tiempo en que
estuvo separado del servicio*

10 de marzo de 1972

Radicación: CE-SEC2-EXP1972-N0310

Las autoridades administrativas están en la obligación de suspender a un empleado que se halle en el ejercicio de sus funciones, cuando así se le solicite para efectos de cualquier investigación penal, como sucedió en el caso de autos. De manera que el Ministerio de Educación apenas cumplió con su deber al expedir la Resolución número 1713 de 1961, por la cual suspendió transitoriamente al demandante.

Pero esta medida no puede ser indefinida. Termina ella tan pronto culmina la investigación respectiva, pudiéndose presentar, entonces, dos casos, a saber: si el funcionario suspendido es condenado, la suspensión, hasta ese momento vigente, desaparece y debe, de inmediato, ser destituido del cargo que ocupaba. Pero, si, en cambio, como sucedió en el caso sub iudice, al empleado suspendido no se le comprueban los cargos y se ordena cesar todo procedimiento por hallarse prescrita la acción, como consta en las sentencias de primera y segunda instancia del juicio que se examina, entonces la Administración pública está obligada a restablecerlo en el cargo y a pagarle los sueldos y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo en que estuvo separado del servicio. Es esta la consecuencia lógica que resulta del hecho de no comprobársele al funcionario los cargos que sirvieron de fundamento para decretar su suspensión transitoria, pues proceder en otra forma sería inequitativo e injusto. Por tal razón, el Ministerio de Educación Nacional al expedir la Resolución número 3926 del 31 de Agosto de 1970, mediante la cual levantó la suspensión al señor Acosta

Gómez, y ordenó su reintegro al puesto que desempeñaba anteriormente, cumplió con una obligación moral y legal.

Sin embargo, como se afirma en el libelo, la providencia del Ministerio sólo restableció en parte, el claro derecho del empleado reclamante, pues además de ordenar su reintegro, ha debido disponer en ella el reconocimiento y pago al actor de lo dejado de percibir con motivo de la suspensión adoptada.

Por ello, el demandante pide ahora que se le reconozcan y paguen los sueldos, primas, emolumentos y prestaciones, con retroactividad de tres años a la fecha de su solicitud de reintegro. No obstante, la Sala considera que dicho pago solamente puede ordenarse a partir de la fecha en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ocaña, confirmó la sentencia de primera instancia, o sea el 13 de Abril de 1967, según consta en el Certificado que obra a folio 13 del expediente.

En cuanto a la solicitud de que se declare que para efectos de prestaciones legales no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por el actor desde la fecha en que fue separado hasta aquella en que efectivamente se le reintegró, la Sala estima que es procedente, por cuanto, en realidad, la suspensión transitoria, como su sentido lo indica, no lo separa definitivamente del servicio, y en consecuencia, si el resultado final de la investigación que dio origen a aquélla le fue favorable, quiere decir, que su situación laboral, frente al Estado, debe retrotraerse a la fecha en que fue separado del servicio antes citada, o sea aquella en que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ocaña, la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de esa misma ciudad, para efectos de resarcirle al demandante, los graves perjuicios económicos que sufrió con la prolongada suspensión en el ejercicio del cargo que venía desempeñando como funcionario dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

*Álvaro Orejuela Gómez, Eduardo Aguilar Vélez,
Nemesio Camacho Rodríguez, Rafael Tafur Herrán.*

REINTEGRO AL SERVICIO DE FUNCIONARIO PENSIONADO

Compatibilidad de sueldo y pensión de jubilación si sumados no superan el valor de \$1.600.00 Excepción a la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público

27 de agosto de 1975

Radicación: CE-SCA-EXP1975-N0827

«...El artículo 64 de la Constitución prescribe que “nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes”, entendiéndose por “Tesoro Público el de la Nación, los departamentos y los municipios”. La ley determina las excepciones, tanto para las personas vinculadas al servicio de la Nación, los establecimientos públicos nacionales y las empresas comerciales e industriales del Estado, como para las que actúan en las correspondientes entidades locales, a saber:

Los artículos 29 modificado por el artículo 1 del Decreto-ley número 3074 de 1968 y el 31 del Decreto-lev número 2400 de 1968, 30 v 31 del Decreto-ley número 3135 de 1968. 76 v 77 del Decreto 1848 de 1969, 119 a 122 del Decreto 1950 de 1973, el Decreto-ley 1713 de 1960 y la Lev 1ª de 1963 determinan el régimen de las incompatibilidades en el orden nacional, sobre la base de disponer. como un principio esencial, que para gozar de pensión de jubilación o de vejez se requiere que el beneficiario se retire del servicio, al cual no puede ser reintegrado. Excepcionalmente se permite el reintegro, en los casos específicamente señalados por el artículo 29 del Decreto-lev número 2400, modificado por el artículo 1º del Decreto-ley número 3074 de 1968: y, además, el Gobierno puede establecer dos clases de excepciones: en relación con la obligación de retirarse del servicio para gozar de la pensión de jubilación y con la prohibición de reintegrar al jubilado en el mismo. Estos dos últimos casos, que por activa implican la posibilidad de que se perciban

al tiempo sueldo v pensión, se rigen por las normas pertinentes del Decreto-ley número 1713 de 1960, modificado, en cuanto al máximo permisible, por el artículo 6° de la Ley 1ª de 1963;

El Decreto-lev número 1713 de 1960, modificado en la forma indicada por la Ley 1ª de 1963. fundamentalmente regula las incompatibilidades de los empleados y trabajadores seccionales, sobre la base de la expresada prohibición constitucional y de las excepciones que consagra, entre las cuales se cuenta la del artículo 1º, letra c), modificado por el artículo 6º de la Ley 1ª de 1963, que permite percibir concurrentemente sueldo y pensión hasta el límite de \$ 1.600.00;

La prohibición de sobrepasar la suma indicada constituye, como afirma el Tribunal, una incompatibilidad en relación con la remuneración, según los propios términos del transcrito artículo 64 de la Constitución, con el fin de impedir que la vinculación a la administración se torne en un ingreso excesivo, casi en un privilegio, en favor de unas pocas personas. De ahí que sea posible escoger entre sueldo y pensión y renunciar, en todo o en parte, a cualquiera de ellos para poder dar cumplimiento al precepto que se comenta, so pena de que quien lo infrinja deba reintegrar el excedente, como prescribe el artículo 10 del Decreto-ley 1713 de 1960. Pero la ley no prohíbe como parece afirmar el actor, designar para un cargo a quien ya esté jubilado o, en general, pensionado, sino percibir, a manera de un efecto tangible en un guarismo, suma mayor de la permitida; de donde se sigue que, por el aspecto que se comenta, no es posible que un acto de elección o nombramiento, en sí mismo considerado, sea violatorio de las normas que regulan la incompatibilidad de que se trata, sino que el elegido o el nombrado periódicamente las infrinja al recibir mensualmente, excediendo el límite legal, la pensión y el sueldo.

El actor invoca como infringidos los artículos 29 del Decreto-ley número 2400, modificado por el artículo 1º del Decreto-ley número 3074 de 1968, 78 del Decreto número 1848 de 1969 y 121 del Decreto número 1950 de 1973. Pero, como expresa el señor Fiscal 4º del Consejo de Estado, estas normas se refieren a los empleados nacionales, no a los municipales, como lo es el Alcalde de Buenaventura. Pero en la hipótesis de que sí fueran aplicables al caso, el acto acusado no las habría violado, porque la incompatibilidad alegada, de existir, no provendría del acto de nombramiento de Alcalde, sino del hecho de recibir conjuntamente, extralimitando la ley, pensión y sueldo por cuantía superior a la permitida por la ley; y, además, porque, como se

demonstró, el señor Patricio Olave Angulo paladinamente renunció al sueldo correspondiente al cargo de Alcalde de Buenaventura y consta, sin que se hubiera demostrado lo contrario, que ha dado cumplimiento a su anunciada promesa...».

Álvaro Orejuela Gómez, Presidente; Osvaldo Abello Noguera, Eduardo Aguilar Vélez, Alfonso Arango Henao, Nemesio Camacho Rodríguez, Alfonso Castilla Saiz, Jorge Dávila Hernández, Carlos Galindo Pinilla, Juan Hernández Sáenz, Miguel Lleras Pizarro, Bernardo Ortiz Amaya, Humberto Mora Osejo, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez, Gustavo Salazar Tapiero, Rafael Tafur Herrán.

**INDEMNIZACIÓN ESPECIAL POR REINTEGRO AL SERVICIO DE EMPLEADA
DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DECLARADA INSUBSISTENTE
EN ESTADO DE EMBARAZO**

No procede descuentos por las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones en otra entidad pública durante el transcurso del proceso. Doble asignación del tesoro público

28 de agosto de 1996

Radicación: CE-SP-EXP1996-NIJ638

...«Es sabido que la protección en la estabilidad en el empleo para las mujeres trabajadoras tiene su origen, en el orden internacional, en el convenio N° 3, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en el mes de junio de 1921, revisado por el N° 103 en el año de 1952.

Estos convenios han tenido una gran trascendencia y han influido notoriamente en nuestra legislación positiva en las ocasiones en que se ha regulado el tema de la maternidad. De igual manera, son significativas las Recomendaciones N° 12 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo, relacionadas con la protección antes y después del parto para las mujeres empleadas en la agricultura, y con el descanso por maternidad.

Nuestro ordenamiento legal protege la maternidad de manera especial, dadas sus implicaciones en la vida y desarrollo del ser humano. Este amparo arranca en Colombia con la expedición de la Ley 53 de 1938, que consagró como derechos de la mujer, entre otros, la licencia remunerada de ocho (8) semanas, la prohibición de su despido al trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización de sesenta (60) días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa durante los períodos comprendidos entre los tres (3) meses anteriores y posteriores al parto, y por último la licencia remunerada de dos (2) a Cuatro (4) semanas en caso de aborto o parto prematuro de acuerdo con la prescripción médica. Posteriormente, se extendió con los decretos 2350 de 1938, 13 de 1967, 995 de 1968 y las

Leyes 73 de 1966, 27 de 1974 y 50 de 1990; en el sector público, mediante el decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969 se estableció el llamado “fuero de maternidad”, que consagra la presunción legal de que el despido se considera ocasionado por motivos de embarazo o lactancia cuando se produce dentro de determinadas épocas previstas en las normas y el empleador dispone el retiro de la trabajadora sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de las vinculadas por contrato de trabajo; o sin providencia debidamente motivada, en el evento de las que tienen una relación legal y reglamentaria con el organismo oficial respectivo. Asimismo, la Ley 50 de 1990 amplió la protección que ya le había dado a la “madre adoptante” a través de la Ley 24 de 1986.

La Carta Fundamental de 1991 le dio rango constitucional a una serie de principios tuitivos, encaminados a proteger a la familia, la niñez y la mujer embarazada. En el artículo 42, v. gr., dispone que el Estado y la Sociedad deben garantizar la protección integral de la familia; el 43 estatuye que la mujer gozará, durante el embarazo y después del parto, de la especial asistencia y protección del Estado y recibirá un subsidio alimentario de éste si para entonces estuviese desempleada o desamparada.

(...)

Debe recordarse además, que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 dispone en su inciso 1° que la empleada pública solo puede ser removida mediante “resolución motivada del jefe respectivo del organismo” durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto; y en el inciso 2° consagra la presunción de “que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece”. A su vez, el artículo 40 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, —presunción de despido por embarazo—, repite estas previsiones.

Esto es, que en regularmente los actos administrativos de remoción se presumen legales, o lo que es igual, están amparados por la “presunción de legalidad”. Empero, en esos casos excepcionales como el de la empleada en estado de embarazo o lactancia, esa presunción se invierte; o sea, que en este supuesto se presume que el acto es ilegal si se profiere “sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal”. Adicionalmente, estos mismos ordenamientos prevén una indemnización especial de sesenta (60) días de salario, fuera de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar.

Por consiguiente, en esta hipótesis la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de la administración.

(...)

En ese orden de ideas, es evidente que el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, no hace sino repetir lo ya establecido en la Ley 53 de 1938, Artículo 3o. y en el artículo 2º de la Ley 197 de 1938 que lo modificó, normas estas aplicables en todos los órdenes. Ciertamente, resultaría exagerado rigorismo no proteger los derechos de la actora por haber citado solamente las disposiciones del orden nacional, decretos 3135 de 1968 y su reglamentario 1848 de 1969, pues como ya se aclaró, son aplicables en el ámbito territorial.

(...)

Debe añadirse, también, que en su contestación de la demanda (el Municipio no niega el estado de embarazo de la actora al momento del retiro, sino que parece confundir dicha situación con la del aborto, pues invoca la norma que tiene que ver con esta situación y señala que la doctora Vanegas Castro no se encontraba dentro de esa hipótesis; y luego agrega que la empleada no estaba inscrita o escalafonada en carrera administrativa y por ello hizo uso de la facultad discrecional para removerla sin motivación de ninguna clase. Esta conducta procesal de la entidad oficial demandada, naturalmente debe tenerse en cuenta junto con los demás elementos probatorios que obran en el expediente, pues que denota la inexistencia de motivos razonables y válidos para desvincular a la demandante.

Por tanto, se concluye que la desvinculación por insubsistencia no se produjo en aras del logro del buen servicio público sino por causa del estado de gravidez, conducta que como ya se analizó configura una clara y evidente desviación de poder y por ende, genera la nulidad del acto impugnado, particularmente en cuanto la demandante gozaba de un amparo especial para permanecer en su empleo.

(...)

De otra parte, la Sala Plena rectifica la tesis que venía siendo mayoritaria en la Sección Segunda en lo que hace con la orden de efectuar descuentos en casos como éste, por las siguientes razones:

a. Las sumas a las que se condena a la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia las prestaciones y los salarios dejados de

percibir entre las fechas de desvinculación y reintegro no tienen el carácter de otro “empleo público” u otra asignación que provenga del “tesoro público” , sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le genera a la demandante.

b. Nada impide recibir el sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. En efecto, es lícito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos , y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la de 1991.

c. Ciertamente, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena esta sentencia como consecuencia del reintegro de la actora tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo que la desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios y prestaciones que se pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público con el Estado tiene su fuente en la prestación laboral del servicio y constituyen la remuneración por esa actividad personal; en el primer evento se trata de una ficción que se desarrolla a través de una equivalencia, mientras que en el segundo si se cumple una relación de trabajo completa.

d. Fuera de lo anterior, es menester destacar que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicación analógica. De suyo, el juez no puede crear normas y ordenar dichos descuentos en la parte resolutive significa crear una disposición no prevista en esos términos en la Carta Fundamental ni en la ley.

e. Por el contrario, es incuestionable que en el caso del ejercicio de un empleo sus emolumentos deben estar previstos en el rubro correspondiente al Presupuesto, —el de gastos—, según lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política. Mientras que las condenas que se imponen a través de la sentencia judicial constituyen un crédito que se incluye en otro rubro del mismo —el de créditos Judiciales— por mandato del artículo 346 del mismo Estatuto Superior. Es decir, que su naturaleza es diferente, sin la menor duda.

f. En el mismo sentido, obsérvese que el artículo 235 del Decreto 1222 de 1986 —Código de Régimen Departamental— dispone que los departamentos “repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales del funcionarios, el valor de las indemnizaciones que se hubiere pagado por esta causa”. Asimismo, los artículos 102 y 297 del Decreto 1333 de 1986, ya traído a colación, contienen una redacción similar y hablan de ‘indemnizaciones’. O sea, que el propio legislador ha dejado sentado que estos pagos son indemnizaciones y no una “segunda asignación”.

g. De idéntico modo, cabe hacer énfasis en que el artículo 78 del C.C.A., previo la figura de la “responsabilidad conexas”, lo que significa que si el funcionario responsable de la remoción legal es obligado al pago de las condenas no podría hablarse tampoco de un empobrecimiento del Estado. Y de otro lado, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, al disponer que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, individualmente refuerza el carácter indemnizatorio de las condenas correspondientes, a la par que establece en su inciso segundo la opción de repetir contra el funcionario responsable.

h. Así las cosas, es ostensible que no son procedentes los descuentos por razón de cualquier relación legal y reglamentaria que hubiese tenido la demandante durante el lapso en que permanezca fuera de la entidad demandada, y que haya dado lugar al pago de salarios y prestaciones por su trabajo real y efectivo.

(...)

Los lineamientos que siguió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no sólo son semejantes a los que trae a colación la providencia transcrita en cuanto a la relación del actual artículo 128 de la Constitución Política, sino que hacen mayor claridad porque su texto reza que “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ...”, y en este caso es diáfano que el favorecido con la sentencia no estaría desempeñando al mismo tiempo dos empleos, pues no podría llegarse al extremo de tener la declaración de que no existe solución de continuidad, que es una mera ficción, con el mismo alcance y contenido de la prestación real y efectiva del servicio en un cargo. La ficción no es más que una apariencia de realidad, aunque con efectos jurídicos, que se utiliza como se dijo atrás para poder

aplicar una equivalencia en lo que hace con la determinación y tasación de los elementos que integran al restablecimiento del derecho.»...

Daniel Suárez Hernández, Presidente; Joaquín Barreto Ruíz (Salvamento de voto), Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza, Germán Ayala Mantilla, Carlos Bentancur Jaramillo, Jesús M. Carrillo Ballesteros (Salvamento de voto parcial), Julio E. Correa Restrepo, Miren de la Lombana de Magyaroff, (Salvamento de voto), Javier Díaz Bueno, Silvio Escudero de Castro, Clara Forero de Castro (Salvamento de voto), Delio Gómez Leyva, Amando Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas (Salvamento de voto), Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez (Salvamento de voto), Consuelo Sarria Olcos (Salvamento de voto), Manuel, Santiago Urueta Ayola (Salvamento de voto).

**INDEMNIZACIÓN POR REINTEGRO AL CARGO DEL EMPLEADO
RETIRADO DEL SERVICIO POR SUPRESIÓN DEL CARGO**

No procede descuentos por las sumas recibidas por concepto de salarios y prestaciones en otra entidad pública durante el transcurso del proceso. Doble asignación del tesoro público

29 de enero de 2008

Radicación: 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ)

...«[L]a Sala se abstendrá de ordenar el descuento de lo percibido por la actora por concepto de salarios recibidos de otras entidades públicas, rectificando así el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, por las siguientes razones:

Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del gramo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal,

vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc..

Finalmente, como en este caso la demandante recibió una indemnización como consecuencia del retiro por ostentar derechos de carrera, la entidad demandada deberá descontar su monto, debidamente indexado, del total de las condenas aquí impuestas. La indemnización recibida compensaba el perjuicio inferido por el retiro que se presumía legal y aquí lo que se ordena pagar es el daño causado tras comprobar la ilegalidad del acto de retiro, por ello no puede aceptarse que no es posible ordenar su reparación por cuanto la demandante recibió ya la indemnización pero sí debe descontarse de la reparación ahora ordenada la suma recibida por la supresión del cargo...»

Ligia López Díaz Vicepresidenta, Camilo Arciniegas Andrade, Susana Buitrago Valencia, Ruth Stella Correa Palacio, Mauricio Fajardo Gómez, Enrique Gil Botero, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Myriam Guerrero de Escobar, María Nohemí Hernández, Filemón Jiménez Ochoa, Jesús María Lemos Bustamante, Jaime Moreno García, Alejandro Ordóñez Maldonado, María Inés Ortiz Barbosa, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Juan Ángel Palacio Hincapié, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Héctor j. Romero Díaz (Ausente), Mauricio Torres Cuervo, Martha Sofía Sanz Tobón, Ramiro Saavedra Becerra, Alfonso Vargas Rincón , Marco Antonio Velilla Moreno (Ausente).

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

SANCIÓN DISCIPLINARIA IMPUESTA POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA A CONSEJEROS DE ESTADO

*El Ministro de Justicia no tiene poder jerárquico alguno sobre el Consejo de Estado
ni sobre los miembros de esa corporación*

18 de septiembre de 1961

Radicación: CE-EXP1961-N0918

...«En el negocio estudiado no opera la excepción establecida en el artículo 73, por la sencilla razón de que el Ministro de Justicia no tiene poder jerárquico alguno sobre el Consejo de Estado ni sobre los miembros de esa corporación. De consiguiente, no se puede hablar en ese caso de correcciones disciplinarias. Además, dichos funcionarios están amparados por un período constitucional que los hace inamovibles mientras éste no termine. No puede aceptarse, pues, la excepción de incompetencia alegada por el señor Agente del Ministerio Público.

Nuestro sistema constitucional reposa sobre el principio básico de la separación de las funciones asignadas a los órganos del poder público, y del cumplimiento de ellas con un propósito de armónica colaboración (artículo 55 de la Carta). Dentro de este criterio se señala a cada una de las ramas la órbita de su competencia, se establecen los límites de su autonomía y se indica el campo de su recíproca colaboración. La soberanía emana de la Nación y se ejercita por el Congreso, el Gobierno y los Jueces en un plano de igualdad. No hay relaciones de dependencia y subordinación de un órgano con relación a los otros, ni poder jerárquico, ni recíprocas facultades disciplinarias.

La armónica colaboración entre el Presidente de la República y la rama legislativa se desarrolla mediante el ejercicio de las potestades constitucionales de abrir y cerrar las sesiones ordinarias de las Cámaras, convocarlas a sesiones extraordinarias, presentarles mensajes, informes y proyectos de ley y prestarles el apoyo que requieran (artículo 118). De idéntica

manera, la cooperación del Jefe del Gobierno con el órgano jurisdiccional consiste en ordenar la acusación de los funcionarios públicos por infracción de la Constitución o de las leyes: o por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, en conceder indultos, en enviar temas para la elección de Procurador General de la Nación, y en velar para que en toda la República “se administre pronta y cumplida justicia, prestando a los funcionarios judiciales. ... los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias” (artículo 119).

Así, pues, las funciones constitucionales que tiene el Presidente de la República con relación al Congreso y a los Jueces se desenvuelven en un plano de igualdad jurídica que descarta toda idea de poder jerárquico, de subordinación y dependencia y de potestad disciplinaria. El fenómeno es totalmente diferente en tratándose de las relaciones internas del órgano administrativo. En el artículo 120 aparece a primera vista el concepto de jerarquía y de supeditación. No podía ser de otra manera, ya que resultaría inadmisibles que fueran subalternos del Jefe del Gobierno los funcionarios encargados de juzgar sus delitos y la legalidad de sus actos administrativos.

Dentro de un régimen constitucional de esa naturaleza, sería una extravagancia jurídica sostener que el gobierno tiene poder jerárquico y facultades disciplinarias para sancionar a los senadores, representantes y jueces, o que el Ministerio de Justicia pueda ejercer el “control del funcionamiento del órgano Judicial”, como lo pretende la Ley 68 de 1945. La Constitución sólo autoriza al Presidente de la República para que, dentro de un propósito de armónica colaboración con la rama jurisdiccional del poder público, vele para que se administre justicia, mediante el apoyo que debe prestarle para hacer cumplir sus decisiones. Pero de esa potestad expresa no se puede inferir que se le haya otorgado la atribución de controlar el funcionamiento de un órgano autónomo, y sin relación alguna de dependencia y subordinación con respecto al gobierno.

(...)

Del simple cotejo de los preceptos constitucionales estudiados con la disposición transcrita se infiere que esta última es ostensiblemente contraria a los mandatos de la Carta e incompatible con ellos. El estatuto fundamental niega al Ministro de Justicia o a cualquier otro funcionario del órgano administrativo, inclusive al Presidente de la República, los poderes necesarios para tomar esa clase de medidas disciplinarias. Esa la razón para que el Consejo de Estado, en acatamiento del artículo 215 de la Constitución,

no pueda dar aplicación en este caso, al aludido decreto. Cuando el Ministerio de Justicia considere que un funcionario de la rama jurisdiccional ha incurrido en mora, negligencia, mala conducta o en manifiestas irregularidades, debe enviar las diligencias respectivas al superior inmediato del juez o magistrado para que éste imponga la sanción. Si el inculpado es un Consejero de Estado, la decretará la corporación en pleno si la juzga legal, y si es un Magistrado de la Corte, se procederá en idéntica forma. Es este el único procedimiento que se ajusta a los cánones constitucionales.

Pero aun admitiendo, con un elástico y benévolo criterio interpretativo, que el artículo del decreto glosado no es incompatible con los mandatos de la Carta fundamental, sería forzoso llegar a la conclusión de que los actos administrativos enjuiciados violan flagrantemente la norma en que pretendieron apoyarse. Basta considerar para ello que esa regla inconstitucional solo autoriza al Ministro de Justicia para imponer multas hasta la suma de \$100.00. Se estableció así un límite que en ningún caso se puede desbordar. En parte alguna de ese ordenamiento se faculta para decretar multas sucesivas, y mucho menos para imponer a un funcionario una pena de \$100.00 por cada día. Una sanción de esta naturaleza es a todas luces exorbitante y va mucho más lejos de los límites señalados por el reglamento que se analiza.

Ciertamente que la situación planteada en el seno del Consejo de Estado era de bastante gravedad y que se imponía la necesidad de solucionarla. Pero para tales casos la ley indica los procedimientos adecuados a seguir. Si el gobierno estimaba que el demandante estaba infringiendo la Constitución o las leyes, podía acudir a la facultad que le otorga el artículo 119, numeral 39, de la Carta, ordenando a los agentes del Ministerio Público que adelantaran la acusación contra el funcionario.

Las facultades otorgadas por la Constitución Nacional al órgano ejecutivo para velar por una eficiente administración de justicia en toda la República, no pueden interpretarse en el sentido de que se le hayan concedido atribuciones para “controlar” el funcionamiento de la rama jurisdiccional. Semejante apreciación sería ostensiblemente contraria a las orientaciones generales de nuestra Carta política, al principio de la separación de las funciones, y al de la independencia de los jueces.»...

Alejandro Domínguez Molina, Carlos Gustavo Arrieta, Francisco Eladio Gómez, Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D, Ricardo Bonilla Gutiérrez.

SUSPENSIÓN DE FUNCIONARIO DE CARRERA

Si el Jefe del organismo administrativo no decide en definitiva sobre la situación del funcionario suspendido, dentro del plazo de tres meses a partir de la fecha de la suspensión provisional, no puede sancionarlo por las faltas a sus deberes profesionales

25 de agosto de 1964

Radicación: CE-SCA-EXP1964-N0825

...«Una de las características fundamentales de la Carrera Administrativa es la de que los empleados inscritos en ella, están sometidos a un régimen disciplinario especial “que se inspira en un criterio que garantiza los derechos del empleado y que consulta al propio tiempo las conveniencias de la Administración”. El Estatuto determina así cuales son las sanciones disciplinarias, quien tiene el poder disciplinario y los procedimientos a que se sujeta la imposición de las sanciones. El Estatuto no deja, pues, el ejercicio del poder disciplinario al capricho o arbitrio de cualquier superior jerárquico, sino que lo somete a reglas que protegen los derechos del empleado contra los desmanes o excesos que pueden encubrirse bajo el disfraz del mejoramiento del servicio público que es lo que justifica la aplicación de la sanción disciplinaria.

Las sanciones disciplinarias que contempla el Decreto Ley 1732 de 1960 “sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa”, en su artículo 112, van desde las simples amonestaciones y multas (letras a), b) y c) hasta “la suspensión en el ejercicio del cargo hasta por dos meses sin derecho a remuneración y “la destitución o revocación del nombramiento” (letras d) y e). Las primeras y la suspensión hasta por 10 días, las puede imponer “el Jefe del organismo administrativo” o “los Jefes subalternos que hubieren recibido delegación”, “en los casos de faltas en el desempeño de las funciones o de actitudes reprochables que solo impliquen inobservancia leve de los deberes y prohibiciones a que se refiere el Capítulo 3o., del Decreto” (Art. 117). Las sanciones más graves o sean la de suspensión por más de 10 días y la de

destitución “solo pueden ser aplicadas por el propio Jefe del organismo administrativo, previo concepto de la Comisión de Personal respectiva” (Art. 118) y mediante el procedimiento que señalan los artículos 119 a 129.

(...)

[S]on cosas diferentes la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo que establece el literal d) del artículo 112 del Decreto Ley y la medida de suspensión provisional de que tratan los artículos transcritos del mismo Decreto Ley. Y no se requiere hacer esfuerzos de razonamiento para advertir las diferencias, pues basta observar que la sanción de suspensión puede ser “hasta por dos meses”, y los efectos de la suspensión provisional se prolongan “mientras se surten los procedimientos disciplinarios”, pero no puede ella durar más de tres meses; que la sanción aplicable, habiendo suspensión provisional, puede ser la de amonestación a que se refieren los literales a) y b) del artículo 112, la de multa establecida en el literal c) de este mismo, o la “de suspensión por término inferior al de la suspensión provisional”, como lo prevén los artículos 131 y 132.

[A]parece fundado el cargo de violación del artículo 131 del Decreto ley y para la Sala este es motivo suficiente para anular el Decreto de insubsistencia, porque dados los términos de dicho precepto, si el Jefe del organismo administrativo no decide “en definitiva sobre la situación del funcionario suspendido, dentro del plazo improrrogable de tres, meses, a partir de la fecha de la suspensión provisional”, no puede sancionarlo por las faltas a sus deberes profesionales que dieron lugar al procedimiento disciplinario. La norma mencionada no otro significado puede tener cuando dice que vencido ese término sin que se produzca la decisión definitiva, “la suspensión se reputará infundada, y el funcionario recobrará ipso-facto el derecho al ejercicio de sus funciones, a la plenitud de sus prerrogativas y a que se le sea devuelto el sueldo retenido durante el tiempo de la suspensión”.

Y, como la suspensión provisional del señor Padilla Jiménez se dictó el 11 de marzo de 1961 y el Decreto de insubsistencia solo se profirió el 16 de junio siguiente, o sea cuando ya estaba vencido el plazo improrrogable de tres meses que para decidir definitivamente sobre la situación del suspendido, establece perentoriamente el Estatuto de la Carrera Administrativa, debe concluirse que la sanción de insubsistencia se dictó con flagrante violación del artículo 131 citado y que, por tanto, el Decreto acusado debe ser anulado para restablecer al actor en los derechos que le fueron conculcados con su expedición.

(...)

Se debe observar sí, que la ilegalidad del Decreto de insubsistencia del nombramiento no hace ilegal la resolución de suspensión provisional. Ya se vio que la acusación formulada contra este, carece de fundamento. Otra cosa es que por mandato del artículo 131 del Decreto Ley debe tenerse como infundada la suspensión y reconocerse que el señor Padilla recobró al vencerse los tres meses de haberse dictado la medida, el derecho a ejercer el cargo, a la plenitud de sus prerrogativas como funcionario de Carrera y a la devolución del sueldo retenido durante el tiempo de tal suspensión. No hay, pues, lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 01944 de 11 de marzo de 1961, que la demanda pide, sino a reconocer y declarar lo ordenado por el citado artículo 131 en relación con la suspensión provisional contenida en ese acto administrativo...»

*Carlos Gustavo Arrieta, Alejandro Domínguez Molina, Ricardo Bonilla
Gutiérrez, Francisco Eladio Gómez G.*

**DESTITUCIÓN DE MAGISTRADO
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

La imposición de sanción de destitución de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia por indignidad o mala conducta corresponde al Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes

21 de marzo de 1980

Radicación: CE-SEC2-EXP1980-N836

...«El acto jurisdiccional tiene características que no se dan en otros actos. De una parte la comprobación sobre la existencia o inexistencia de una agresión al derecho; y de otra una decisión que tiene por finalidad sacar las consecuencias de aquella comprobación, existiendo entre esos dos extremos un nexo lógico, por cuanto que el segundo se desprende del primero y está determinado por él en su contenido.

El acto por medio del cual se impone una sanción dentro de un proceso administrativo disciplinario, es un acto administrativo, y así, el que aquí se cuestiona, por medio del cual el Tribunal Disciplinario impuso una sanción al doctor Humberto Barrera Domínguez consistente en la destitución del ejercicio de su cargo como magistrado de la Sala Penal de la Corte, como culminación de un proceso disciplinario, es un acto administrativo que contiene la expresión de la voluntad de la Administración. Es indudable que ese acto es susceptible de demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al paso que una sentencia en el sentido y alcances que aquí se han analizado, no es demandable. Si no se está de acuerdo con ella el interesado queda expedito el camino para interponer los recursos respectivos que según las normas pertinentes sean procedentes.

Naturalmente que el acto administrativo mediante el cual se impone una sanción disciplinaria debe ser motivado. En él debe tipificarse la conducta o falta cometida por el funcionario o empleado; identificarse los hechos constitutivos de la misma con todas las circunstancias que lo rodearon;

analizarse todas las pruebas y alegatos allegados en el curso del proceso, y previo un completo análisis crítico de la cuestión, llegar a la conclusión de que esa falta debe ser sancionada, porque los descargos rendidos por el inculpado no han convencido.

En el caso presente el acto acusado es apenas el resultado de un procedimiento disciplinario que, como se ha visto, tiene consecuencias jurídicas muy diferentes a las que produce una decisión jurisdiccional propiamente dicha. Como culminación de un proceso administrativo disciplinario el Tribunal Disciplinario sancionó al doctor Humberto Barrera Domínguez con la destitución de su cargo de magistrado de la Corte. Desde luego que en el acto enjuiciado se analizan todas las circunstancias que rodearon al hecho que le fue imputado, el cual se calificó como una conducta atentatoria contra la dignidad de la administración de Justicia generadora de sanción disciplinaria; pero la trascendencia del mismo radica en que tuvo fines esencialmente administrativos, como son fines eminentemente sociales los que persigue la justicia penal sin que naturalmente pueda confundirse la facultad sancionadora de la administración con el poder punitivo general del Estado. Por manera que cuando se acusa una providencia del Tribunal Disciplinario, lo que se está es cuestionando un acto administrativo sancionador de una falta disciplinaria, acto que por su naturaleza y las consecuencias administrativas que produce, cae bajo el control jurisdiccional contencioso administrativo.

(...)

Y se expuso ese inicial criterio, por cuanto que para entonces ya se había puesto en claro que la destitución de los Magistrados de la Corte y de los Consejeros de Estado estaba reservada, salvo en los casos de morosidad, a la competencia del Senado de la República y de la misma Corte Suprema según el caso, por virtud de ordenamientos de la propia Constitución Nacional, como lo dijo la Corte en fallo de inexecutableidad del 21 de octubre de 1976 de algunos artículos del Decreto 250 de 1970 y de la Ley 20 de 1972, al cual se hará referencia más adelante. Además, el propio Consejo de Estado en fallo del 18 de septiembre de 1961 fijó los alcances del artículo 73 numeral 3° del C. C. A., concluyendo que la excepción a la regla general de competencia que establece el citado artículo no es absoluta, y de la concordancia de esa disposición con las de los artículos 285 y 287 del C. de Régimen Político y Municipal, se desprende que ella solo opera en estos casos: a) Cuando se trata de medidas realmente disciplinarias, es decir, de sanciones impuestas

por el superior jerárquico a los funcionarios inferiores, lo que indica que es menester que entre aquel y este existen relaciones de dependencia y subordinación; y b) Cuando la pena no implica la suspensión o separación de empleados inamovibles. Si el funcionario está protegido por período fijo o por los fueros de una carrera administrativa y la corrección disciplinaria implica la suspensión o remoción, o si quien impone la sanción no es superior jerárquico del pensado, se aplican los principios generales de competencia.

Se dijo igualmente en aquella providencia que los principios generales de competencia se le dan al Consejo de Estado en el caso de autos, por tratarse de la remoción de un funcionario inamovible, al menos relativamente, e impuesta como sanción disciplinaria por una Corporación que no era el superior jerárquico, recordando que el derecho disciplinario es un derecho autónomo tal como lo repite la ley a cada paso, concretamente el artículo 105 del Decreto 250 de 1970 que en armonía con esta realidad estatuye que “la existencia de un proceso penal no da lugar a suspensión del proceso disciplinario”. Por ello estimó la Sala que el alcance de los “fallos” proferidos conforme a sus preceptos no podían determinarse con igual criterio al que se emplea tratándose de sentencias de derecho común, sea en materia penal o civil, y en las que la cosa juzgada se impone con fuerza de verdad legal. En los fallos disciplinarios, se dijo, podrá establecerse una diferencia de grado en razón del funcionario o Corporación que los dicte, pero hay que convenir en que su naturaleza es siempre la misma. Lo cierto es que el poder disciplinario tiene un carácter administrativo como aquí se ha analizado, y que mientras la Constitución Nacional siga otorgando al Consejo de Estado la calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, (numeral 3º, artículo 141 de la Carta) cualquiera otra jurisdicción administrativa, tendrá una posición subalterna.

(...)

En el caso **sub lite**, del simple cotejo de los artículos.96 y 97 de la Constitución Nacional con el artículo 7º de la Ley 20 de 1972 se refiere que esta disposición es ostensiblemente contraria a los mandatos de la Carta e incompatible con ella, al atribuir al Tribunal Disciplinario juzgamiento de Magistrados de la Corte, Consejo de Estado, etc., en los casos de indignidad por mala conducta, y en cuanto desconoce la garantía constitucional de que únicamente pueden ser destituidos por el Senado de la República y por la Corte Suprema de Justicia.

Por consiguiente, como en el caso de autos el Tribunal Disciplinario destituyó al doctor Humberto Barrera Domínguez del ejercicio del cargo de Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por hallar 16 incurso en la falta señalada en el artículo 94, ordinal 1° del Decreto 250 de 1970, esto es, por “Ejercer directa o indirectamente actividades incompatibles con el decoro del cargo o que en alguna forma atenten contra su dignidad”, el Consejo de Estado en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, no puede dar aplicación al aludido artículo 7 de la Ley 20 de 1972, porque se repite, la Ley no le puede adscribir al Tribunal Disciplinario una competencia que la Constitución le ha otorgado al Senado y de cuya aplicación surgió en forma directa el perjuicio para el actor al ser destituido del cargo.

El Tribunal Disciplinario, como competencia excepcional tenía la de destituir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en los casos de mora en la tramitación de la Constitucionalidad de los Decretos legislativos que dicte el Gobierno en desarrollo del artículo 121 de la Constitución, así como del artículo 122 de la misma. Y como competencia general según lo analizado y explicado en los párrafos anteriores, tenía la de imponer las pena de amonestación, multa y suspensión del cargo a los Magistrados de la Corte, Consejeros de Estado y Procurador General de la Nación por faltas disciplinarias y dentro de la preceptiva de los artículos 96 y 97 de la Constitución...»

*Samuel Buitrago Hurtado, Álvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada,
Rómulo González Trujillo (Conjuez).*

**SANCIÓN DISCIPLINARIA A MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO**

*Al ordenar el receso y la suspensión de términos judiciales los días 14 y 15 de
febrero de 1983 con ocasión del Carnaval de Barranquilla*

26 de marzo de 1984

Radicación: CE-SP-EXP1984-N1072

...«Está probado dentro del informativo con los documentos respectivos que los aludidos magistrados expedieron los acuerdos de tal Tribunal ordenando el cese de actividades con la calificación de “receso” y la suspensión de términos en los días lunes y martes de los carnavales de Barranquilla, en los años antes citados.

(...)

Con la fotocopia autenticada se demostró la existencia del Decreto 22 de 1983, enero 14, expedido por el alcalde de Barranquilla, mediante el cual “se permite en la ciudad toda clase de disfraces y regocijos públicos que no sean contrarios a la moral y las buenas costumbres” en los días de carnaval, autorización que comprende las veinticuatro horas del día” en los días lunes y martes.

Con la copia de los acuerdos del Tribunal se acredita que la orden de receso de actividades y suspensión de términos es inveterada, pues ellos demuestran que existe desde 1964.

Con la proposición aprobada por el Concejo Municipal de Barranquilla se acredita que en el carnaval “participan en forma activa y colectiva todos los estamentos de nuestra ciudad, pero con acentuado e incuestionable predominio popular”; que es costumbre “reiterada e inveterada en el historial judicial de Barranquilla, suspender actividades en estas fechas, más por razones de seguridad que de cualquier otra índole”, como reza

tal documento; prueba que se refuerza con los comentarios periodísticos sobre el particular que se agregaron al informativo, y con el testimonio del Gobernador Carbonell Vergara, según el cual en dichos días lunes y martes “no laboraron las oficinas públicas departamentales”, lo cual es costumbre, y la “cesación de labores durante los días antes mencionados se debe a que hay una parálisis total de las actividades, tanto del sector público como del sector privado, en todo el departamento del Atlántico; y debido a la concentración de las fuerzas de policía en la vigilancia de espectáculos públicos, la del personal del Tribunal se dificulta; y, finalmente, que en dichos días hay “una parálisis de todas las actividades públicas y privadas en el departamento, con predominio del disfraz y la gente embriagada, lo cual hace imposible garantizar la seguridad de los funcionarios y empleados del Tribunal”.

(...)

[O]bra la solicitud que con carácter urgente le hicieron los aludidos magistrados al Comandante de la Policía Nacional - División Atlántico el 11 de febrero de 1983 para que informara “si esa comandancia está en posibilidad de garantizar la vigilancia y seguridad debidas en forma permanente durante los días lunes y martes de carnaval del presente año, tanto a los funcionarios y empleados como a las dependencias del Tribunal, vigilancia que implica también garantizar el libre acceso de cualquier persona a las dependencias de esta Corporación para adelantar actuaciones judiciales. De tal comunicación no obra en autos respuesta, ni la Procuraduría la solicitó oficiosamente, de lo cual hay que presumir que la respuesta era negativa, como sucede en los casos de silencio administrativo.

(...)

Es evidente que el artículo 127 del Decreto 250 de 1970 establece un horario para el despacho de las oficinas judiciales, y que el artículo 1o. de la ley 31 de 1971 y el 126 del Decreto 250 de 1970 señalan los días en los cuales se autoriza el cierre ordinario de los despachos de la jurisdicción, dentro de los cuales no aparecen relacionados los lunes y martes de carnaval, y que esos horarios y los días no comprendidos en tal enumeración son laborables, de obligatoria laboriosidad ordinaria. La ley, como el acto administrativo, son sustancialmente imperativos, porque constituyen desarrollo de la potestad de mando estatal, y precisamente para complementaria se ha instituido la potestad disciplinaria, sin la cual aquella sería inocua e ineficaz.

De igual modo es evidente e indiscutible que extraordinariamente el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil no incluye autorización para cierre de despacho judiciales los días lunes y martes de carnaval,

De otra parte, para la Procuraduría “El caso fortuito o la fuerza mayor como causa de cierre extraordinario, sólo puede tener origen en un hecho imprevisto y ajeno a la voluntad del respectivo funcionario o empleado, pues su naturaleza jurídica así lo exige al tenor del artículo 1o. de la Ley 95 de 1890”. Dice tal norma que se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc..

(...)

Aplicando este criterio al caso controvertido hay que concluir que si la gobernación del departamento ordenó el cierre del edificio en donde funciona el Tribunal, impidiendo su acceso en los días de carnaval, este hecho fue una fuerza mayor, justificativa de la conducta de los magistrados acusados. Es que la causa del cierre o receso decretado no fue el Acuerdo o Acuerdos del Tribunal sino la decisión del Gobernador de cerrar el edificio de la Gobernación.

(...)

Es claro que con ese cierre de oficinas se afecta la eficacia de la administración de justicia, que, como servicio público que es, debe ser continua. Pero en el evento de que hubiera sido posible prestar el servicio en días de carnaval, el riesgo, que no era simple sospecha o presunción, hubiera sido enorme, e incalculables los probables perjuicios, ante la ausencia de garantías policivas.

(...)

Curiosamente no aparecen en el informativo pruebas oficiosamente decretada para demostrar la ocurrencia del hecho material constitutivo de la falta disciplinaria imputada. o sea el de la inasistencia a sus despachos en los días lunes y martes del carnaval de 1983, y años anteriores, pues bien hubiera podido ocurrir que los Acuerdos que ordenaron el “receso” no tuvieran cumplimiento. Pero los magistrados en sus descargos reconocen esos hechos, en cuanto al año 1983, y se presume lógicamente igual

aceptación para los años anteriores al afirmar que esa ha sido la tradición. Objetivamente, pues, el hecho de la inasistencia está demostrado.

De otra parte, es claro que el decreto de la alcaldía de Barranquilla que ordenó el carnaval constituye un acto administrativo creador de una situación jurídica general, sobre el cual los magistrados carecían de competencia para derogar o modificar, creándoles así a ellos una situación prevista pero irresistible en sus efectos sociales. Conocidos esos efectos de irregularidad social por los magistrados - son de notoriedad pública - actuaban voluntariamente y con prudencia al ordenar el citado receso y la suspensión de términos. Hay, pues, una relación causal entre el acto oficial creador de la irregularidad en la vida civil, y el acto del Tribunal por medio del cual tomaron tal medida.

(...)

Sin embargo, es el caso de considerar que el Acuerdo que ordenó el “receso” y la suspensión de términos se dictó el ocho (8) de febrero de 1983, y el carnaval, como dice el mismo acuerdo, ocurrió en los días 14 y 15 del mismo mes y año. Por lo tanto es posible presumir que en el lapso transcurrido entre tales fechas, el 8 y el 14, bien hubiera podido ocurrir que la gobernación autorizara la apertura del edificio, y que la Policía garantizara la seguridad de funcionarios, litigantes e interesados, de lo cual podría deducirse que el Acuerdo fue prematuro. Pero de igual modo, bien puede deducirse que por cuanto no fue modificado o revocado el Acuerdo, es de presumir que esas autorización y garantía no se dieron en tal lapso»...

*Gustavo Humberto Rodríguez, Osvaldo Abello Noguera,
Roberto Suárez Franco.*

PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA

Se debe expedir y notificar el acto administrativo principal que impone la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la falta

29 de septiembre de 2009

Radicación: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S)

...«La Sala comienza el análisis partiendo de la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el manejo del tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, que no ha sido unánime. En efecto, sobre el particular existen tres tesis:

Se entiende ejercida la potestad disciplinaria cuando se produce la decisión que resuelve la actuación administrativa sancionatoria.

Para que se considere “impuesta” la sanción es necesario no solo que el acto sancionatorio primigenio se expida, sino también que se **notifique**.

Debe haberse expedido el acto sancionatorio, resuelto todos los recursos que se propusieron, y notificado las decisiones sobre éstos.

(...)

Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, [...] se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta

investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada “vía gubernativa” queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se “impone” la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1984, porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la acción administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el último recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco (5) años contados a partir del último acto constitutivo de la

falta, significa que, como máximo, dentro de dicho plazo debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que resuelve y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria.

(...)

En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose 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 que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.

Esta posición unificada no aplica respecto de investigaciones en otras materias que se regulen por regímenes especiales »...

Rafael E. Ostau Lafont Pianeta (Salvamento de voto), Susana Buitrago Valencia, Ruth Stella Correa Palacio (Aclaración de voto), Mauricio Fajardo Gómez (Salvamento de voto), Enrique Gil Botero (Salvamento de voto parcial), William Giraldo Giraldo (Ausente), Gustavo Gómez Aranguren, Myriam Guerrero de Escobar, María Nohemí Hernández Pinzón, Filemón Jiménez Ochoa, María Claudia Rojas Lasso (Salvamento de voto), Héctor J. Romero Díaz (Aclaración de voto), Martha Sofía Sanz Tobón (Salvamento de voto parcial), Mauricio Torres Cuervo (Aclaración de voto), Alfonso María Vargas Rincón (Aclaración de voto).

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SIN
CUANTÍA CONTRA SANCIÓN DISCIPLINARIA DE RETIRO DEL SERVICIO
TEMPORAL O DEFINITIVO**

*Competencia en única instancia del Consejo de Estado
Sentencia de unificación*

4 de agosto de 2010

Radicación: 11001-03-25-000-2010-00163-00(1203-10)

...«De acuerdo con la línea del precedente judicial desarrollado por la Sección, en aplicación de lo previsto en el numeral 13 del artículo 128 del CCA., modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, la competencia para el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan sanciones administrativas disciplinarias, que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio, corresponde en única instancia al Consejo de Estado.

El argumento principal radica en la naturaleza del asunto que se controvierte, y que el legislador quiso referir de manera expresa, cuando en el artículo 131 del CCA., atribuye el conocimiento de los procesos 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, en única instancia a los Tribunales Administrativos. El legislador distinguió esta clase de procesos a los previstos en el artículo 134 B ídem.

En este orden de ideas, los procesos 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, corresponden en única instancia a los Tribunales Administrativos.

Bajo este mismo razonamiento, atendiendo la redacción de la norma (art. 131 CCA.), y la especialidad del asunto, el Consejo de Estado conoce

en única instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los que se controviertan sanciones que impliquen retiro definitivo del servicio.

Para la Sala, en sana lógica jurídica no resulta procedente que, mientras que la competencia para conocer de sanciones disciplinarias que no originan retiro temporal o definitivo del servicio, como lo es, una amonestación escrita, corresponde privativamente en única instancia a los Tribunales Administrativos, la competencia para conocer de la sanción de destitución, que es la más grave, se radique en los juzgados administrativos.

Ahora bien, la línea de interpretación que antecede, ha suscitado decisiones judiciales contradictorias al interior de los juzgados y tribunales del país, correspondiendo a esta Sala, unificar los distintos criterios interpretativos en materia de la aplicación de las reglas de competencia respecto de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controvierta la legalidad de actos administrativos que imponen sanción disciplinaria de destitución.

La jurisprudencia ha señalado que el Consejo de Estado conoce privativamente y en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controvierte la sanción disciplinaria de destitución del cargo, cuando el proceso carece de cuantía, mientras que, si ocurre lo contrario, esto es, el proceso tiene cuantía, la competencia para asumir el conocimiento del asunto corresponde a los Juzgados Administrativos en razón de la cuantía estimada en la demanda.

Para la Sala, la aplicación de reglas de competencia previstas en los artículos 128 (13) y 134B del CCA., atendiendo al factor cuantía, en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se controvierten actos administrativos que imponen la sanción de destitución, genera un trato desigual respecto del juez natural de la acción.

Así las cosas, debe procurar esta Sala, la interpretación normativa que permita aplicar una misma regla de competencia para los asuntos en los que se acusen esta clase de actos administrativos en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente si tienen o no cuantía, pues la naturaleza del asunto, que a su vez el legislador ha fijado como factor objetivo de competencia según el artículo 131 del CCA., que no difiere en uno y otro caso, debe constituir el factor determinante para aplicar en esos asuntos una misma regla de competencia, sin importar si el proceso tiene o no cuantía.

De tal manera que, el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, con o sin cuantía, en los cuales se controviertan sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro definitivo del servicio, esto es, la destitución del cargo, corresponde en UNICA INSTANCIA al Consejo de estado.

La competencia en única instancia del Consejo de Estado, sobre el control de legalidad de esta clase de actos administrativos, en los que se impone la sanción de destitución, la cual, como lo ha señalado la jurisprudencia, es la máxima sanción disciplinaria que puede imponerse a un servidor público, constituye garantía para los derechos fundamentales de los administrados, en la medida en que, en primer lugar, se concede un trato igual respecto del juez del proceso, pues el objeto recae sobre el mismo asunto, y en segundo lugar, si bien el legislador atribuye el conocimiento en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvierten sanciones disciplinarias administrativas distintas al retiro definitivo del servicio a los Tribunales Administrativos, tratándose de actos que imponen destitución por las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima, cuya imposición implica la terminación de la relación del servidor con la administración, sin importar el vínculo, y la imposibilidad de ejercer la función pública por el término señalado, se justifica que el juez de la legalidad del acto, dada la especificidad del asunto, sea el máximo órgano de lo contencioso administrativo.

El artículo 209 de la Carta, dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración.

La imposición de la máxima sanción disciplinaria exige de un mayor margen de valoración y análisis, en cada caso en particular, del marco ético conceptual en el desempeño de la función pública de los sujetos disciplinados, así como de la individualización de la falta sancionable por un comportamiento que pugna contra los mencionados patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración pública.

En este orden, el control de legalidad del acto administrativo que impone retiro definitivo del servicio por destitución del cargo, no puede tener las mismas características sobre el que se ejerce respecto de las demás actuaciones de la administración, y por tanto, la asignación de

su competencia al Consejo de Estado en única instancia, hace parte del tratamiento especial que requiere.

Por último, en lo que respecta a los actos administrativos que impliquen retiro temporal del servicio (la suspensión, que implica la separación del ejercicio del cargo), la Sala debe precisar que su tratamiento es distinto en la medida en que, por regla general la impugnación de dichos actos administrativos a través de la acción prevista en el artículo 85 del CCA., conlleva una pretensión de restablecimiento económico que constituye el factor objetivo de competencia del asunto conforme las reglas previstas en el artículo 134B ídem.»...

Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero (Salvamento de voto).

**TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA DECISIÓN DISCIPLINARIA**

*Solo empieza a contabilizarse al vencimiento del legalmente previsto para la
interposición del recurso de reposición*

11 de diciembre de 2012

Radicación: 11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ)

...« [L]a caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procede a partir de la notificación del acto administrativo.

El particular afectado con la decisión administrativa de única instancia que sólo es susceptible de reposición tiene dos caminos posibles: Si interpone el recurso, el acto queda en firme cuando se notifica la decisión que lo resuelve. Pero igualmente, puede optar (dado el carácter facultativo) por no recurrir la decisión y acudir directamente a la jurisdicción, en este último caso, como ya se explicó, ha surgido la duda razonable respecto de si el acto administrativo queda en firme con la notificación de la primera decisión, o si sólo cobra firmeza luego de transcurrido el término legalmente previsto para la interposición del recurso de reposición. Esa duda razonable puede resolverse, particularmente en estos procesos en los que se debate la legalidad de actos administrativos disciplinarios proferidos en única instancia, acudiendo al criterio constitucional de acceso a la justicia, para concluir que el término de caducidad sólo empieza a contabilizarse al vencimiento del legalmente previsto para la interposición del mencionado recurso de reposición.

Esta interpretación de las normas del CCA (Decreto 01 de 1984) fue acogida por el nuevo CPACA al disponer en el artículo 87.3 que los actos administrativos quedarán en firme *“Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.”*

(...)

[S]iguiendo la tesis ya expresada por la Sala, y comoquiera que el agotamiento de la vía gubernativa constituye presupuesto procesal para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el hoy demandante, el término de caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente al del vencimiento del término que la ley disciplinaria confiere para interponer el recurso de reposición contra el fallo de única instancia, que para el presente asunto es de tres días siguientes a la última notificación (art. 111 CDU).

[P]ara la Sala, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 28 de enero de 2005, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se instauró dentro del término previsto en el artículo 136.2 del CCA, que empezaba a contabilizarse a partir del 30 de septiembre de 2004, fecha siguiente al vencimiento de los tres días que la ley confería al actor para recurrir la decisión ante la Procuraduría General de la Nación. Sólo a partir del vencimiento del término para recurrir el acto podía empezar a contabilizarse el término de caducidad de la acción, pues de lo contrario, se desconocería el derecho al debido proceso administrativo, concretamente el derecho del administrado a cuestionar la decisión ante la autoridad que profirió el acto para que se modifique, aclare o revoque la decisión...».

Gustavo E. Gómez Aranguren, Presidente; Víctor Hernando Alvarado Ardila (Salvamento de voto), Hernán Andrade Rincón, Gerardo Arenas Monsalve, Hugo Bastidas Bárcenas (Aclaración de voto), Martha Teresa Briceño de Valencia (Salvamento de voto), Susana Buitrago Valencia, Stella Conto Díaz del Castillo (Aclaración de voto), Mauricio Fajardo Gómez (Ausente), María Elizabeth García González (Salvamento de voto), Enrique Gil Botero (Ausente), William Giraldo Giraldo (Ausente), Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (Salvamento de voto), Bertha Lucía Ramírez de Páez, María Claudia Rojas Lasso (Salvamento de voto), Danilo Rojas Betancourth, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Mauricio Torres Cuervo (Aclaración de voto), Olga Mélida Valle de la Hoz, Guillermo Vargas Ayala, Alfonso Vargas Rincón (Aclaración de voto), Marco Antonio Velilla Moreno (Ausente), Luis Rafael Vergara Quintero, Alberto Yepes Barreiro (Ausente), Carlos Alberto Zambrano Barrera.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Graduación de la falta disciplinaria

26 de marzo de 2014

Radicación: 11001-03-25-000-2013-00117-00(0263-13)

...«El Consejo de Estado ha explicado, adoptando como suyas sólidas posturas doctrinarias, que la proporcionalidad de la sanción disciplinaria también está íntimamente ligada a la culpabilidad que se logre demostrar durante el proceso en cabeza del funcionario disciplinado.

(...)

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que la proporcionalidad es un principio que impone límites a la sanción disciplinaria, “en virtud del cual la gradación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad”.

En aplicación de esta misma postura jurisprudencial, de la que no hay motivos para apartarse en el presente caso, considera la Sala que la sanción impuesta al señor Salazar aparece desproporcionada, puesto que su culpabilidad en tanto autor de una conducta disciplinable requiere un elemento modulador necesario de la justicia y templanza de la sanción. La ecuación disciplinaria no fue abordada por el organismo de control dado que su análisis se adentró en estructurar un reproche que tal como ha quedado analizado en este proveído no se acopla con el marco legal y constitucional de los hechos conforme fueron probados en el proceso.

La desproporción en la sanción implicó una violación del artículo 18 del CDU [Código Disciplinario Único) y un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, por lo cual se incurrió en la causal de nulidad consistente en la

infracción de las normas superiores que gobiernan los actos administrativos sancionatorios demandados (arts. 137 y 138, CDU).»...

*Luis Rafael Vergara Quintero, Alfonso Vargas Rincón,
Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO DE SANCIONES DISCIPLINARIAS DE RETIRO TEMPORAL O
DEFINITIVO DEL SERVICIO**

Conteo del término. Sentencia de unificación

25 de febrero de 2016

Radicación: 11001-03-25-000-2012-00386-00(1493-12)

«La Sala advierte la necesidad de precisar y unificar la línea interpretativa de la Sección Segunda frente a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho según lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A., en lo que tiene que ver con los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvierten sanciones disciplinarias administrativas que originen retiro temporal o definitivo del servicio, en aquellos eventos en los que la sanción sea ejecutada de conformidad con lo señalado en el artículo 172 del Código Disciplinario Único.

(...)

La jurisprudencia ha considerado anteriormente que la fijación de un término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, se constituye en un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado.

Asimismo, esta Corporación ha establecido que el derecho al acceso a la administración de justicia, conlleva el deber de un accionar oportuno, razón por la cual, la ley señala términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

(...)

[L]a Sala encuentra necesario unificar el criterio respecto al momento desde cual debe contabilizarse el término de caducidad para controvertir

actos administrativos de carácter disciplinario que implican el retiro temporal o definitivo del servicio, en los casos en los que la sanción haya sido ejecutada de conformidad con el artículo 172 del Código Disciplinario Único y el acto de ejecución termine o suspenda el vínculo laboral del servidor público.

(...)

[E]sta conexidad entre los fallos disciplinarios y el acto de ejecución está determinada por lo dispuesto en el artículo 172 del Código Disciplinario Único, que establece la oportunidad y el funcionario competente para hacer efectiva la sanción disciplinaria. En este orden, la Sala estima que el acto de ejecución constituye una consecuencia jurídica directa de la imposición de una sanción disciplinaria al servidor público, toda vez que por regla general es el mecanismo mediante el cual ésta se hace efectiva.

(...)

Debe tenerse en cuenta que no en todos los casos en los que se profiere una sanción disciplinaria con consecuencias de retiro del servicio se presenta necesariamente la existencia de un acto de ejecución, por cuanto es posible que debido a las circunstancias particulares del caso concreto, verbigracia, cuando el servidor público se encuentra retirado del servicio, resulte improcedente o inocua la expedición de un acto de ejecución.

(...)

[L]a jurisprudencia (..) de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha expresado de manera consistente que si bien el acto de ejecución de la sanción disciplinaria no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna, sí guarda una estrecha conexidad con los fallos sancionatorios propiamente dichos, por lo que ha aceptado que el término de caducidad con el que cuenta el interesado para acudir ante esta jurisdicción con el fin de controvertir la legalidad de la actuación administrativa sancionatoria, se empiece a contar desde el acto de ejecución.

Esta posición encuentra fundamento en la necesidad de garantizar los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la defensa del administrado, pues se trata de una forma de facilitar a los administrados el control de los actos de la administración, así como de impedir el fraccionamiento del conteo del término de caducidad.

(...)

Una vez estudiado el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el cómputo del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento cuando se controvierten actos disciplinarios que conlleven el retiro temporal o definitivo del servicio, corresponde a la Sala realizar algunas precisiones frente a aquellos eventos en los cuales, como sucedió en el caso concreto, se emite un acto ejecutando la sanción disciplinaria.

En primer lugar se tiene que por regla general y a la luz de lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A., el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho comienza a contabilizarse a partir del acto de ejecución de la sanción disciplinaria.

Sin embargo, debe precisarse que este criterio no es absoluto ni resulta aplicable a todos los casos, toda vez que en los eventos en que la sanción no es ejecutada en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 172 de la Ley 734 de 2002, o cuando dicho acto no implica la materialización de la sanción, el cómputo del término de caducidad debe realizarse a partir de la ejecutoria del acto que resolvió la situación jurídica particular, esto es, del fallo mediante el cual se dio por concluida la actuación administrativa disciplinaria.

En esta medida, se insiste que la actual controversia se enmarca dentro del supuesto de hecho antes mencionado, esto es, aquellos eventos en los que la sanción disciplinaria sea ejecutada en virtud de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Disciplinario Único, siempre y cuando dicho acto de ejecución materialice la terminación o suspensión del vínculo laboral administrativo.

[El] Consejo de Estado ha considerado que si bien el acto que ejecuta una sanción disciplinaria no crea, modifica o extingue la situación jurídica particular, guarda conexidad con los actos disciplinarios y debe ser tenido en cuenta para contabilizar el término de caducidad de las acciones establecidas ante la jurisdicción.

Es evidente entonces que en los casos en los cuales la sanción disciplinaria es ejecutada según el artículo 172 de la Ley 734 de 2002, y solamente cuando el correspondiente acto de ejecución materialice la terminación o suspensión del vínculo laboral del servidor público, se presenta la concurrencia de dos momentos que de conformidad con el artículo 136 num. 2 del C.C.A., podrían ser tenidos en cuenta a fin de computar del término de caducidad

de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, i) el de la ejecutoria del acto sancionatorio y ii) el de la ejecución del mismo.

La cuestión radica en establecer cuál de estos dos momentos debe prevalecer para efectos de la contabilización del término de caducidad de la acción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar cuál es la interpretación del numeral 2 del artículo 136 del C.C.A. que debe ser preferida ante casos como el que ahora se discute, la postura según la cual el término de caducidad se cuenta a partir de la ejecutoria del fallo sancionatorio, o aquella que afirma que debe hacerse desde la ejecución de tal decisión administrativa.

Para resolver la presente controversia, la Sala considera necesario acudir a los principios del debido proceso y de interpretación pro homine, y a los postulados del derecho al acceso a la administración de justicia, a fin de llegar a establecer una interpretación sistemática del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que garantice efectivamente los derechos de los administrados en casos similares al que ahora se debate.

(...)

[L]a Sala encuentra que en el caso específico de los actos administrativos de carácter disciplinario que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio, en los que exista un acto de ejecución que cumpla con las condiciones señaladas previamente, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo admitía dos interpretaciones igualmente válidas: i) que el término de caducidad comience a correr desde el momento en que la persona es notificada del acto mediante el cual se le impuso una sanción disciplinaria, y ii) que dicho término sea contabilizado a partir de la ejecución de los actos disciplinarios.

A juicio de esta Corporación, es claro que en principio y sin perjuicio de las situaciones que puedan presentarse en cada caso concreto, para el administrado resulta más favorable que el término de caducidad comience a contabilizarse a partir del acto de ejecución de la sanción disciplinaria, en la medida en que esta actuación se realiza con posterioridad a la emisión del respectivo fallo disciplinario.

(...)

[L]a interpretación más favorable del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo no riñe con el principio de seguridad jurídica, por cuanto en todo caso se trata de establecer una regla clara para la contabilización del término de caducidad en los casos en los que se acudió a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir actos administrativos disciplinarios que implicaran el retiro temporal o definitivo del servicio.

(...)

En definitiva, es claro que en aquellos casos en los que haya sido emitido un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, y éste materialice la situación laboral del servidor público, debe preferirse la interpretación según la cual el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir del acto de ejecución, en la medida en que ésta constituye una garantía para el administrado y una forma de facilitar el control de los actos de la administración.

Distinto ocurre cuando no se presenta el escenario antes descrito, esto es, cuando o bien no existe un acto que ejecute la sanción disciplinaria de retiro del servicio, o cuando dicho acto no tiene relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, situaciones que impiden aplicar el criterio expuesto en esta providencia y frente a las cuales debe contarse el término de caducidad a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo disciplinario.

(...)

La anterior consideración se justifica por cuanto, como se afirmó en los acápites precedentes, solamente en aquellos casos en los que el acto de ejecución tiene incidencia efectiva en la terminación de la relación laboral administrativa, puede afirmarse que dicho acto tiene relevancia frente al conteo del término de caducidad de las acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

[L]a Sala aclara los criterios para la determinación de los eventos en que sea procedente dar aplicación a la interpretación del artículo 136 del C.C.A. antes expuesta, en los siguientes términos:

La posición deberá ser aplicada en aquellos eventos en los que:

Se controviertan actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio,

Cuando en el caso concreto haya sido emitido un acto de ejecución según lo dispuesto en el artículo 172 del C.D.U, y

Cuando dichos actos de ejecución materialicen la suspensión o terminación de la relación laboral administrativa.

Es en estos eventos en los que de conformidad con los artículos 29 y 229 de la Constitución Política y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A. debe ser interpretado en el sentido en que el término de caducidad será computado a partir del acto de ejecución de la sanción disciplinaria.»

*Gerardo Arenas Monsalve, William Hernández Gómez,
Sandra Lisset Ibarra Vélez, Carmelo Perdomo Cuéter, Gabriel Valbuena
Hernández, Luis Rafael Vergara Quintero.*

CONTROL JUDICIAL INTEGRAL DE LA DECISIÓN DISCIPLINARIA

Criterios interpretativos de la competencia del juez administrativo cuando se trate de actos administrativos de carácter sancionatorio. Sentencia de unificación

9 de agosto de 2016

Radicación: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU)

...«El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es integral. Ello, por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales.

(...)

Los actos administrativos proferidos por los titulares de la acción disciplinaria, hacen parte del ius puniendi.

La función disciplinaria constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado (ius puniendi), en la vertiente denominada derecho administrativo sancionador, el cual se desdobra en tres modalidades: (i) Contravencional. (ii) correccional. (iii) Disciplinaria.

La potestad disciplinaria se dirige a los servidores públicos o particulares sujetos a la ley disciplinaria que incurrir en violación de deberes, incursión en prohibiciones, vulneración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o de conflicto de intereses y como toda actividad de orden estatal, está sujeta a límites constitucionales y legales que se erigen en barreras de contención a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición.

De ahí que no pueda sostenerse válidamente que existe una limitación al juez de lo contencioso administrativo frente a su competencia para

la revisión de la legalidad y constitucionalidad de la actuación de las autoridades como titulares de la acción disciplinaria, en el ámbito de la función pública que le corresponde.

(...)

La Constitución Política de Colombia de 1991 también consagra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo cual se deduce de los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Carta Política de Colombia. La Corte Constitucional ha considerado que el derecho de acceder a la administración de justicia fija un deber de asegurar que los medios judiciales sean efectivos para resolver las controversias planteadas por todas las personas y que este “[...] le impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garante de todos los derechos ciudadanos, la obligación correlativa de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo [...]” lo que significa, a su vez, “[...] el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.[...]”.

Respecto a las decisiones proferidas por los titulares de la acción disciplinaria, la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que puede ejercerse contra dichos actos, hace las veces del recurso judicial efectivo en los términos de la Convención Americana, por cuanto el control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo implica que puede y debe verificar: (i) La procedencia de la intervención de la jurisdicción contenciosa para examinar el control de decisiones disciplinarias; (ii) la existencia de un control integral y pleno de tales decisiones y de los procedimientos seguidos para el efecto; y, consecuentemente (iii) la posibilidad de la jurisdicción de emprender exámenes sobre la actividad probatoria.

De acuerdo con el contenido de los artículos 237 y siguientes de la Constitución Política, en armonía con el artículo 103 de la Ley 1437, la jurisdicción está estatuida para la preservación del ordenamiento jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, por cuanto es expresión del ejercicio del control judicial de los actos de la administración, en el marco del Estado Social de Derecho.

(...)

Este control jurisdiccional persigue asegurar la vigencia del principio de legalidad de la actividad administrativa (hoy también de constitucionalidad),

de modo que los actos de aquella se adecúen al ordenamiento jurídico y que se pueda exigir a los diferentes órganos o sujetos de imputación jurídica, la consiguiente responsabilidad patrimonial, no sólo por la expedición de dichos actos, sino en razón de los hechos, las operaciones administrativas y los actos contractuales que realicen.

Este concepto se precisa en los artículos 103, 104 y 105 de la Ley 1437 que regulan el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual conoce de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que están involucradas las autoridades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Destacamos los asuntos relacionados con el conflicto que se genere en la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado (art. 104 numeral 4), en tanto se refiere a relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos.

Lo anterior significa que no escapa a esta órbita de control el juicio de legalidad y constitucionalidad de los actos de contenido disciplinario que profiere la administración pública. En efecto, las investigaciones disciplinarias adelantadas por los titulares de la acción disciplinaria, según lo indicado en el artículo segundo de la Ley 734, son de naturaleza administrativa. En consecuencia, las decisiones definitivas allí proferidas pueden ser impugnadas ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437.

(...)

Las decisiones que profieren los titulares de la acción disciplinaria, tanto en el orden interno de las entidades públicas, o en el externo, cuando asume la competencia la Procuraduría General de la Nación, tienen naturaleza administrativa, en el cabal desarrollo de la función pública.

En efecto, los actos proferidos en ejercicio de la función disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, son actos que no gozan de los atributos de independencia e imparcialidad, porque dicha potestad se ejerce a partir de un estructura de delegación piramidal o escalonada, en cuya cabeza se encuentra el Procurador General de la Nación, quien de conformidad con el artículo 7, ordinal 2.º del Decreto 262 de 2000, tiene la competencia para formular políticas generales y criterios de intervención en materia de control disciplinario.

Por el contrario, los actos expedidos en ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, los emitidos por los jueces unipersonales o colegiados, obran bajo las atribuciones de autonomía e imparcialidad que constitucionalmente les fueron atribuidas en los artículos 228 y 230, constitucionales. De manera que la autonomía e independencia son un atributo propio de la función jurisdiccional por lo que los actos proferidos en virtud de ella, no tienen ningún tipo de control exógeno a la misma función judicial.

(...)

En conclusión: El control judicial de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, es integral.

Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin “deferencia especial” respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

(...)

En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria.

Así las cosas, en esta sentencia de unificación se precisa el alcance del control judicial integral que tiene el juez de lo contencioso administrativo, cuando se trate de actos sancionatorios disciplinarios, de todo aquello que tenga vinculación con las causales de nulidad invocadas y los derechos fundamentales allí involucrados.

(...)

En el mismo sentido, el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, de tal suerte que si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado.

Todo lo anterior no implica que desaparezca la exigencia prevista en el ordinal 4.º del artículo 162 de la Ley 1437, que regula el contenido de la demanda, esto es, el deber de invocar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas que se consideran trasgredidas y de explicar el concepto de violación, porque como bien se indicó en la sentencia de la Corte Constitucional (C-197 de 1999) dicha carga procesal de la parte demandante, es legítima y proporcionada.

[R]eglas de unificación:

Conforme a lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unifica los siguientes criterios interpretativos de la competencia del juez administrativo cuando se trate de actos administrativos de carácter sancionatorio, regulado en la Ley 734 de 2002. Veamos:

La jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce el control judicial integral de los actos administrativos sancionatorios, proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la ley 734, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

El control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye el recurso judicial efectivo en los términos del ordinal 1.º del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. »...

Danilo Rojas Betancourth (Presidente) (Aclaración de voto), Hernán Andrade Rincón, Rocío Araújo Oñate (Aclaración de voto), Hugo Fernando Bastidas B. (Salvamento de voto), Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (Salvamento de voto), Martha Teresa Briceño de Valencia (Salvamento de voto), Stella Conto Díaz del Castillo (Aclaración de voto), María Elizabeth García González (Salvamento de voto), William Hernández Gómez (Aclaración de voto), Sandra Lisset Ibarra Vélez (Aclaración de voto), Carlos Enrique Moreno Rubio, Ramiro Pazos Guerrero (Aclaración de voto), Carmelo Perdomo Cuéter, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, María Claudia Rojas Lasso (Salvamento de voto), Jaime Orlando Santofimio

Gamboa (Aclaración de voto), Guillermo Sánchez Luque (Aclaración de voto), Roberto Augusto Serrato Valdés, Gabriel Valbuena Hernández (Aclaración de voto), Guillermo Vargas Ayala (Aclaración de voto), Marta Nubia Velásquez Rico (Aclaración de voto), Luis Rafael Vergara Quintero, Alberto Yepes Barreiro (Aclaración de voto), Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
CONTRA ACTOS DISCIPLINARIOS**

Juez competente

30 de marzo de 2017

Radicación: 11001-03-25- 000-2016-00674-00 (2836-16)

...«La Sala considera que el intérprete no puede restringir el derecho de las partes procesales a impugnar o apelar una decisión, si el legislador no lo ha previsto expresamente; de manera que en esta providencia se seguirá este criterio constitucional en la tarea de establecer el marco de competencias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los que se controviertan actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias atendiendo a los factores de competencia objetivo, subjetivo, funcional y territorial, desde dos frentes: el primero, de las sanciones disciplinarias impuestas por la Procuraduría General de la Nación y, el segundo, de las sanciones disciplinarias impuestas por otros órganos de la Administración diferentes a la Procuraduría General de la Nación.

Con este propósito, la Sala recuerda que en materia disciplinaria el artículo 44 de la Ley 734 de 2002 señala las siguientes sanciones para los servidores públicos:

1. Destitución e inhabilidad general
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad
3. Suspensión
4. Multa, y
5. Amonestación escrita

Asimismo, es necesario advertir que, para efectos de la competencia, de las sanciones señaladas anteriormente, la única que, en principio y por regla general, no tiene cuantía es la **amonestación escrita**.

Las demás sanciones disciplinarias sí tienen cuantía; la **multa**, por cuanto es una sanción de carácter pecuniario y contiene evidentemente una suma de dinero a cargo del servidor; la **destitución e inhabilidad** y la **suspensión** también tienen cuantía, consistente en los salarios y prestaciones dejados de percibir por causa de la desvinculación definitiva o temporal y por la imposibilidad de ocupar algún cargo en la función pública con posterioridad. En estos casos siempre es obligación del demandante, en la demanda, estimar razonadamente el monto de esta cuantía para efectos de establecer el órgano judicial competente.

La Sala considera, ciertamente, que no es admisible que se demanden, por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, actos administrativos disciplinarios que imponen sanciones de destitución e inhabilidad o suspensión, incluso la multa, sin estimar razonadamente la cuantía de las pretensiones o con el argumento que la demanda carece de cuantía por cuanto no se pretende ninguna indemnización, pues según el artículo 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, inciso 3, *“en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar el restablecimiento”*. Para la Sala es innegable que este tipo de sanciones genera perjuicios para el servidor público, como es la desvinculación definitiva o temporal de su empleo o la imposibilidad de ocupar cargos futuros dentro de la función pública, perjuicios que son estimables en dinero y que corresponderán a la cuantía de las pretensiones de la demanda.

Por ello, esta Sección precisa que en todos los casos en que se demanden a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho actos disciplinarios que imponen sanciones de (i) Destitución e inhabilidad general; (ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad; (iii) Suspensión, o (iv) Multa, el funcionario judicial debe verificar que en la demanda se estime razonadamente la cuantía de las pretensiones, pues es indispensable para efectos de determinar la competencia por el factor objetivo, conforme al numeral 6 del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Si la demanda no contiene la estimación razonada de la cuantía, el funcionario judicial debe inadmitirla teniendo en cuenta el trámite previsto en el artículo 170 *ibídem*, para que el demandante corrija la demanda en ese sentido, pues, se repite, no se puede aceptar en estos casos que se prescinda de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento del derecho.

Efectuadas las anteriores precisiones, la Sala procede a establecer las reglas de competencia con la distinción entre las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos sancionatorios disciplinarios emanados de otros órganos diferentes de la Procuraduría General de la Nación, teniendo en cuenta que el Estado ejerce su potestad disciplinaria no solo a través de la Procuraduría General de la Nación, sino por medio de las diferentes autoridades administrativas, las cuales gozan de las facultades legales para sancionar a sus propios funcionarios cuando incurren en conductas contrarias al deber funcional de la administración pública. En cuanto a la titularidad de la acción disciplinaria, el artículo 2 de la Ley 734 de 2002 señala: ***“Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias”***.

2. DE LA COMPETENCIA EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA CONOCER DE LOS MEDIOS DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MEDIO DE LOS CUALES LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN IMPONE SANCIONES DISCIPLINARIAS

La Sala observa que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en sus artículos 149 (numeral 2) y 152 (numeral 3), se refiere expresamente a actos administrativos disciplinarios proferidos por el Procurador General de la Nación y a actos proferidos por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación diferentes del Procurador General de la Nación. En este caso, las reglas de competencia son especiales, como se verá a continuación:

2.1. Competencia para conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos dictados en ejercicio del poder disciplinario por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación diferentes al Procurador General de la Nación.

El control judicial de los actos administrativos dictados en ejercicio del poder disciplinario del Estado por la Procuraduría General de la Nación tiene regla especial de competencia. Estos asuntos se distribuyen entre única y

doble instancia, dependiendo del funcionario que expide el acto, así entonces, si el acto es expedido por un **funcionario de la Procuraduría General de la Nación diferente al Procurador General de la Nación**, conocerá el tribunal administrativo **en primera instancia, sin atención a la cuantía y cualquier tipo de sanción que se imponga, es decir, trátase de amonestación, multa, suspensión, destitución o inhabilidad**. La segunda instancia la conocerá el Consejo de Estado.

(...)

Debe tenerse en cuenta que esta regla de competencia no comprende los actos administrativos que expide el Viceprocurador General o la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, cuando actúan por delegación del Procurador General, pues, como se verá en la regla siguiente, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

2.2. Competencia para conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos dictados en ejercicio del poder disciplinario por el Procurador General de la Nación.

Si el acto administrativo disciplinario es expedido por el **Procurador General de la Nación**, el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone expresamente que su control de legalidad lo efectúa el **Consejo de Estado en única instancia, sin atención a la cuantía e independientemente de la sanción que se imponga**, es decir, trátase de **amonestación, multa, suspensión, destitución o inhabilidad (...)**

A juicio de la Sala, esta norma tiene por finalidad que sea el máximo órgano de la jurisdicción el que efectúe el control de legalidad de las sanciones impuestas por el máximo operador disciplinario del país, no solo porque haya sido él quien expidió el acto sino por la calidad del sujeto disciplinado o la especialidad del caso que amerita que sea dicho funcionario quien atienda personalmente el proceso. En este sentido, ha sido voluntad del legislador que estos casos en los que el Procurador General de la Nación ejerce su competencia, bien porque se trate de ciertas dignidades del Estado, por su trascendencia pública o por el ejercicio del poder preferente, sea el Consejo de Estado el que asuma su conocimiento [artículos 7, 72 del Decreto 262 de 2000].

(...)

De acuerdo con lo anterior, la Sala precisa que, en materia disciplinaria, al Consejo de Estado le corresponde conocer, en única instancia, de las demandas que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se instauren contra los actos administrativos expedidos por **el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario o por el Viceprocurador General o la Sala Disciplinaria**, estos últimos cuando los expidan por delegación del Procurador, **sin atención a la cuantía y al tipo de sanción impuesta**, es decir, trátase de **amonestación, multa, suspensión, destitución o inhabilidad**, siempre y cuando sea el resultado de los procesos disciplinarios indicados en los numerales 21, 22, 23 y 24 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000, que atienden a la calidad del sujeto disciplinado.

Y también le corresponde al **Consejo de Estado conocer, en única instancia**, de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos en única instancia por el **Procurador General de la Nación** resultado del proceso disciplinario asumido por él, cuando sea en ejercicio del **poder preferente** o cuando por la **importancia o trascendencia** del asunto requirieron su atención personal, **sin atención a la cuantía ni al tipo de sanción impuesta**. En este caso no se atiende a la calidad del sujeto disciplinado sino a la entidad del asunto (numerales 16 y 17 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000).

Solo en estos casos se entiende atribuida la competencia al Consejo de Estado por el artículo 149 numeral 2 inciso 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en relación con los actos administrativos expedidos por el Procurador General de la Nación; no aquellos expedidos por este funcionario en segunda instancia, fruto del recurso de apelación interpuesto contra los actos definitivos expedidos, en primera instancia, por funcionarios de la Procuraduría distintos del Procurador o por otras autoridades cuando el Procurador asume el conocimiento de ellos en segunda instancia conforme al poder disciplinario preferente, consagrado en el artículo 3 de la Ley 734 de 2002.

En conclusión, 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.

3. DE LA COMPETENCIA EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA CONOCER DE LOS MEDIOS DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MEDIO DE LOS CUALES LAS AUTORIDADES PÚBLICAS DIFERENTES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN IMPONEN SANCIONES DISCIPLINARIAS

La tesis que se ha sostenido en ambas Subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado se puede extraer de las providencias de fechas 25 de septiembre de 2013 y 26 de abril de 2016, que expresa en síntesis que “[...] pese a que en los artículos 149, 151, 152 y 154 *ib.*, no existe claridad en la asignación de la competencia respecto de los actos de tal naturaleza [disciplinarios] expedidos por autoridades pertenecientes a las **demás Ramas y Órganos del Poder Público distintos de la Procuraduría General de la Nación**, la misma debe recaer en los Tribunales Administrativos en 1ª instancia ya que debe equipararse a la competencia que fue asignada para el conocimiento de asuntos donde se controvierten actos disciplinarios expedidos por “los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación”, aun cuando implique retiro temporal o definitivo del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la tesis imperante en la Sección es que el control de legalidad de los actos expedidos en ejercicio del poder disciplinario por las Oficinas de Control Interno o funcionarios con potestad para ello en las Ramas, Órganos y Entidades del Estado, es competencia del Tribunal Administrativo en primera instancia, de conformidad con el

numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en atención a que tal facultad es equiparable a la que ejercen los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación, aún en los casos en que la sanción implique retiro temporal o definitivo del servicio, toda vez que esta regla de competencia no atiende a la cuantía.

Sin embargo, una nueva lectura de las reglas de competencia previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, especialmente los artículos 149 (numeral 2), 151 (numeral 2), 152 (numeral 3), 154 (numeral 2) y 155 (numeral 3), permiten a la Sala plantear una nueva tesis sobre la distribución de la competencia en estos asuntos disciplinarios a partir del factor objetivo (cuantía de las pretensiones), con la clasificación entre demandas contra actos administrativos disciplinarios con cuantía (destitución e inhabilidad, suspensión y multa) y demandas contra actos administrativos disciplinarios sin cuantía (amonestaciones escritas).

Lo anterior, por cuanto, para el conocimiento de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos disciplinarios, las normas de competencia se refieren de manera especial a la cuantía, por ende, es un factor que no se puede desconocer para efectos de distribuir la competencia entre los juzgados y los tribunales administrativos. En unos casos se atribuye la competencia sin atención a la cuantía, en otros casos, cuando carecen de cuantía y los demás, como se señalará a continuación, de acuerdo a la cuantía de las pretensiones.

La interpretación que efectúa esta Sala de decisión es la que se aproxima con mayor objetividad, por atender a un factor objetivo, a una distribución más equitativa de los asuntos de naturaleza disciplinaria entre los juzgados y los tribunales administrativos, con la garantía, además, de la doble instancia, tanto en unos como en otros.

Bajo este criterio la Sala distinguirá entre demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos sancionatorios con cuantía y demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos sancionatorios sin cuantía.

3.1 Competencia para conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos dictados en ejercicio del poder disciplinario por otras Ramas, Órganos y Entidades del Estado distintas de la Procuraduría General de la Nación con cuantía.

En este acápite se establecerá la competencia para el conocimiento de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos expedidos por las autoridades administrativas de los diferentes órdenes, distintas de la Procuraduría General de la Nación, con cuantía, estos son, los que imponen las sanciones de (i) Destitución e inhabilidad general; (ii) Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad; (iii) Suspensión, o (iv) Multa.

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.

(...)

Para la Sala, este numeral corresponde claramente a la regla de competencia para demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos, **entre otros**, de carácter sancionatorio. Es importante precisar que esta clase de asuntos, los administrativos sancionatorios, no tiene una disposición expresa, como sí la tienen en este artículo los relativos a contratos, laborales o tributarios, entre otros. En este sentido, y **sin excluir otros asuntos**, puede interpretarse como una disposición completa en materia de competencia para asuntos sancionatorios disciplinarios, así: para las sanciones disciplinarias, con cuantía, emanados de cualquier autoridad, y, sin atención a la cuantía para las sanciones disciplinarias expedidas por

los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes del Procurador General de la Nación.

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.

3.2 Competencia para conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos dictados en ejercicio del poder disciplinario por otras Ramas, Órganos y Entidades del Estado distintas de la Procuraduría General de la Nación sin cuantía.

Frente a las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias que no tienen cuantía que, como se señaló anteriormente, solo son las **amonestaciones escritas**, la Sala advierte que existen estas reglas de competencia, específicamente previstas por el legislador, así:

La primera regla especial de competencia se trata de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias que **carezcan de cuantía**, es decir, **las amonestaciones escritas**, expedidos por **autoridades nacionales**, que para la Sala son de conocimiento **del Consejo de Estado en única instancia** conforme con el numeral 2 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, numeral que se refiere a los procesos en que se controvierten actos administrativos expedidos en ejercicio del poder disciplinario (...)

(...)

La interpretación que efectúa la Sala de este numeral es la de una regla de competencia para asuntos disciplinarios, como se estableció en el acápite anterior. Esto es por cuanto se trata de un solo numeral en el que el legislador incorporó la regla de competencia para los asuntos que carezcan de cuantía, emanados de autoridades nacionales, donde pueden haber los disciplinarios y, sin atención a la cuantía para los expedidos por el Procurador General de la Nación.

La siguiente regla está prevista en el artículo 151 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que atribuye a los **tribunales administrativos** el conocimiento, en **única instancia**, de los procesos 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**, impuestas por las **autoridades departamentales**. Como las sanciones que no originan retiro temporal o definitivo del servicio, son las multas y las amonestaciones escritas, las sanciones a que se refiere este numeral no son otras que las amonestaciones, toda vez que las multas siempre tienen cuantía.

En efecto, el artículo 151 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 151. Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia. *Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:*

[...]

2. *De los procesos 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, impuestas por las autoridades departamentales”.*

La tercera regla está contenida en el numeral 2 del artículo 154 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en cuanto señala:

“Artículo 154. Competencia de los jueces administrativos en única instancia. *Los jueces administrativos conocerán en única instancia:*

(...)

2. De la nulidad y restablecimiento del derecho que carezca de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades municipales”.

De acuerdo con lo anterior, 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.

(..)

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”.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y previo a decidir el caso concreto, la Sala considera necesario precisar que, 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...».

Carmelo Perdomo Cuéter, César Palomino Cortés, Sandra Lissete Ibarra Vélez, William Hernández Gómez, Rafael Francisco Suárez Vargas (aclaración de voto), Gabriel Valbuena Hernández.

RÉGIMEN SALARIAL
Y PRESTACIONES SOCIALES

I. SALARIO

RECONOCIMIENTO A SALARIO Y DERECHO A LEPROSORIO DE EMPLEADO DEL MINISTERIO DE GUERRA

No cobija solo a los militares

6 de abril de 1933

Radicación: CE-EXP1933-N0406

«Fundándose en lo dispuesto en la Ley 40 de 1922, el doctor José Antonio Archila solicita para su poderdante, el señor Luis Arturo Prieto, el reconocimiento del derecho de asilo en el leprosorio de Agua de Dios, con una asignación mensual de \$ 45, o sea el sueldo que venía devengando como empleado del Ministerio de Guerra al tiempo de ser retirado del servicio, por hallarse enfermo de lepra.

(...)

La Ley 40 de 1922, a la cual se acoge la demanda, dice así en su artículo 19:

“Los jefes y oficiales, clases e individuos de tropa que comprueben ante el Ministerio de Guerra haber contraído la enfermedad de la lepra durante su servicio en el Ejército, tendrán derecho, además del asilo en los leprosorios nacionales, al sueldo correspondiente a su empleo, mientras permanezcan a en los lazaretos.”

(...)

Pudiera pensarse a primera vista, frente a esta disposición, juez el demandante no tiene derecho a la gracia o protección social que solicita, por cuanto carece del carácter militar que parece exigir la disposición transcrita, para poderse acoger a sus beneficios.

Pero un detenido estudio del problema deja ver claramente que en modo alguno fue ese el pensamiento del legislador al atender a una imperiosa necesidad del Ejército, como reza el título de la Ley 40 citada, sino antes bien, hacer extensiva tal gracia a todos los miembros de la institución armada, que tanto la componen los militares de más alta graduación, suboficiales e individuos de tropa, como todo aquel tren administrativo indispensable para el correcto funcionamiento de la armada. Y tanto es ello así, que cuando la ley habla de las asignaciones de los miembros del Ejército, se refiere no solamente a los militares propiamente dichos, sino también a todos aquellos otros servidores que en un plano inferior, pero no menos importante, cooperan con sus conocimientos en la marcha regular de tan vasta institución.»...

(...)En resumen: si hubiera de admitirse en el presente caso que no existe el derecho reclamado, bajo la única razón de que quien lo reclama no ofrece todas las características de un militar, entonces habría que llegar a la conclusión de que este ciudadano colombiano constituye una excepción a todas aquellas leyes que se han venido dictando dentro de la acción protectora del Estado, con el laudable fin de atender a la asistencia personal de los que sufren accidentes o enfermedades a causa del trabajo diario o profesional, ya sean ellos empleados de los diversos ramos de la administración pública o de las empresas privadas.»...

Félix Cortés, Víctor Pérez, Nicasio Anzola, Junio Cancino, Pedro Gómez Naranjo, Pedro Martín Quiñónez, Pedro Alejo Rodríguez.

**SALARIO DE MIEMBRO DEL EJÉRCITO
CON ENFERMEDAD DE HANSEN**

Su reconocimiento es incompatible con sueldo de retiro

9 de noviembre de 1933

Radicación: CE-EXP1933-N0911

...«Los expertos señores doctores Abraham Salgar A., A. Benchetrit y Arturo Arboleda, se ratificaron en forma legal ordinaria en sus exposiciones certificadas, operantes a los folios 14 a 16 del juicio; y al ratificarse, razonaron así:

El primero:

Presente el doctor Abraham Salgar A., ratificó su diagnóstico y lo complementó de la manera siguiente: a la primera cuestión, respondió: la enfermedad presentaba al examen clínico síntomas característicos de una evolución crónica que no es posible pensar que el contagio fuera de fecha reciente. A la segunda; la biología del bacilo de Hansen es tan incierta, que no es posible responder científicamente a la pregunta aludida; pero las condiciones azarosas de la vida militar, los cambios bruscos de temperatura, las privaciones, el alojamiento en posadas quizá infectadas, etc., sin duda alguna debilitan el organismo y lo predisponen a contraer cualquier infección, y en el caso presente la leprosa.

(...)

El segundo:

Al punto segundo expuso: como el período de la incubación de la lepra no se puede precisar en forma absoluta, y el señor Cubillos permaneció en el Ejército durante treinta y un años, es de suponer con noventa y nueve probabilidades contra una, que la enfermedad la contrajo durante ese período, y que antes de ese período no padecía de dicha enfermedad, porque

de haberla tenido le habrían aparecido algunos de los síntomas clínicos durante el largo tiempo que estuvo sirviendo como militar; porque aunque se citan casos extremos de larga incubación del bacilo que produce la enfermedad, estos son excepcionales.

(...)

El último:

Al punto segundo dijo: Como el período de la incubación de la lepra no se puede precisar en forma absoluta, y Cubillos permaneció en el Ejército durante treinta y un años, es casi seguro que la enfermedad la contrajo durante este período, y que antes de entrar al Ejército no era leproso, porque de haberlo sido habrían aparecido los síntomas clínicos que no constan en sus antecedentes morbosos, por lo cual aseguro que la enfermedad fue contraída en los últimos treinta años.

Con tan autorizadas opiniones, que están basadas en hechos del orden físico perceptibles a través de las demás categorías de pruebas existentes, se cumple ampliamente la condición exigida por la ley, que instituye la gracia solicitada y el decreto reglamentario, marcado con el número 1702 de 1922.

Luego es ya oportuno decretar favorablemente la demanda.

Sin otras consideraciones el Consejo de Estado, en armonía con la opinión del señor Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: el señor Coronel Antonio L. Cubillos tiene derecho a gozar del sueldo correspondiente a su grado en el Ejército, durante el tiempo que, a partir de la fecha de esta sentencia, permanezca en el Lazareto de Agua de Dios, o en cualquier otro lugar de asilo de la misma índole, por razón de la enfermedad que ha contraído al servicio de la República, y tiene, además, derecho al asilo en el respectivo leprosario. Deberá suspenderse el pago del sueldo de retiro desde el momento en que de los fondos comunes del Tesoro, se le comience a pagar la gracia decretada...»

Félix Cortés, Pedro Martín Quiñones, Nicasio Anzola, Junio E. Cancino, Pedro A. Gómez Naranjo. Víctor M. Pérez, Pedro Alejo Rodríguez.

**SOBRESUELDO PARA LOS EMPLEADOS CIVILES Y MILITARES
DEL MINISTERIO DE GUERRA**

*Para el personal que fue trasladado a la región amazónica
para enfrentar la guerra con el Perú*

8 de junio de 1937

Radicación: CE-EXP1937-N0608

«El señor Agustín Estévez Briceño, en ejercicio de la acción privada, solicita del Consejo, por demanda presentada el 10 de noviembre próximo pasado, la nulidad de la Resolución número 708 de 1936, agosto 19, originaria del Ministerio de Guerra, y que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se le reconozca el valor del sobresueldo del 25 por 100 y el valor de la alimentación a que cree tener derecho, y que fueron negados por dicho ministerio en la resolución acusada.

(...)

Al sobresueldo establecido por los decretos 1621 y 964 sólo pueden tener derecho aquellos individuos que prestando sus servicios en regiones distintas a las afectadas por el conflicto internacional, eran trasladados a éstas, o sea, que dicho sobresueldo fue creado para favorecer a aquellos empleados permanentes, civiles o militares, cuyos sueldos se habían fijado con anterioridad al traslado de los respectivos empleados a la intendencia del Amazonas y a las comisarías del Caquetá y Putumayo.

Tal sobresueldo no fue creado para aquellos empleados que directamente iban a prestar sus servicios en dichas zonas, porque, como lo anota el Ministerio de Guerra, la fijación de los sueldos en la región del Sur, se informó en el criterio de englobar en una sola suma tantos sueldos, propiamente dichos, como sobresueldos y partida de alimentación, es decir, que en la determinación de estos sueldos se tuvo en consideración la carestía de la vida, lo pesado del servicio y lo ardiente y malsano del clima, circunstancias

que no fueron apreciadas al fijar los sueldos de los empleados que venían prestando sus servicios cuando fueron trasladados a dichas regiones.»

Francisco Samper Madrid, Isaías Cepeda, Pedro Martín Quiñones, Elías Abad Mesa, Guillermo Peñaranda Arenas, Ramón Miranda, Ricardo Tirado Macías.

SALARIO MÍNIMO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LOS DEPARTAMENTOS

*La fijación de las escalas de remuneración de los empleos departamentales es
competencia de las asambleas departamentales*

26 de abril de 1944

Radicación: CE-EXP1944-N0426

...«Dentro de las actividades propias de las asambleas, señaladas por el artículo 186 de la Constitución, que desarrolla el 97 de la Ley 4° de 1913, cabe perfectamente, en sentir del Consejo, la de atender a la fijación del salario mínimo de los obreros que trabajan en las obras públicas del departamento. Esta actividad es, precisamente, encaminada a dirigir la administración pública en lo referente a las obras que se adelantan con los recursos propios del departamento. No es necesario que la ley señale en forma específica como función de las asambleas la de fijar los salarios de los trabajadores. Basta con el hecho de hallarse dentro de las atribuciones de las dichas corporaciones la de atender a la administración de los bienes del departamento, al arreglo, fomento y administración de las obras y establecimientos públicos que interesen exclusivamente a la respectiva sección, para que puedan válidamente las asambleas departamentales hacer la fijación del salario mínimo de sus obreros.

Cree el demandante que esta actividad corresponde al legislador y que la Asamblea de Bolívar se adelantó a éste al dictar la ordenanza número 7 de 1942. Pero esta apreciación no es exacta. No ha sido la Asamblea de Bolívar la primera en señalar el salario mínimo de los obreros del departamento. Otras, como la de Antioquia, desde hace varios años han hecho lo mismo, y está bien que sean las corporaciones seccionales las que dicten esa clase de medidas, dado que las condiciones de vida de una comarca a otra cambian fundamentalmente, y la fijación que hiciera el legislador nacional, fuera de que haría una nivelación inconveniente, sobre circunstancias disímiles,

invadiría un campo vedado si pretendiese entrar a regular cuestiones relativas a la administración de las secciones, cuyos patrimonios gozan de garantías que la misma Constitución les reconoce y que, por tanto, son ellas las llamadas a atenderlo en virtud de claros preceptos legales.»...

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda, Carlos Rivadeneira, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.

SALARIO Y PRESTACIONES SOCIALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE PRESTAN SUS SERVICIOS EN EL EXTERIOR

*Se pagan en moneda extranjera mientras permanezcan prestando
el servicio en el exterior*

4 de julio de 1959

Radicación: CE-SNG-EXP1959-N0704

«...Es obvio que, por regla general, el Estado paga sus servicios en moneda nacional. Ha habido excepciones especialmente en el pago a los diplomáticos y a otros servidores públicos que, aun cuando no reciben ese carácter desempeñan un cargo en el exterior. Para estos casos el legislador ha dispuesto que dichos servicios se paguen en dólares americanos. ¿Cuál la razón?

Sencillamente por esto: la moneda en los países llamados subdesarrollados está frecuentemente sujeta a fluctuaciones en demérito de su poder adquisitivo. El empleado que por razón de sus servicios está obligado a vivir en el exterior, no puede con nuestra moneda, especialmente si se trata de países de moneda sana, subvenir a las necesidades de la vida; y mucho menos llevar una existencia decorosa en representación de su patria. Entonces se han querido unificar los pagos de sueldos tomando como base o patrón el dólar de los Estados Unidos de América, considerada universalmente como la moneda más sana y estable.

Pero es natural que esta excepción no puede abarcar más que los emolumentos que el empleado necesita para su vida en el exterior; principalmente el sueldo. Los otros derechos consecuenciales como son las prestaciones sociales, especialmente aquellas cuyo reconocimiento es posterior al ejercicio del cargo y por ende su disfrute serán en Colombia, no pueden ser pagados en dólares, pues a ello se opone el espíritu de nuestra legislación y la equidad natural.

Los términos en que está concebido el artículo 1° del Decreto 311 de 1951 son absolutamente claros y se refieren a todas las prestaciones sociales de los empleados que hayan servido en el exterior. Esta última locución «que hayan servido» da la pauta precisa para la aplicación del mandato legal. Quiere ello decir que se pagarán en pesos colombianos a razón de un peso por cada dólar, las prestaciones sociales causadas después del ejercicio del cargo, prestaciones que, como se ha dicho, van a ser disfrutadas en Colombia. De manera que, cuando la Caja de Previsión reconoce a los empleados algunas prestaciones en dólares, vgr. el auxilio por enfermedad o la asistencia médica, no lo hace por mera liberalidad como se ha dicho, sino porque así lo dispone la ley al establecer que las prestaciones que se pagan en pesos colombianos son aquellas a que tienen derecho los que «hayan servido en el Exterior». Las prestaciones que se pagan durante el servicio del empleado en el Exterior y para subvenir las necesidades de su vida allí, pueden ser cubiertas en dólares...».

*Jorge de Velasco Álvarez, Guillermo González Charry
(salvó voto), Alfonso Meluk, José Urbano Múnera.*

REMUNERACIÓN EN ENCARGO

La administración no puede beneficiarse de los servicios de un funcionario que ha nombrado a título de encargo, y se niegue a remunerarlo de acuerdo a la labor desempeñada

21 de noviembre de 1989

Radicación: CE-SEC2-EXP1989-N1121

...«[D]educer la Sala que efectivamente el señor Benítez Reina ocupó, como encargado, la Jefatura de la División de Fronteras en el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 5 de julio de 1979, cuando se posesionó en dicho empleo en virtud de encargo conferido por Decreto 1552 de 28 de junio de 1979, y hasta su retiro del servicio ocurrido el 25 de marzo de 1983.

La copia del acta de entrega de la División a quien fue nombrado para desempeñar el cargo, señor Alberto Martínez Barbosa suscrita en esa fecha y no tachada de falsa, así lo demuestra.

El Ministerio no desconoce abiertamente este hecho, simplemente afirma que como el encargo en caso de vacancia definitiva no puede sobrepasar los tres meses, el señor Benítez debió cesar automáticamente en el desempeño de las funciones de Jefe de División de Fronteras y por tanto sólo se le canceló sueldo como tal hasta el 8 de octubre de 1979.

Ciertamente el artículo 23 del Decreto 2400 de 1968 fija límite al encargo y estatuye que al vencimiento del término señalado, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y el cargo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales. En similar sentido está redactado el artículo 34 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

Pero dichas normas, no relevan a la administración de cumplir la obligación correlativa que reconozca el derecho que tiene todo empleado

a percibir la remuneración que la ley fija para el empleo que desempeña, derecho consagrado también en disposición legal.

Si la administración permite como en el caso que nos ocupa, que un encargo se prolongue por más de 3 meses en caso de vacancia definitiva, tal proceder es en efecto irregular, pero no achacable al encargado.

Los elementos de juicio que obran en el proceso muestran que mientras el señor Benítez desempeñó el cargo como Jefe de División de Fronteras, en ningún momento se le comunicó que al vencimiento de 3 meses debía cesar el encargo ni se dio posesión a otro funcionario para que asumiera tales funciones.

Estima la Sala que no es jurídico ni equitativo, que la administración escudada en su propio error, eluda el cumplimiento de las obligaciones que tiene para con sus servidores.

Dicho con otras palabras, no es lícito que la administración se beneficie de los servicios de un funcionario que ella misma ha colocado en un determinado empleo a título de encargo, y se niegue a remunerarlo como corresponde porque en razón de su negligencia desconoció disposiciones sobre términos de ese encargo, que sólo a ella le compete cumplir.

En este orden de ideas se concluye:

Admitido el hecho del desempeño de las funciones de Jefe de la División de Fronteras en el Ministerio de Relaciones Exteriores por parte del señor Pedro José Benítez Reina, desde el 5 de julio de 1979 y hasta el 25 de marzo de 1983, debe cancelársele la diferencia salarial no pagada; es decir, entre lo que se le reconoció como Jefe de Sección y lo que le correspondía como Jefe de División, pues no era incompatible el desempeño de los dos cargos, uno como titular y el otro como encargado, por voluntad de la administración.»...

*Álvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz
(Con salvamento de voto), Clara Forero de Castro.*

RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL

Reliquidación salarial y prestacional con los incrementos salariales anuales para empleado que no opta por el nuevo régimen establecido en el Decreto 57 de 1993

30 de enero de 2003

Radicación: 85001-23-31-000-1999-0395-01(3539-01)

«[E]l artículo 14 párrafo de la citada Ley, indicó que el Gobierno Nacional revisaría “el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

El Decreto 57 de 7 de enero de 1993, expedido en virtud de las facultades señaladas en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, previó en el artículo 1º un régimen salarial y prestacional de OBLIGATORIO cumplimiento para los empleados de la Rama Judicial que se vincularan al servicio con posterioridad a su vigencia y estableció en el artículo 2º, que tales servidores podían optar por una sola vez antes del 28 de febrero de 1993, por el régimen salarial y prestacional allí establecido, y que quienes no lo prefirieran, continuaban rigiéndose por las normas legales vigentes a la fecha.

La actora según se afirma en la demanda no eligió el régimen OPTATIVO U OBLIGATORIO previsto en el Decreto 57 de 7 de enero de 1993, y ello implica que no se acogió a la remuneración mensual fijada en el artículo 3º con vigencia a partir del 1º de enero de 1993. Por el contrario, escogió el régimen ORDINARIO O ANTIGUO, y la asignación básica contemplada en el artículo 4º del Decreto 51 de 1993, con entrada en vigencia, igualmente a partir del 1º de enero de 1993.

Evidentemente, la asignación básica prevista en el artículo 4º del Decreto 51 de 1993 es menor a la señalada en el artículo 3º del Decreto 57 del mismo año, pero sucede que quienes continúan en el régimen ORDINARIO

O ANTIGUO, a su turno disfrutaban del reconocimiento y pago de la prima de antigüedad, aserto que fluye del artículo 17 del precitado Decreto 51 de 1993.

En guarda del principio de nivelación y atendiendo los criterios de equidad que motivaron al legislador a expedir el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, el ejecutivo otorgó a los servidores que continuaron en el régimen ORDINARIO O ANTIGUO un estímulo especial, contenido en el artículo 17 del Decreto 57 de 1993.

(...)

El alcance de la norma en mención, significa inequívocamente que los empleados que no se acogieron al régimen OPTATIVO U OBLIGATORIO, para el año 1993 tienen derecho a un porcentaje del 2.5% sobre la asignación básica mensual que devengaban a 31 de diciembre de 1992 sin perjuicio de la tabla salarial incrementada que fijó el Gobierno para 1993.

(...)

Mediante el Decreto 104 de 13 de enero de 1994, se dispuso la fijación de la asignación básica mensual de los servidores públicos de la Rama Judicial que no se acogieron al régimen previsto en el Decreto 57 de 1993. En el artículo 4º, para el Grado 9º que desempeñaba la actora en su condición de Oficial Mayor del Juzgado Promiscuo del Circuito de Yopal se fijó el monto de \$232.157, sin perjuicio de la prima de antigüedad.

A través del Decreto 106 de 1994 se establece en el artículo 1º la fijación del régimen salarial obligatorio para quienes optaron por lo dispuesto en los Decretos 57 y 110 de 1994. En el artículo 4º se previó el régimen salarial para los miembros de la Rama Judicial que se acogieron a tales disposiciones y el dilema jurídico se presenta con la expedición del parágrafo del mencionado artículo 4º.

(...)

La “remuneración” a la cual se refiere la norma comprende un porcentaje del 2.5% sobre la asignación básica mensual que devengaban a 31 de diciembre de 1992 y el salario fijado por el Gobierno para el año de 1993 a través del artículo 4º del Decreto 51 de 1993, cuya sumatoria arrojó un total de \$195.702.30.

Una interpretación armónica e integral permite este aserto, si se observa que el artículo 17 del Decreto 57 de 1993 tuvo por efecto determinar la

remuneración que correspondía al servidor que no optó por el nuevo régimen para el año 1993 y ésta se conformó por el porcentaje equivalente del 2.5% de la remuneración devengada a 31 de diciembre de 1992 “sin perjuicio” de la fijación salarial ordenada por el Gobierno para dicho año. (1993).

En consecuencia, estima la Sala que cuando el artículo 4º parágrafo 4º del Decreto 106 de 1994 se refirió a la “remuneración” contemplada en el artículo 17 del Decreto 57 de 1993, ésta comprende la “remuneración” del año 1993, o sea la suma de \$195.702.30 sobre la cual debía aplicarse el porcentaje del 21% que arroja un total de \$41.097.48, a la cual se agrega la asignación básica mensual fijada por el Gobierno en el Decreto 104 de 1994 para quienes no se acogieron al régimen salarial y prestacional del Decreto 57 de 1993 y que en el caso de la actora por desempeñarse en un cargo Grado 9º correspondía a la suma de \$232.157 (artículo 4º), luego para el año 1994 la actora debió recibir la suma mensual de \$273.254.48.

Armoniza con los criterios de nivelación y equidad salarial previstos en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4a de 1992, que para quienes no se acogieron al régimen salarial del Decreto 57 de 1993 se estableciera un incremento porcentual sobre la remuneración del año anterior, adicional al incremento de Ley. »...

*Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro,
Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez Maldonado,
Nicolás Pájaro Peñaranda, Jesús María Lemos Bustamante.*

INCREMENTO SALARIAL ADICIONAL DE LOS SERVIDORES ANTIGUOS DE LA RAMA JUDICIAL

Es incoherente que el valor de la remuneración de quienes no optaron por el nuevo régimen salarial se incremente cada año dos veces con el mismo porcentaje

3 de marzo de 2005

Radicación: 25000-23-25-000-2001-01125-01(6048-03)

...«El régimen salarial de los servidores de la Rama Judicial, fue objeto de revisión para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 14 parágrafo de la ley 4ª de 1992. En esta norma, se obligó al Gobierno Nacional a estudiar “el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

Con tal antecedente, se expidió el Decreto 57 de 7 de enero de 1993, que estipuló un nuevo régimen salarial y prestacional, para los servidores de la Rama Judicial que se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia; fijo el valor de la remuneración correspondiente a dicho año; y señaló, para quienes en esa fecha servían a la Rama, la permanencia del régimen salarial y prestacional anterior, a menos que de forma libre optaran por el nuevo, antes del 28 de febrero de 1993.

Para quienes continuaron con el régimen anterior, el Gobierno Nacional señaló el valor de la remuneración correspondiente al año de 1993, en el artículo 4º del decreto 51 de 1993.

(...)

En tal norma se definió un valor en términos nominales. Se entiende que para ese año 1993, el Gobierno decidió un incremento porcentual adicional de nivelación, que se aplica sobre la asignación básica que devengaban los servidores a 31 de diciembre de 1992, sin perjuicio de la tabla salarial

incrementada que ya había fijado. La liquidación del salario correspondiente a 1993 debió incluir: el valor de la asignación básica estipulada por el gobierno para cada grado según la tabla definida en el decreto 51 de 1993, más un incremento del 2.5% sobre el valor de la ASIGNACIÓN BÁSICA que recibía el funcionario a 31 de diciembre del año 1992.

En términos similares, para el año siguiente, 1994, el Gobierno mantuvo el incremento porcentual adicional de nivelación, incrementando su valor en un 21%. Ello se deduce del claro tenor literal del artículo 4° del Decreto 106 de 1994 que no deja dudas de interpretación.

Se debe precisar respecto de tal incremento adicional, que la asignación básica es un concepto diferente de la remuneración mensual pues ella es una especie de esta; así la “asignación básica” prevista en el artículo 4° del Decreto 51 de 1993 es inferior a la “remuneración” mensual señalada en el artículo 4° del Decreto 57 del mismo año. Se entiende que quienes continúan con el régimen “anterior”, tienen derecho al reconocimiento y pago de prima de antigüedad según lo estipula el artículo 17 del precitado Decreto 51 de 1993 y esta forma de retribución mensual forma parte de su “remuneración”.

En el año de 1995, y de forma similar a como procedió en los años 1993 y 1994, el Gobierno Nacional expidió dos decretos que definieron el salario de los servidores de la Rama Judicial: El Decreto 47 que fijó en términos nominales la retribución correspondiente a quienes no se acogieron al nuevo régimen salarial y prestacional; y el Decreto 43 que en iguales condiciones fijó la retribución de quienes se someten al nuevo régimen.

(...)

Se observa que quienes no se acogieron al nuevo sistema salarial y prestacional creado en 1993, conservan por expreso mandato del artículo 17 del Decreto 51 de 1993, el derecho a recibir prima de antigüedad. Este beneficio consiste en un porcentaje de la asignación básica que se causa en forma adicional y creciente para cada funcionario según el tiempo servido. En este orden de ideas, el valor de la prima de antigüedad es distinto para cada empleado y se incrementa de forma automática cuando aumenta la asignación básica: cuando el Gobierno expidió los Decretos que contienen el valor nominal de la Asignación Básica incrementada de cada año, estaba igualmente incrementando el valor de la prima de antigüedad correspondiente; es decir incrementaba su remuneración.

Así las cosas, y entendiendo que el ordenamiento jurídico debe tener armonía, resultaría incoherente que el valor de la remuneración que corresponde a cada empleado se incremente cada año dos veces con el mismo porcentaje. En efecto, se observa que el valor nominal de incremento anual que estipularon los decretos 47 de 1995, 34 de 1996, 47 de 1997, 65 de 1998, 43 de 1999, y 2739 de 2000 en los artículos 4; corresponde exactamente al porcentaje de incremento que definen los párrafos de los Decretos 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 44 de 1999, y 2740 de 2000.

Por ello la Sala acoge la segunda posibilidad interpretativa, frente a la desafortunada inclusión y redacción de los párrafos mencionados, para entender que el porcentaje que ellos contienen, repite en términos porcentuales el incremento que nominalmente ha definido el Gobierno cada año en el decreto correspondiente, y que tales párrafos no otorgan un incremento adicional. De esta forma se rectifica el criterio de interpretación que esta Sección había adoptado en decisiones anteriores...»

*Ana Margarita Olaya Forero, Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro,
Jesús María Lemos Bustamante, Alejandro Ordóñez Maldonado.*

REAJUSTE SALARIAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS

*Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20 por ciento.
Salario mensual equivalente a un salario mínimo aumentado en un 60 por ciento
en vigencia de la Ley 131 de 1985. Sentencia de unificación*

25 de agosto de 2016

Radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

...«[E]l principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.

Agrega la Sala, que al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793 y 1794 de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.

De manera que con la interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, que se prohija en esta sentencia de unificación, no se está generando una nueva norma a través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicable fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000, a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado.

(...)

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° 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%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.»...

*Sandra Lisset Ibarra Vélez, Luis Rafael Vergara Quintero,
Carmelo Perdomo Cuéter, Gabriel Valbuena Hernández,
William Hernández Gómez, César Palomino Cortés.*

**NULIDAD DEL DECRETO QUE AUMENTÓ
EL SALARIO MÍNIMO PARA EL AÑO 2016**

Al configurarse la falta de motivación, falencia de carácter sustancial que compromete la legalidad del acto demandado

30 de marzo de 2017

Radicación: 11001-03-25-000-2016-00019-00(0034-16)

...«[E]n nuestro ordenamiento jurídico 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.

(...)

Pues bien, la obligación de instaurar sistemas para la fijación de salarios mínimos se dispuso por primera vez en 1928, en el Convenio núm. 26 y la Recomendación núm. 30 de la OIT. En ellos se impone el deber a los Estados que lo ratifiquen, de instituir y mantener métodos que permitan el establecimiento de «tasas mínimas de los salarios de trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos.»

El Convenio núm. 39 y la Recomendación núm. 85 de 1949 suscritos por la OIT son las principales normas en materia de protección del salario. Estos tienen por objeto resguardar a los trabajadores contra actuaciones que puedan colocarlos indebidamente bajo la dependencia del empleador y asegurar que los salarios se paguen íntegramente y sin demora.

Posteriormente 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. De esa misma anualidad es el Convenio núm. 144, mediante el cual los Estados se comprometieron a poner en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas entre los representantes del Gobierno, de los trabajadores y de los empleadores.

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. En desarrollo de este mandato superior el Código Sustantivo del Trabajo definió, en su artículo 145, el salario mínimo

(...)

[L]a Constitución Política en el artículo 56 contempló la creación de una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores para fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales.

(...)

[E]l legislador expidió la Ley 278 de 1996, que reguló la composición y el funcionamiento de la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales y le asignó, entre otras facultades, «el fijar de manera concertada el salario mínimo de carácter general, teniendo en cuenta que se debe garantizar una calidad de vida digna para el trabajador y su familia» para lo cual se otorgó un plazo máximo hasta el 15 de diciembre de cada anualidad.

Cumplido el citado término sin que se llegare a un consenso, la Ley, en el artículo 8, autorizó al Gobierno Nacional para determinar el salario mínimo a más tardar el 30 de diciembre de cada año, teniendo en cuenta como parámetros, los siguientes: - La meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República. - La productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. - La contribución de los salarios al ingreso nacional. - El incremento del producto interno bruto (PIB). - El índice de precios al consumidor (IPC).

(...)

[C]uando se frustra la posibilidad de llegar a un consenso con los trabajadores y empresarios y el Gobierno queda facultado para fijar unilateralmente el salario mínimo que habrá de regir el año siguiente, deberá motivar el acto administrativo, haciendo mención expresa al nivel e incidencia de cada uno de los factores mencionados en la decisión de la Corte Constitucional. Nota de relatoria: Sobre la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 278 de 1996 ver sentencia de la Corte Constitucional C-815 de 1999

(...)

[L]os vicios invalidantes del acto administrativo tienen una relación directa con sus elementos. En otras palabras, la ausencia o la insuficiencia de alguno de tales elementos, comprometen la validez de la decisión administrativa y están llamados a determinar su expulsión del ordenamiento jurídico mediante la declaratoria de su nulidad en sede judicial.

Ahora bien, en cuanto la motivación como elemento del acto administrativo, esta se entiende como la expresión de los móviles que impulsaron al titular de la función administrativa a adoptar determinada decisión. Comporta los fundamentos de hecho y de derecho que la autoridad ha debido tener en cuenta para pronunciarse en uno u otro sentido. En ese orden, los fundamentos de hecho constituyen los supuestos fácticos en los que se soporta la decisión, mientras los de derecho vienen a ser los cimientos de orden constitucional y legal que sirvieron de base a la autoridad para decidir determinado asunto.

Siguiendo con el hilo de lo expuesto, es necesario puntualizar que se habla de “falsa motivación” cuando se presenta una disconformidad entre la realidad fáctica y jurídica que ha debido servir de fundamento al acto y los fundamentos fácticos y jurídicos que finalmente quedaron consignados en la decisión administrativa.

(...)

Al tratarse de un vicio de forma se debe tener en cuenta el criterio fijado por la jurisprudencia que apunta a establecer qué tipo de vicios formales tienen la entidad de comprometer la validez del acto administrativo. Al respecto se ha podido establecer que existen formalidades sustanciales y no sustanciales, siendo las primeras aquellas con la capacidad de enervar la presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos. Estas formalidades se caracterizan por ser mecanismos que garantizan los derechos de los afectados y aseguran que la decisión adoptada se de en

un sentido y no en otro. Además de ello, no puede perderse de vista que la exigencia de la motivación se explica por la necesidad de permitir a los ciudadanos del común, conocer las razones y fundamentos que invoca la administración para adoptar la decisión, pues es a partir de allí que los destinatarios del acto administrativo puedan acudir ante esta jurisdicción especializada para cuestionar su legalidad.

(...)

Al amparo de las reglas jurisprudenciales expuestas se puede concluir “que si bien constituye causal de nulidad (no del procedimiento sino de los actos definitivos) el haber sido expedido de forma irregular, no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto. Al efecto se ha elaborado la teoría de las formalidades y procedimientos substanciales o no substanciales o accidentales en el sentido de que sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de substanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto”.

(...)

Según el criterio de la Sala, cuando se llega a un consenso en el seno de la comisión tripartita encargada de negociar el incremento del salario mínimo, se hace necesario que el Gobierno Nacional como epílogo de ese proceso de concertación, expida el respectivo decreto, el cual en el fondo viene a protocolizar el acuerdo al cual se ha llegado, al adoptarlo bajo el ropaje de un acto administrativo. En tratándose de dicha decisión, no es preciso que el gobierno nacional tenga que hacer una exposición detallada de los pormenores de la negociación y menos aún que esté obligado a referirse de manera expresa a los fundamentos técnicos que llevaron a los negociadores a acordar el incremento, por cuanto esa motivación bien puede quedar consignada en las actas de la Comisión Permanente de Políticas Salariales y Laborales establecida en el artículo 56 de la Constitución Política.

(...)

[C]uando el gobierno nacional debe proferir el Decreto de incremento en forma unilateral luego de frustrarse el proceso de negociación, la exigencia de la motivación se torna mucho más exigente y rigurosa, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en su sentencia C-815/99, en donde, como ya se ha dicho, se estableció el deber de motivar la decisión, en el sentido de explicar las razones por las cuales se fija el salario mínimo en una suma determinada, indicando el peso específico y la incidencia que tuvo cada

uno de los factores a los cuales se alude tanto en el artículo 8° de las Ley 278 de 1996 como en la sentencia de exequibilidad condicionada *ut supra* mencionada.

(...)

[L]a Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del CCA, cuyo tenor literal es idéntico al numeral 4 del artículo 162 del CPACA, en donde se regula el deber que tiene el demandante de señalar las normas violadas por el acto acusado y el concepto de su violación, en la sentencia C-197 de 1999 precisó que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección aun cuando en la demanda el actor no hubiere cumplido de manera rigurosa y satisfactoria con esa carga procesal. Asimismo, cuando dicho juez advierta una incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica está en la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad que se deriva del mandato contenido en el artículo 4 superior.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que el juez administrativo con la finalidad de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, declarar la nulidad de los actos administrativos por razones no formuladas en la demanda con sustento en la primacía de los derechos fundamentales, la aplicación preferente de la Constitución y la prevalencia del derecho sustancial (Art. 228 C.P.).

(...)

[D]entro de la órbita normal de sus competencias, el legislador, a través de la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley 278 de 1996 -interpretada con el preciso alcance que señala la Corte Constitucional-, señala para la determinación del incremento del salario mínimo unos parámetros que permiten hacer efectivo el principio de progresividad, manteniendo la necesaria flexibilidad de las políticas públicas correspondientes. En el mismo sentido, los elementos probatorios incorporados al plenario no demuestran que el incremento del salario mínimo en un 7% haya ocasionado una pérdida del poder adquisitivo de éste, con la consecuente violación de los principios de progresividad y del derecho a contar con un salario mínimo vital y móvil.

(...)

Para la Sala resulta evidente que, en atención a la relevancia y trascendencia del acto administrativo acusado y al deber de motivación en los términos ordenados por la aludida sentencia de la Corte Constitucional, 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.

(...)

Pues bien, de las pruebas recaudadas se desprende con claridad que el factor de la inflación del año 2015 tomado por el Gobierno como fundamento del acto censurado es insuficiente dado que solo comprende la inflación real de 11 meses. En cuanto a los demás factores sobre los cuales el Gobierno Nacional debe motivar el acto de fijación del salario mínimo, tampoco encuentra la Sala una motivación debida, suficiente y completa, pues omitió determinar el nivel de incidencia y el peso que cada uno de esos indicadores tiene sobre el porcentaje final de aumento del salario mínimo.

(...)

En suma, 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 fundamentación es

claramente precaria e insuficiente, pues no analizó el nivel de incidencia y el peso que cada uno de los factores tuvo sobre el porcentaje final 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.

No sobra añadir a lo anterior, que la parte considerativa del acto acusado, antes de servir de premisa a la decisión administrativa que se cuestiona en el *sub lite*, en el fondo no es más que un simple recuento de las actuaciones surtidas en la frustrada etapa de concertación, el cual, si bien sirve para justificar la razón por la cual se activó la facultad del gobierno nacional para expedir en forma unilateral el acto acusado, en el fondo es totalmente insuficiente para justificar la razón por la cual se fijó el salario mínimo del año 2016 en la suma que fue objeto de decreto y no en otra suma distinta, falencia ésta que es de carácter sustancial y compromete seriamente la legalidad del acto demandado.

(...)

De la insuficiente motivación del acto se desprende la imposibilidad de conocer, al menos con certeza, si al fijar el salario mínimo el Gobierno atendió, entre otros parámetros y con el mismo nivel e incidencia, la inflación real del año 2015, según el índice de precios al consumidor. Sin embargo es dable concluir, que ello no fue así, pues el indicador_real de la inflación del año anterior (del 1° de enero al 31 de diciembre de 2015), solo vino a consolidarse y publicarse por el DANE el día 5 de enero del año 2016, es decir, seis días después de la expedición del Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015. Como esa circunstancia es prácticamente inevitable, resulta imposible para el Gobierno cumplir con la obligación de considerar la inflación real acumulada de los 12 meses de cada año calendario/fiscal (de enero a diciembre). Sin embargo, las alternativas de solución a este problema, consistentes en tener en cuenta (i) sólo el consolidado de la inflación de los primeros once meses del año (del 1 de enero al 30 de noviembre) o (ii) dicho consolidado más una proyección de la inflación para el mes de diciembre del respectivo año, conducirían a desconocer el verdadero sentido del artículo 8 de la Ley 278 de 1996, con la interpretación y alcance que le dio la Corte Constitucional al condicionar su declaratoria de exequibilidad. Frente a tales alternativas, la Sala estima que el parámetro de la inflación real del año que culmina no puede ser el de los primeros once meses (sin incluir el mes de diciembre en que precisamente la inflación podría ser más alta), pero también quedaría

distorsionado al combinar la inflación real de los primeros once meses con una proyección de la inflación del mes de diciembre.

(...)

En estos términos, la Sala concluye que el cargo relativo al desconocimiento de la inflación real del año que culmina, según el índice de precios al consumidor también tiene vocación de prosperidad para declarar la nulidad del citado acto demandado. Sin embargo, en la parte final de esta sentencia se hacen precisiones correspondientes a los efectos de la decisión en este sentido.

(...)

El panorama expuesto permite concluir que la jurisprudencia no ofrece reglas claras para determinar con cierto grado de precisión cuáles son los efectos temporales de las sentencias que declaran la nulidad del acto administrativo, lo que obliga a la Sala a asumir una postura al respecto para suplir el vacío normativo que en este punto se presenta en tratándose de los asuntos de simple nulidad.

En correspondencia con lo anterior, la Sala estima necesario acudir a los principios de interpretación jurídica que plantea la Ley 153 de 1887 y particularmente a la figura de la analogía consagrada en su artículo 8 cuyo alcance explica que, en caso de ausencia de norma aplicable al caso concreto, se aplicarán aquellas disposiciones que regulen casos o materias semejantes.

La analogía, entonces, comporta “la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma”. Por ende, es dable acudir a lo que establece el inciso 3 del artículo 189 del CPACA en cuanto regula los efectos de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad.

(...)

La analogía propuesta se soporta en que, al igual que el medio de control de simple nulidad (art. 137 CPACA), la nulidad por inconstitucionalidad (art. 135 CPACA) se reputa objetiva en consideración a que su objeto se circunscribe a la protección del ordenamiento jurídico. Esta coincidencia,

que valga decirlo, parte de la esencia de ambos medios de control, permite que se acuda a la regulación establecida en cuanto los efectos de la sentencia proferida en sede de nulidad por inconstitucionalidad para suplir el vacío normativo que en este punto aqueja al medio de control de nulidad.

En consecuencia, la Sala concluye que la sentencia en el caso concreto produce efectos hacia el futuro en aplicación de lo previsto en el anotado inciso 3 del artículo 189 del CPACA. En este orden de ideas, la declaratoria de nulidad del Decreto 2552 de 2015 no tendrá, por las razones expresadas, ningún efecto respecto del salario que con fundamento en él devengaron los trabajadores durante el año 2016, tampoco afectará ningún valor que haya tenido como parámetro el salario mínimo, como por ejemplo las cuantías para determinar competencias administrativas o judiciales, multas, sanciones, contratos, tarifas, cuotas alimentarias y en general todo aquello que tome como referencia el salario mínimo.

En síntesis, 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.»...

Carmelo Perdomo Cuéter, Gabriel Valbuena Hernández, William Hernández Gómez (Salvamento de voto), Sandra Lisset Ibarra Vélez (Salvamento de voto), César Palomino Cortés (Salvamento de voto), Rafael Francisco Suárez Vargas (Salvamento de voto), Carmen Anaya de Castellanos (Conjuez).

II. PRESTACIONES SOCIALES

AUXILIO DE CESANTÍA

Solo puede ser reconocido en favor de los empleados que sean retirados del servicio, no de aquellos que renuncian al cargo

5 de septiembre de 1944

Radicación: CE-EXP1944-N0905

...«Tanto la ley que es la disposición básica, Ley 43 de 1942, como los decretos reglamentarios hablan clara y precisamente de los empleados que sean retirados, es decir, cuya separación del puesto se deba a una causa y a una voluntad distinta de la propia voluntad y determinación del empleado, cosa muy explicable y puesta en razón, pues la prestación indudablemente tiene como finalidad social que el empleado que es separado de su puesto y deja de devengar por determinación distinta de la suya propia, no se halle de un momento a otro bajo los rigores y desventajas del desempleo. De ahí el nombre de cesantía.

Ha querido el legislador que a un individuo a quien se le despide intempestivamente, se le reconozca una indemnización en dinero o una prestación social, mientras se organiza en otra actividad o mientras dura el desempleo. Más, si el empleado se retira voluntariamente es porque no necesita del empleo; porque tiene otros medios de subsistencia o mejores perspectivas. Las leyes sociales tienen más bien un aspecto caritativo-compensatorio y el Estado ni se propone enriquecer a nadie con ellas ni el empleado puede aspirar a fines meramente lucrativos o ganancias. Entre las locuciones gramaticales «que sean retirados (empleada por la Ley 43 de 1942) y se retiren», hay una sustancial diferencia conceptual. La primera implica un acto extraño a la voluntad del empleado, y aun opuesto a ella, y la segunda, un acto voluntario, premeditado del mismo; y sabido es, que

según norma de hermenéutica consagrada en forma expresa por el artículo 28 del Código civil, «las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.

Por manera que gramatical y legalmente las dos expresiones tantas veces citadas tienen diferentes significados, y si el legislador de 1942 hubiera querido conceder la prestación aun en el caso de retiro voluntario, de renuncia, lo habría dicho en forma expresa como lo dijo en la Ley 3 de 1937, o bien habría empleado una redacción distinta, verbigracia: «los empleados civiles del ramo de Guerra que hayan cumplido más de diez años de servicio tendrán derecho, al retirarse, a que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una cantidad equivalente a un mes del último sueldo devengado por cada año o fracción mayor de seis meses de servicio prestado sin que el total pueda exceder de treinta años»...

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda, Carlos Rivadeneira, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.

PAGO PARCIAL DEL AUXILIO DE CESANTÍA

La Ley 6ª de 1945 no estipuló que el pago parcial de cesantía debe cubrir la totalidad del valor la vivienda que desea adquirir el trabajador

5 de noviembre de 1962

Radicación: CE-SNG-EXP1962-N1105

...«La ley ha consagrado para los trabajadores el derecho al auxilio de cesantía, una vez que estos se hayan retirado del servicio. Únicamente puede liquidarse la llamada cesantía parcial, que es un anticipo de la definitiva, para efecto de que el trabajador pueda, entre otras cosas, adquirir vivienda.

La Ley 6° de 1945, que es el estatuto principal de esta prestación, al tratar de la cesantía parcial para la adquisición de vivienda no dice nada sobre la manera como ésta ha de adquirirse. Esto era naturalmente materia de reglamentación. El Gobierno lo hizo así, para los trabajadores oficiales por medio del Decreto 200 de 1947, ya se haya referido a la Ley 65 de 1946, como reza su epígrafe, o a la Ley 6° de 1945 (ambas Leyes estatuyen el derecho a cesantía).

Pero al hacerse la reglamentación en el sentido de que el auxilio parcial de cesantía debía completar el valor del lote de terreno, el Decreto 200 impuso una condición más drástica que la ley no había contemplado, pues si la Ley 6° de 1945 concede el derecho a la cesantía parcial sin distinguir si la adquisición de la vivienda deba hacerse en su totalidad o en parte, lo natural es que pueda hacerse tanto en una forma como en la otra, porque como bien lo dice la Fiscalía, “sería absurdo suponer que el trabajador debe tener medios para comprar su casa de habitación y sólo le es permitido pagar una mínima parte con su cesantía”.

Es claro que con la disposición del Decreto, que se viene comentando, lejos de hacerse para el trabajador más favorable la situación de ley, se le hace más desfavorable. El espíritu del legislador en materia laboral es el

de darle al trabajador las mejores condiciones posibles. No se puede, pues, restringir ese derecho social impidiéndole hacerse a un lote de terreno porque no pueda pagarlo de una vez.

Hay, además, cierta incongruencia en el Decreto 200, pues al paso que para la compra del terreno se exige el valor completo, en las otras operaciones como la adquisición de la casa, liberación de gravámenes o suscripción de acciones en cooperativas, se le permite al trabajador emplear la cesantía parcial para pagar parte del precio.

De todo lo anterior se concluye que entre las dos disposiciones: la de la Ley que es más favorable y la del decreto, más odiosa o restrictiva, ha de preferirse aquella, tanto por lo que a este respecto se consagra en lo referente a la aplicación de las leyes como por lo que, de manera expresa, estatuye el artículo 36 de la Ley 6° de 1945»...

*Alfonso Meluk, Jorge de Velasco Álvarez, Guillermo González
Charry, José Urbano Múnera.*

**AUXILIO DE CESANTÍA ADICIONAL POR TIEMPO
DE SERVICIO MAYOR A 20 AÑOS**

Reconocimiento con el descuento de aportes

12 de marzo de 1963

Radicación: CE-SNG-EXP1963- N0312

...«[A] haberse negado la Caja de Previsión a computar para la cesantía adicional del demandante el tiempo comprendido entre el 23 de junio de 1955 y el 30 de junio de 1957, quebrantó en forma especial los artículos 9° de la Ley 64 de 1946, 2° y 5° del Decreto 59 de 1957, y que, por tanto, son procedentes la anulación y el restablecimiento del derecho como lo solicitan la demanda y el señor Fiscal 2° de la Corporación. Pero como éste lo advierte, el pago no se puede ordenar sin que el demandante pague a la Caja, mediante descuentos que ella haga, el valor completo de los aportes que por razones de afiliación, aumentos y cuotas ordinarias habría debido aportar legalmente a la manera de cualquier otro empleado público, y como lo dispone además el artículo 5° del Decreto 59, pues contrariamente a lo que piensa el distinguido personero judicial del actor, el sistema de afiliación y pago de cuotas no es un simple detalle burocrático, sino un elemento fundamental en la constitución y funcionamiento de los Institutos de Seguridad Social, pues que son la base de su finan los trabajadores nacionales tienen derecho a las garantías establecidas por la Ley 6° de 1945 y las que la adicionan y reforman, también lo es que esa ley creó un instrumento pagador de aquellos derechos mediante un sistema de financiación en el cual la concurrencia de los asegurados es fundamental. De ahí por qué en otros casos y en oportunidades anteriores, cuando el Consejo ha anulado actos de la Caja denegatorios de derechos sociales y ha ordenado su reconocimiento, ha dispuesto también que se descuenta a los beneficiarios el valor de los aportes con que han debido concurrir, pues, se repite, la organización legal colombiana en materia de prestaciones oficiales obliga a la concurrencia económica del trabajador y no parte de la de la gratuidad.

[E]l Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el criterio del señor Fiscal, ANULA la Resolución No. 292 de 25 de enero de 1962 procedente de la Caja Nacional de Previsión Social, y dispone por vía de restablecimiento del derecho, que por la entidad citada se proceda, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, a liquidar y pagar al señor Alfonso Moisés de Jesús Roa Saavedra el valor completo de su cesantía adicional por tiempo mayor de 20 años de servicios, teniendo en cuenta el comprendido entre el 23 de junio de 1955 y el 30 de junio de 1957, y descontando de la respectiva liquidación el valor de los aportes con que ha debido contribuir, en la forma expresada en la parte motiva de este fallo»...

*Jorge de Velasco Álvarez, Guillermo González Charry,
José Urbano Múnera, Alfonso Meluk.*

PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA

Jurisdicción competente. Proceso Ejecutivo. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Procedencia

16 de julio de dos 2015

Radicación: 15001-23-33-000-2013-00480-02(1447-15)

...«Se traerá a colación la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 27 de marzo de 2007 [Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Expediente No. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ)], en la cual se analizó las diversas situaciones que se pueden presentar sobre la solicitud, reconocimiento y pago de las cesantías que hace el empleado a la administración para el efecto.

(...)

“Conforme al texto de la Ley 244 de 1995, se presentan varias hipótesis, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, respecto de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas: a) La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. b) La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. c) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir varias posibilidades: c.1) Las reconoce oportunamente pero no las paga. c.2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. c.3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga. c.4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente. d) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. La vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. Ahora, la acción de grupo no es

la vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria. En conclusión: **1)** El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. **2)** Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía. **3)** El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva. **4)** Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. Finalmente, en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, instrumento que ahora se considera improcedente, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

“(…)

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, reconocimiento de sanción moratoria, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación. Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la

obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para “la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad”. También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna (...).”

(Se subrayó).

Conforme a esta sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer el asunto relacionado con el pago de la sanción moratoria, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo salvo que el empleado tenga en su poder tanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y el que le reconoce la indemnización moratoria, pues, de no ser así, se debe dirigir a la administración para provocar la decisión de ésta referida al reconocimiento o no de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, según lo dispuestos por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues, para que haya certeza sobre la obligación no basta que la ley disponga el pago de la sanción moratoria, ya que ella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas pero no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. Por tanto, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo.

(...)

Pues bien, la decisión que adoptó el juez de primera instancia para declarar de manera oficiosa la excepción de falta de jurisdicción, se sustentó en el hecho de existir un acto administrativo, es decir, la Resolución No. 0184 de 2 de abril de 2005, por medio de la cual se reconoció a la demandante las cesantías. Por tanto, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º, numeral 5º, del Código Procesal del Trabajo, la Justicia Ordinaria Laboral, es la competente para conocer el proceso ejecutivo, ya que la Ley 1437 de 2011 solo previó el conocimiento del citado proceso cuando se trate del cumplimiento de condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, caso en el cual, el competente será el juez que hubiese proferido la sentencia de condena.

Igualmente, el a quo sustentó la decisión de falta de jurisdicción en la providencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de fecha 3 de diciembre de 2014, a través de la cual dirimió el conflicto negativo de competencia que se suscribió entre el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira y el Juzgado Cuarto Administrativo de la misma ciudad para conocer la demanda que inició la señora Rosalba Mesa Carvajal contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por haber incurrido en mora en el pago de las cesantías (fl. 283 y CD).

La providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el caso concreto dijo:

(...)

“El artículo 100 del Código Sustantivo del Trabajo, establece: “será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral en firme”, y el numeral 5º del canon 2º de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, dispone que la Jurisdicción Ordinaria, en su especialidad Laboral y de Seguridad Social, conoce de “la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad”. En el asunto sub exámine, la demandante aportó la Resolución No. 0468 del 30 de diciembre de 2011, mediante la cual se le reconocieron las cesantías definitiva a la señora ROSALBA MESA CARVAJAL, por la suma líquida a entregar de \$89.532.082,00 lo cual significa que a través de ese acto administrativo se reconoció una obligación clara, expresa y exigible por la vía ejecutiva

laboral. Así las cosas, la acreencia laboral cuyo pago reclama la demandante, fue reconocida por la Secretaria de Educación Departamental, con la orden expresa en la resolutive que “De la suma reconocida exceptuando el valor estipulado en el parágrafo primero del artículo primero, queda un saldo líquido de \$80.121.529.00 que será cancelado por la entidad Fiduciaria La Previsora S.A. según acuerdo suscrito entre la Nación y esta entidad a ROSALBA MESA CARVAJAL...”, por ende, teniendo en cuenta que no se está discutiendo la legalidad de ese acto administrativo sino el cumplimiento del mismo, que generó una mora de 284 días hizo necesario que se instaurara demanda ordinaria laboral para que se reconozca que se canceló por fuera del termino de Ley. Resulta entonces que la competencia para conocer el asunto recae en la Jurisdicción Ordinaria. Debe acotarse sobre el hecho que, como lo pretendido es el pago de una obligación legal, como es la mora en la cancelación de las cesantías reconocidas, pues la Resolución 468 del 30 de diciembre de 2011 tan solo fue cancelada el 14 de mayo de 2012, sanción que estando prevista y debidamente reglada en su cuantía según los días de mora, se torna indiscutible que el monto es fácilmente determinable, para que en concordancia con el art. 488 del C.P.C., pueda hablarse de estar en presencia de un título ejecutivo, de donde es viable su ejecución por parte del beneficiario a través de acción ejecutiva. No en vano la Ley 244 de 1995, adicionada en ese aspecto por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, estimó el pago de un día de salario por cada día de mora hasta el pago de las cesantías reconocidas por acto administrativo en firme, lo cual hace perfectamente determinable la cuantía por la cual se reclama en ejecución. 7 MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro. PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este Diferente fuera que se estuviera discutiendo el reconocimiento de las cesantías como litigio a resolver por alguna de las jurisdicciones enfrentadas, pero una vez declarado y reconocido el derecho de las primeras, la ley, como se dijo, estipula la cuantía como castigo que se

debe pagar por no cancelar dentro del período de gracia para ello concebido, consagración ésta que refuerza el argumento de estar frente a cuantías determinadas y ejecutables, no por otra vía distinta a la laboral ordinaria. Teoría que no es novedosa en el ordenamiento interno, menos en esta Colegiatura, que desde mucho antes concibió esta misma posición cuando se ventilan casos como el de autos, pese a que se invocaban pretensiones de nulidad y restablecimiento de derecho, determinado siempre como de la Jurisdicción ordinaria por constituir título ejecutivo complejo una vez reconocidas las cesantías.

De igual forma, el mismo Consejo de Estado sentó el criterio al interior de su jurisdicción, desde el 27 de marzo de 2007 en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando en el radicado 200002513-01, expuso, luego de algunas variantes, que “en las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardía que en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva”.

(...)

Aceptar el rótulo de la demanda como determinante en la escogencia de la jurisdicción, es dejar al arbitrio de las partes algo que es potestativo de legislador, es la Ley la que establece las reglas de competencia, sólo que por interpretaciones que suelen dar a ciertas normas los operadores judiciales, registran las diligencias posiciones encontradas frente a hechos aparentemente confusos, donde surge necesaria la intervención del juez del conflicto, quien por mandato Constitucional y legal adscribe el conocimiento al competente con fuerza vinculante para los intervinientes y los Jueces trabados en el conflicto.

De la providencia anterior, se observa que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al dirimir el conflicto de competencia estableció la existencia de un acto administrativo, esto es, la Resolución No 468 de 30 de diciembre de 2011, mediante la cual se reconoció la mora y se ordenó el pago de la sanción por tal concepto. Por tanto, al existir un acto administrativo con las características de un título ejecutivo, esto es, contener una obligación clara, expresa y exigible, de conformidad con el artículo 422 del C.G.P. (antes 488 del C. de P. C.), es de recibo que el conocimiento del proceso sea de la Justicia Ordinaria Laboral, ya que la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo solo conoce de las ejecuciones que se deriven de la condena impuesta a través de las sentencias que profieran los jueces de la misma.

El asunto que se debate en el sub lite es distinto porque se demanda el acto administrativo por medio del cual la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías se negó por la Administración del Departamento de Boyacá. Lo que significa que el conocimiento de la demanda contra ese acto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las competencias señaladas por la Ley 1437 de 2011; y no se debe olvidar que conforme a la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferida el 27 de marzo de 2007, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que reconozca el derecho y que sirva de título ejecutivo para hacerlo efectivo ante la Justicia Ordinaria Laboral.

Conforme a lo anterior no se puede afirmar en este caso que el título ejecutivo sea la Resolución No 0184 de 21 de abril de 2005 que reconoció las cesantías a la demandante, pues, allí no hay ninguna manifestación de la voluntad de la administración del Departamento de Boyacá que sea expresa, clara y exigible respecto del punto que se debate en este proceso, esto es, el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. Además, no está en discusión el reconocimiento mismo de las cesantías contenido en la resolución mencionada; lo que es objeto del presente proceso es el pago de la sanción moratoria porque las cesantías no se pagaron dentro del plazo indicado en la ley.

En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista

en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado.

Ahora, qué sucede ante la solicitud de reconocimiento de la indemnización moratoria? La sentencia del Consejo de Estado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, dijo que se pueden presentar varias hipótesis: (i) Que La administración no resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías; (ii) Que la administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga; (iii) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

También puede ocurrir 1) que reconoce las cesantías oportunamente pero no las paga; 2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente; 3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga; 4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente; 5) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En los estos eventos anteriores, la providencia del Consejo de Estado es clara en señalar que la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria, es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; Sin embargo, cuando existe certeza del derecho y la sanción, la vía es el proceso ejecutivo porque hay título ejecutivo.

Así, pues, la demanda que pretende la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que de existir acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, el conocimiento del proceso.»...

Sandra Lisset Ibarra Vélez, Gerardo Arenas Monsalve.

AUXILIO DE CESANTÍAS ANUALIZADAS Y DEFINITIVAS Y SANCIÓN MORATORIA

Conteo del término. Prescripción. Límite temporal de reconocimiento en cesantías anualizadas. Salario base de liquidación. Sentencia de Unificación

25 de agosto de 2016

Radicación: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14)CE-SUJ2-004-16

...«[D]iferentes tesis se han planteado en relación con la extinción del derecho a las cesantías, así: i) según la cual, mientras la relación laboral se encuentre vigente, no se produce la extinción de las mismas, sino que el término prescriptivo empieza a correr a partir de la ruptura del vínculo laboral; ii) la que predica que se aplica la prescripción extintiva del derecho al transcurrir 3 años sin hacer la reclamación, sin consideración a la terminación de la relación laboral, y iii) la que sostiene que se trata de un derecho imprescriptible.

(...)

Los distintos enfoques sobre la materia, hacen necesaria la definición de una postura unificada, previo el siguiente análisis:

Las dos primeras tesis, aludidas previamente, suponen la aplicación del término de prescripción de 3 años, previsto en diferentes disposiciones legales de carácter laboral, no obstante, ninguna de esas normas consagra el derecho a las cesantías como prestación a favor del trabajador.

El derecho a las cesantías fue creado por el legislador del 46, como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador y aunque su causación en principio se condicionó a periodos de 3 años, los parámetros para su reconocimiento siempre estuvieron directamente relacionados con el retiro del servicio.

La justificación de esa sujeción, está orientada por dos razones fundamentales, la primera de ellas, porque como su nombre lo indica, tiene

relación con el estado “cesante” del empleado, pues su reconocimiento y pago tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral y la segunda de ellas, porque su reconocimiento se consagró con el régimen de retroactividad, dentro del cual la liquidación se realizaba con base en el último salario recibido por el trabajador al momento de finiquitar su vínculo laboral.

Y aunque procedían los pagos parciales, la liquidación que se realizaba para ese efecto no era definitiva, pues solo adquiriría este carácter cuando terminaba la relación laboral, es decir, cuando el empleado quedaba cesante, momento en el cual se efectuaba la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación.

Una vez reconocido y pagado ese derecho, ingresaba al patrimonio del empleado y por ende, se trataba de un derecho “imprescriptible”, pues seguía reputándose como titular del mismo indefinidamente, sin que se pudiera alegar su extinción.

Al respecto, valga precisar que las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado.

Para dar un mejor entendimiento al anterior planteamiento, se ha de recurrir al siguiente análisis:

Bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral.

Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a

la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un “ahorro” en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley, será retirado al momento en que quede cesante.

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 porqué 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 cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues

en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

2. Sobre la indemnización moratoria

(...)

En torno a la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación de las cesantías, es necesario precisar diferentes aspectos, a saber: i) prescripción del derecho a la sanción moratoria ii) fecha a partir de la cual procede la reclamación de la sanción ante la administración; iii) límite final de reconocimiento de la sanción moratoria producto de incumplimiento en el pago de las cesantías anualizadas; iv) salario que ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de la sanción.

i) Prescripción de los salarios moratorios

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es

del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151.

(...)

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

ii) Reclamación de la sanción moratoria

En lo que atañe al momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el incumplimiento de consignar las cesantías anualizadas en la fecha que dispone la ley, existen dos tesis definidas, así:

La primera de ellas sostiene que aunque la mora se causa desde el día siguiente a aquél determinado por el legislador para realizar la consignación de las cesantías anualizadas, la reclamación de la sanción sólo procede, una vez ha terminado la relación laboral(...)

(...)

Para efecto de acoger una de las tesis antes expuestas, se ha de decir que como se indicó previamente, la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, lo cual quiere decir que al transcurrir 3 años sin realizar la reclamación respectiva, el trabajador pierde el derecho a la sanción, por lo menos, en forma parcial.

Si se acogiera la primera argumentación, y bajo el entendido de que en algunas ocasiones la administración incurre en mora en la consignación de cesantías no solo por unos días o meses, sino por varios años -más de 3- llegaríamos a la conclusión de que al momento en que termina la relación laboral, el empleado podría cobrar la sanción moratoria por un término superior al de la prescripción de la misma, pues la fecha que se tendría

como habilitante para reclamar o interrumpir la prescripción sería la del retiro del servicio.

La situación anterior haría incurrir a la administración o al empleador, en una carga adicional a la que ya ha impuesto a su costa el legislador -la sanción-, consistente en que esa sanción se deba pagar por un término superior al de la prescripción.

O, en una interpretación favorable al empleador, haría que el empleado perdiera, por virtud del fenómeno prescriptivo, porciones de sanción que no reclamó en forma antecedente, porque la interpretación sugiere que la petición sólo puede formularse hasta el momento del retiro y si el fenómeno prescriptivo empieza a correr desde el momento de la petición hacia atrás, las sumas anteriores a 3 años, que no se reclamaron, no por negligencia del empleado, sino porque la interpretación así lo dispuso, se perderían por efecto del fenómeno extintivo.

Para entender lo anterior, podríamos citar el ejemplo de un trabajador que estuvo vinculado a la administración desde el 2000 hasta el 2016 y durante toda la relación laboral, su empleador no realizó la consignación de cesantías anualizadas antes del 15 de febrero siguiente al año en que se causaron.

Según la tesis expuesta y con fundamento en el ejemplo dado, la reclamación de la sanción moratoria solamente podría realizarse hasta el año 2016, momento en el cual se dio por terminado el vínculo y así lo hace el empleador; caso en el cual para efectos prescriptivos, en esa misma tesis estaríamos ante dos supuestos, el primero de ellos, implicaría el absurdo de que la sanción moratoria no prescribió durante los 16 años, pues la fecha habilitante para la reclamación es la de la terminación de la relación laboral, y por ende, tendría que reconocerse la sanción desde el 15 de febrero de 2001 hasta el momento del retiro, interpretación sustancialmente lesiva del patrimonio de la administración.

En el segundo supuesto, dentro de la misma tesis, se tendría que considerar que como la prescripción se contabiliza desde la petición hacia atrás, al haber efectuado esta última en el año 2016, la sanción sólo se reconocería desde el año 2013, a pesar de que la administración incurrió en mora recurrente desde el año 2001, lo que lesiona los intereses del empleado.

El anterior análisis nos lleva a considerar que la segunda tesis planteada, es decir, la que sugiere la prescripción trienal de la sanción moratoria,

incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como pasa a explicarse:

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.

iii) Límite final de la sanción moratoria producto de incumplimiento en el pago de las cesantías anualizadas

La indemnización moratoria está prevista a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, pero no impone un límite temporal para su reconocimiento, por lo que, en principio, se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago.

No obstante, puede ocurrir que el pago de las cesantías anualizadas se extienda en el tiempo, y transcurran no solo días y meses, sino muchos años, e incluso puede permanecer la mora hasta cuando se produzca el retiro del servicio, en tales circunstancias, se han planteado dos teorías en relación con ese límite, una de las cuales determina que se suspende al momento del retiro del servicio, tiempo en el cual cesa la obligación de pagar las cesantías anualizadas [Sentencia de 5 de agosto de 2010, abril 7 de 2016, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00017-01(2932-13) Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09)], y la otra, que cesa en el instante a partir del cual empieza a correr la mora de las cesantías definitivas] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011 radicado interno (2005-2009)]

Respecto de la primera posición, se transcribe el siguiente aparte:

“Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones **será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio**, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto

con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.” Y, en torno a la segunda tesis, se cita el siguiente antecedente:

“Importante resulta aquí aclarar que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la primera de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Cada una de estas sanciones tienen una finalidad y origen distinto, por lo cual, reitera la Sala que **la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la ley 244 de 1995** pues aquella rige mientras está vigente la relación legal y está a partir de cuando fenece. Esta última finalidad es la que impide su reconocimiento de manera concurrente.” (Se resalta).

Si bien es cierto en la segunda de las sentencias citadas, en principio se indica como fecha final de reconocimiento de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anualizadas aquella en que se produce el retiro del servicio, también lo es que en párrafo posterior se sostiene que tal sanción por mora cesa cuando empieza a pagarse

la moratoria derivada de la Ley 244 de 1995, es decir, la sanción por la inoportuna consignación de las cesantías definitivas.

Y evidentemente, entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995, por lo que es necesario hacer precisión al respecto.

Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.

Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

iv) Salario que ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de la sanción

Un asunto de vital importancia y que puede dar lugar a diversas interpretaciones al momento de liquidar la indemnización moratoria que consagra la Ley 50 de 1990, es el salario que ha de tenerse en cuenta para ese efecto.

Según una tendencia, derivada de providencias proferidas por diferentes tribunales del país, el salario a tener en cuenta para la liquidación de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anualizadas, podría ser aquel con base en el cual se liquidaron las cesantías; sin embargo, otra tendencia sugiere que es el salario que el empleado devenga

cuando se causa la obligación, es decir, cuando surge la indemnización moratoria, el que ha de tenerse en cuenta para esos efectos, o sea aquel que el empleado devenga en el año siguiente, toda vez que la obligación de consignar las cesantías debe cumplirse antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación de la prestación.

El segundo supuesto planteado, tiene mayor acogida en la Sala, considerando que si bien es cierto las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año y se liquidan con base en el salario devengado en ese año, también lo es que la obligación de consignación en el fondo administrador de cesantías está dispuesta por el legislador, para antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal, se produce ante el desconocimiento de esa fecha, por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “indemnización por mora”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora, el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

Precisado lo anterior, y como quiera que hay eventos en que la mora se extiende por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, **no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos**, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, atendiendo los parámetros dados en los acápite previos. (...)

En las anteriores condiciones, cuando se produzca mora en la consignación de anualidades sucesivas de cesantías, ante la imposibilidad de aplicarse una mora individual para cada una de ellas, surge la necesidad de hacer precisión en el salario que se ha de tener en cuenta a partir de que concurran dos años en mora.

Como se precisó anteriormente, el salario para liquidar la indemnización moratoria será el que devengue el empleado en el año en que se produzca la mora, pero si esa mora se extiende en el tiempo, a tal punto que surja el derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el término para la consignación

de ese último periodo, la indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último. Para entender mejor la situación planteada, habrá de acudirse al siguiente ejemplo:

Un empleado a quien se le liquidan las cesantías por el año 2004, su empleador tiene la obligación de consignarlas antes del 15 de febrero del año 2005; sin embargo, transcurre todo el año 2005 y no realiza la consignación debida. Con corte a 31 de diciembre de 2005 realiza la liquidación de las cesantías por este último año, las cuales debe consignar antes del 15 de febrero del año 2006, sin embargo, tampoco realiza la consignación y de igual manera omite tal obligación en los años sucesivos.

En el ejemplo planteado, la indemnización moratoria por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2005 y el 14 de febrero de 2006, se liquida con el salario recibido por el empleado en el año 2005 -que percibía al momento en que se causó la mora-; la sanción moratoria concurrente, que surge desde el 15 de febrero de 2006 y hasta el 14 de febrero de 2007 se liquida con el salario que recibía el empleado en 2006 y así sucesivamente.

Conclusiones

1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y 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.»...

*William Hernández Gómez , Sandra Lisset Ibarra Velez,
César Palomino Cortés, Carmelo Perdomo Cuéter, Gabriel Valbuena Hernández,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

**BONIFICACIÓN ESPECIAL O QUINQUENIO EN LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA**

*Debe computarse en su totalidad si se devenga en el último semestre para efectos
de pensión de jubilación*

11 de marzo de 2010

Radicación: 25000-23-25-000-2006-01195-01(0091-09)

...« [L]os rubros certificados por la entidad (f, 16) deben ser considerados como factor para el cómputo de la pensión de la actora, con excepción de las vacaciones, por cuanto ya están incluidas dentro de la asignación, por corresponder al mismo pago salarial; la diferencia está en que el servidor hace uso de ellas y sigue devengando el salario, por eso se llama descanso remunerado.

Deben sí pagarse estos rubros en forma proporcional, pues dado que su pago está previsto por anualidades causadas, para determinar la **mesada** pensional se calculan las doceavas partes de todos aquellos factores devengados y se adicionan a la asignación; luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir que ya no puede hablarse de doceavas, sino de sextas partes, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general.

No ocurre lo mismo con la liquidación de la bonificación especial, causada cada vez que el empleado cumple cinco años de servicios en la entidad, porque en este caso, a diferencia de los otros rubros que se toman como factor salarial para la pensión, el derecho sólo surge para el servidor al cumplirse ese período y no antes, de manera que si por alguna razón se retira del servicio antes de **cumplir los cinco años**, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. Por ello, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como

factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el empleado se retira sin culminar el año completo de servicios.

Tal conclusión surge de la forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto.929/76) que consagró como su fundamento el hecho de cumplir un período de cinco años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo 7º *ibídem*, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es pasible de ser fraccionado se incluye integralmente.

Además, no queda duda de que fue erigida como una contraprestación y no como prestación social, pues no ampara contingencia alguna ni tiene naturaleza asistencial y pese a que no se devenga mes a mes, constituye una retribución por los servicios prestados, cuyo origen es la prestación de servicios, pero adicionada con un requisito *sine qua non*, cual es la vinculación por un período completo de cinco años.

Entonces, si el derecho a percibir la bonificación especial se consolidó el último semestre laborado, debe computarse en su totalidad, lo contrario pugnaría con el derecho del empleado que ha cumplido cinco años de servicios y ve frustrada la opción que le dio la ley de incluirla en el cómputo pensional, pese a que, se repite, su exigencia sólo surge el día que se cumple con el lapso de permanencia señalado en la norma.

Por ello, el rubro en cuestión no es dable de fraccionar con el razonamiento que pretende la parte demandada, de que se quebraría el sistema pensional y su sostenibilidad.

Es esta una contraprestación especial, propia del régimen de los servidores del ente que ejerce el control fiscal, frente al que, sin duda, quiso el legislador consagrar para sus empleados un ordenamiento esencialmente favorable, como una forma de exaltar la índole de la función pública encomendada; constituye también un estímulo y reconocimiento a la lealtad de quienes deciden permanecer a su servicio y a la cualificación que implica permanecer por años en el desempeño de cargos en el mismo ramo, lo que se traduce en eficiencia e idoneidad.

Tales prerrogativas son parte del antiguo sistema pensional y, por ello, no corresponden en manera alguna al sistema vigente, surgido de la Ley

100 de 1993, de tal modo que no es la generalidad de los pensionados la que va a gozar de ellas y, así mismo, es apenas lógico que la minoría de servidores del régimen pensional especial, que conservan su vigencia en razón de la transitoriedad y, por ello mismo, inmodificable para quienes están subsumidos en él, carecen de vocación para quebrar por ellos mismos al sistema pensional.

Así, la sostenibilidad del sistema sin duda ha de obedecer y planearse sobre la base de las nuevas disposiciones imperantes para la población laboral por él amparada, pero, en todo caso, con plena observancia de los derechos constitucionales consagrados en la Carta Política y el Bloque de Constitucionalidad.

De esta manera, la Sala replantea la tesis contenida en fallos en los que se había decidido promediar todos los factores salariales computables en la pensión de los empleados de régimen especial de la Contraloría General de la República...».

*Luis Rafael Vergara Quintero, Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve (salvamento de voto), Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón.*

**BONIFICACION ESPECIAL O QUINQUENIO EN LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Debe ser incluido el último quinquenio causado y pagado dentro de los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, dividido en sextas partes

14 de septiembre de 2011

Radicación: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11)

...« [E]sta Sala en relación con la forma como se debe incluir la bonificación especial quinquenio en la base de liquidación pensional, de los empleados de la Contraloría General de la República, ha sostenido diversas posiciones. En efecto, inicialmente la Sala sostuvo que para efectos de determinar la base de liquidación pensional con inclusión de la bonificación especial, quinquenio, ésta tenía que calcularse de manera proporcional. Proporción que se debía tener en cuenta mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la prestación pensional. Sin embargo, con posterioridad, y sobre este mismo punto, la Sala planteó la tesis de que dicha bonificación especial debía tenerse en cuenta en su totalidad, y no fraccionada como se venía haciendo hasta ese momento.

(...)

En efecto, la Sala Plena de esta Sección, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sostuvo que si no se cumple la condición prevista en el artículo 23 del Decreto 929 de 1976, esto es, “*haber cumplido cinco años de servicios*” no es posible su reconocimiento de forma proporcionada.

(...)

Sin embargo dicho planteamiento, ha sido objeto de diversas interpretaciones, prueba de ello, son los diferentes puntos de vista que se evidencian en las decisiones proferidas por los Tribunales Administrativos del País, pues hay quienes sostienen que la bonificación se debe incluir de

manera proporcional, y otros quienes aseguran, que debe ser tenida en cuenta en su totalidad; por lo anterior, es que se hace inevitable, por parte de la Sala, indicar los parámetros necesarios a tener en cuenta al momento de liquidar este factor.

En ese orden de ideas, es preciso indicar que la Sala Plena de esta Sección, en fallo de tutela de 13 de julio de 2011 puntualizó la manera como se debía incluir la bonificación especial.

(...)

Así las cosas, si bien es cierto se debe tomar en cuenta **la última** bonificación especial en su totalidad para reliquidar la pensión, ello no es óbice para que ésta se fraccione en sextas partes, tal y como lo estableció el mismo Decreto 929 de 1976.

En otras palabras, independientemente de que el “*quinquenio*” se haya adquirido como una contraprestación por haber cumplido 5 años de servicio, y éste a su vez haya servido como factor a tener en cuenta al momento de ajustar la pensión, no hay norma que indique que aquello que se recibió de manera integral, no pueda ser fraccionado para efectos de liquidar la pensión, más aun si se tiene en cuenta, que al ser un factor salarial, tal y como fue considerado por esta Corporación anteriormente, es susceptible de ser dividido conforme lo estableció el artículo 7° *ibídem*.

Ahora, es pertinente precisar que no se puede tomar más de una bonificación especial o quinquenio, al momento de liquidar la pensión, pues si bien pueden ser dejados de cancelar y acumularse en el tiempo para efectuar un pago único, ello no quiere decir que se tome en su totalidad para que pueda ser computado en la pensión de la actora; pues en el presente caso, se evidencia que a la señora Pretel Mendoza le fue cancelado más de un quinquenio, basta cotejar el último salario devengado con la suma que le fue cancelada por este concepto, para arribar a dicha conclusión.

Por consiguiente, por este concepto sólo es dable incluir el último quinquenio causado y pagado dentro de los últimos 6 meses anteriores al retiro del servicio, periodo éste que es el que tiene incidencia en el monto de la pensión, o, dicho de otro modo, no se podría incluir por este tópico pagos que se hagan en dicho lapso pero que no correspondan al último quinquenio causado. Esta suma, a su turno, deberá ser calculado del valor certificado por dicho factor salarial en el último quinquenio, dividido en sextas partes.

En conclusión, la bonificación especial será liquidada en igual proporción al resto de los factores, esto es, tomando el **último** quinquenio causado, dividirlo por 6, para que de esta manera, arroje el resultado de uno de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la pensión.»...

Bertha Lucía Ramírez de Páez, Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve (salvamento de voto), Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

**INCIDENCIA DE LA BONIFICACIÓN ESPECIAL EN EL INGRESO BASE
DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA**

*Debe incluirse el valor equivalente a un mes de remuneración fraccionado en una
doceava parte. Sentencia de unificación*

7 de diciembre de 2016

Radicación: 25000-23-42-000-2013-04676-01(2686-14)CE-SUJ2No.006-16

...« [L]a sala por su importancia jurídica y con criterio de unificación en los términos del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, resolverá la manera como debe computarse el quinquenio como factor salarial, en la base de liquidación pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, mediante el cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República, en primer lugar si el quinquenio corresponde a un mes de remuneración o a lo certificado como devengado por concepto del quinquenio sin importar que se pague uno o más.

(...)

[S]e advierte que los elementos de esta bonificación o quinquenio son los siguientes: (i) su monto es de un mes de remuneración; (ii) se obtiene por cada periodo de cinco años de servicios en la institución; y (iii) para recibirla es necesario no haber tenido sanción disciplinaria ni de ningún otro orden dentro del respectivo periodo.

(...)

No obstante lo anterior y como se refirió, el planteamiento contenido dentro de la sentencia de unificación citada, continúa siendo objeto de variadas interpretaciones por parte de los tribunales y juzgados administrativos del país, lo cual hace indispensable para la Sala, reiterar y

precisar nuevamente los parámetros para su cómputo e inclusión dentro del IBL pensional de los beneficiarios de la normatividad contenida dentro del Decreto Ley 929 de 1976 en los siguientes términos:

Sin duda la tesis planteada dentro de la sentencia de unificación referida ha constituido un importante avance en lo relacionado a que la inclusión del quinquenio en la base salarial de la pensión de jubilación debe tener algún grado de proporcionalidad.

Sin embargo, esta posición debe ser complementada, para precisar que el quinquenio para efectos pensionales debe tenerse en cuenta como factor según lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Ley 929 de 1976, con «un mes de remuneración», no con la totalidad de la suma devengada por quinquenio, que en muchas ocasiones supera el mes de remuneración. Lo anterior pues al analizar el contenido de la norma trascrita, la Sala observa que no existen expresiones oscuras o palabras técnicas o con significado legal especial; por el contrario, la disposición acude a un lenguaje usual y de fácil comprensión, lo cual determina el uso de la regla de interpretación del artículo 28 del Código Civil que establece atender al sentido natural y obvio de las palabras usadas por el legislador.

Definido lo anterior, corresponde determinar en qué cuantía o proporción se tendrá en cuenta el referido factor al momento de computarlo o incluirlo en el IBL de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976.

Al respecto, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en algunas ocasiones ha considerado que la inclusión del referido factor debe ser en sextas partes, criterio derivado del contenido mismo del artículo séptimo del Decreto Ley 929 de 1976, según el cual la «pensión vitalicia de jubilación» a que tienen derecho los funcionarios y empleados de la Contraloría General beneficiarios del mencionado decreto será «equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre».

Sin embargo, la lectura atenta de la norma en mención evidencia, en aplicación del método gramatical, que dicho enunciado normativo no señala cómo debe computarse el quinquenio en el IBL de los beneficiarios del referido decreto; pues, el artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976 sobre este punto únicamente prescribe que la pensión de jubilación de los funcionarios de la Contraloría General de la República será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre sin definir la cuantía o proporción en la que se tomarán los factores de salario.

Entonces y con el propósito de clarificar este aspecto, acude la Sala nuevamente al contenido del artículo 23 del Decreto Ley 929 de 1976 que define la forma como se paga la bonificación quinquenal, encontrando que dicho factor salarial consiste en un mes de remuneración por cada periodo de cinco años al servicio de la institución.

Para resolver este asunto la Sala tendrá en cuenta además el momento de causación de los factores de salario que están previstos por la ley, para hacer parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, pues de un lado, el salario básico que constituye el principal referente para remunerar el trabajo prestado por el empleado, se incluye en su totalidad debido a que se percibe de manera mensual, mientras que el quinquenio que corresponde a un mes de remuneración por cada periodo de cinco años al servicio de la entidad debe ser incluido en una doceava parte, lo cual es consecuente no solo con la inclusión de los factores en todas las bases liquidatorias de las pensiones aun siendo especiales, sino también con la tradición jurisprudencial de dividir aquellos concepto salariales que se causan en periodos distinto al mes.

Así las cosas, en el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976 el quinquenio, esto es, un mes de remuneración, debe computarse en cuantía de una doceava parte.

A partir de las anteriores consideraciones la Sala define la siguiente regla jurisprudencial.

Regla jurisprudencial

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado reitera y unifica su jurisprudencia en torno a la manera de calcular el quinquenio en la base de liquidación de la pensión de los servidores de la Contraloría General de la República, beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, y fija la siguiente regla jurisprudencial para decidir las controversias judiciales en las que se discuta dicho asunto:

«En el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, el quinquenio debe entenderse teniendo en cuenta un mes de remuneración fraccionado en una doceava parte.» ...

*Sandra Lisset Ibarra Vélez, Carmelo Perdomo Cuéter, César Palomino Cortés,
William Hernández Gómez, Gabriel Valbuena Hernández,
Rafael Francisco Suárez Vargas.*

BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN DE MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES

Para su liquidación debe incluirse el auxilio de cesantía. Derecho a la igualdad

18 de mayo de 2016

Radicación: 25000-23-25-000-2010-00246-02(0845-15)

« [L]as cesantías percibidas por los miembros del Congreso de la República han sido consideradas ingresos laborales anuales permanentes por la jurisprudencia del Consejo de Estado en ocasiones anteriores, lo que tiene plena razón de ser pues se trata de una erogación que realiza el empleador anualmente a favor de su trabajador y que se causa por cada día de trabajo del empleado.

De allí que esta corporación haya concluido que el auxilio de cesantías debe ser tenido en cuenta para realizar la liquidación de la prima especial de servicios de los funcionarios mencionados en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, quienes tienen derecho a percibir una suma equivalente a lo que por todo concepto devengan los congresistas.

Este régimen tiene una clara incidencia en la determinación de la bonificación por compensación de los servidores públicos que se encuentran sujetos al Decreto 610 de 1998 pues el mismo, de manera semejante al artículo 1º del Decreto 10 de 1993, previó la nivelación salarial al 60%, 70% y 80% "... de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado" (subraya fuera del texto), para los años 1998, 1999, 2000 y siguientes, respectivamente.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral sino que también cuenta con un carácter salarial limitado en atención a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003, habría que señalarse que no existen

razones para que se haga abstracción de la misma, o de cualquiera de los factores que se tienen en cuenta para su liquidación, al momento de fijar el monto a cancelar por concepto de bonificación por compensación a favor de los servidores mencionados en el artículo 2° del Decreto 610 de 1998.

Habiendo señalado que el auxilio de cesantías es un ingreso laboral percibido de manera permanente por los jueces de mayor jerarquía de todas las jurisdicciones, es evidente que resultaría violatorio del principio de igualdad que surge del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia el señalar que esta prestación social carece de tal naturaleza únicamente con el propósito de disminuir la base de liquidación de la bonificación por compensación de la que son acreedores los funcionarios mencionados en el artículo 2° del Decreto 610 de 1998.

En consecuencia, se concluye que únicamente teniendo en cuenta los pagos que el Estado debe realizar a los Congresistas por concepto de cesantías puede calcularse la diferencia total entre lo que ellos perciben y la asignación de los Magistrados de las Altas Cortes para, así, determinar el valor de la prima especial de servicio a la que tienen derecho estos últimos.

Teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral que perciben los Magistrados de las Altas Cortes, sino que además "... constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados", y que el Decreto 610 de 1998 garantiza que sus beneficiarios perciban un porcentaje del total de ingresos laborales devengados por estos funcionarios, también se debe concluir que es necesario que el monto percibido por los Magistrados de las Altas Cortes por este concepto, y que haya sido liquidado teniendo en cuenta las cesantías percibidas por los Congresistas, debe ser un factor para determinar el valor de la bonificación por compensación a la que tiene derecho el actor.

(...)

Pero fue la Ley 1437 de 2011, quien de manera definitiva desbrozó el camino, para la adopción de los precedentes jurisprudenciales y el cumplimiento por parte de los jueces y autoridades administrativas de las sentencias de unificación, a las cuales, tanto en los precedentes jurisprudenciales, como en las sentencias de unificación les otorgó un

carácter vinculante, tomando estas figuras del Common Law y apartándose un poco de nuestras raíces greco-latinas.

(...)

El artículo 10 conmina a las Autoridades, para lo cual no distingue entre las autoridades administrativas y las judiciales, para que al resolver los asuntos que le competen apliquen de manera uniforme las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias, pero puntualizó que cuando asuntos de la competencia de dichas autoridades se debe tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.

En otras palabras, las autoridades, cualquiera sea su índole administrativa o judicial, están en la obligación de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial, lo cual no se constituye en una opción, sino en un deber dado el carácter vinculante de los alcances de las sentencias de Unificación.

(...)

En todo el anterior orden de ideas, estas figuras tanto la de las sentencias de Unificación Jurisprudencial, como las de los precedentes jurisprudenciales tienen el alcance de proteger, amparar y salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad y garantizar que los principios a la confianza legítima y la seguridad jurídica, en manos de los usuarios de la justicia, estén suficientemente garantizados.

La Constitución de 1991, es la de los derechos fundamentales y la de las acciones para proteger esos derechos individuales y colectivos, como las tutelas, las acciones de grupo y las acciones populares. La Ley 1395 de 2010, así como la 1437 de 2011, constituyen los ejes legislativos para que el derecho fundamental a la igualdad y los principios a la confianza legítima y seguridad jurídica en cabeza de los usuarios de justicia, sean debidamente garantizados. Además, de por medio sub-yace la descongestión judicial.

No encuentra ningún sentido la Sala que reclamaciones con los mismos fundamentos de hecho y de derecho, deban resolverse en sede judicial, cuando le compete a las autoridades administrativas, atender esas legítimas reclamaciones elevadas por los servidores de la rama judicial, para lo cual han debido tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales, y en adelante el presente fallo de unificación jurisprudencial.

Las autoridades Administrativas y judiciales deben adoptar la presente decisión en cuanto a la aplicación plena del decreto 610 de 1998, los precedentes jurisprudenciales en relación con las prescripciones trienales y la aplicación del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992.»

*Jorge Iván Acuña Arrieta (Conjuez), Carmen Anaya de Castellanos (Conjuez),
Ernesto Forero Vargas (Conjuez), Pedro Alfonso Hernández (Conjuez), Pedro
Simón Vargas Sáenz (Conjuez).*

PRESTACIONES SOCIALES DE DETECTIVE

*Se asimilan al personal uniformado de la Policía Nacional
para efectos de prestaciones sociales*

6 de abril de 1965

Radicación: CE-SNG-EXP1965-N0406

...«Siendo que el artículo 9° de la Ley 74 de 1945, dispone que los detectives serán considerados como personal uniformado, es preciso concluir que tienen derecho a las prestaciones establecidas por las disposiciones antedichas, sin que pueda alegarse que sólo cobijan “a los miembros de la Policía en servicio activo”, como se sostiene en las providencias acusadas, puesto que ninguna de las normas transcritas contempla tal especificación, ni que tal derecho sólo cobije a los detectives en servicio, y no a los pensionados, como lo sostiene el señor apoderado del Ministerio de Guerra. Únicamente debe tenerse en cuenta que las liquidaciones correspondientes a tales prestaciones, sólo pueden hacerse sobre los sueldos correspondientes a la calidad de detective, y no sobre las asignaciones del personal uniformado, ya que el artículo 9° de la Ley 74 de 1945, se refiere sólo a las prestaciones, para considerar a los detectives como personal uniformado de la Policía Nacional.

Lo cual está indicando que al no haberle reconocido la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, las prestaciones reclamadas, con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 326 de 1959, al liquidarle su asignación de retiro, violó la ley, debiendo por tanto, anularse los actos acusados, y reconocer el derecho negado.

Pero tal reconocimiento no puede hacerse a partir de la vigencia del Decreto N° 326 de 1959, como se solicita en la demanda, porque al aplicar la prescripción trienal para las acciones que emanen de las leyes sociales, que contempla el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948, sólo puede decretarse a partir de los tres últimos años anteriores a la notificación de la demanda

al señor Fiscal 1° de la Corporación, que tuvo lugar el 18 de julio de 1964, o sea, desde el 18 de julio de 1961 en adelante, declarándose prescrito todo el tiempo anterior»...

*José Urbano Muñera Presidente, Alfonso Meluk,
Jorge de Velasco Álvarez Guillermo González Charry.*

PRIMA DE ACTIVIDAD

Los militares reclusos en los lazaretos tienen derecho a recibir la prima de actividad, porque la asignación que reciben mientras subsista su enfermedad no es una prestación social, sino un sueldo.

29 de mayo de 1961

Radicación: CE-SCA-EXP1961-N0529

...«En sentir de la Sala no es que para el caso deba considerarse en actividad a los militares reclusos en los leprosorios oficiales, sino que el solo nombre de prima de actividad no excluye a los militares retirados que disfrutaban de prestaciones cuyas cuantías se fijan sobre la base de la cuantía de los sueldos de actividad, como son los sueldos de retiro, las pensiones, etc., consagrada en el artículo 1° de la Ley 40 de 1922. No, aceptando que las llamadas primas constituyen partidas complementarias de la remuneración del empleado o servidor, todas ellas deben tenerse en cuenta para la fijación de la cuantía de cada prestación. La prima de actividad no es otra cosa que una parte del sueldo, que desde luego supone actividad, desempeño del empleo, el servicio del trabajo del empleado u obrero, pero que también sirve de base a la cuantía de ciertas prestaciones consagradas precisamente a favor de servidores retirados de la actividad laboral”.

Claro es que quienes como Emilio José Ruiz y compañeros están aislados por razón de la enfermedad que padecen, no se hallan en servicio activo dentro del Ejército, pero a pesar de esto, por haberlo dispuesto la Ley 40 de 1922, tienen derecho al sueldo correspondiente a su graduación dentro del Ejército, y como para fijar tal sueldo, entre otros haberes hay que computar la prima de actividad, forzosamente no se puede prescindir de ésta. Ella, cabe decirlo, entra en la medida del sueldo de una manera necesaria porque así lo ordena la ley. Se explica de este modo la especie de paradoja legal de que reciban un sueldo básico, el cual concurre a formar la llamada prima de

actividad, suboficiales que, como los demandantes, por estar asilados en el leprocomio, naturalmente están inactivos.

Sin embargo, con el propósito de destruir esta argumentación, invoca tanto el Ministerio de Guerra como el señor Fiscal 2° del Consejo y el señor apoderado del referido Ministerio, para ante esta Corporación, el artículo 120 del Decreto ley número 501 de 1955, que reza lo que sigue en sus dos primeros incisos:

“Para efectos del reconocimiento de prestaciones sociales y de retiro que se reconozcan a suboficiales y marinos, se consideran como partidas de carácter transitorio y por lo tanto no se tendrán en cuenta para su liquidación, las siguientes:

“Prima de clima. Pasajes, auxilios de marcha y permanencia. Prima de gastos de instalación. Prima de matrimonio. Prima de actividad. Recompensa. Prima de calor. Prima de bucería. Prima de vuelo”.

Lo que según el artículo 1° de la Ley 40 de 1922 tienen derecho a recibir los suboficiales, que como los demandantes se contagiaron de lepra cuando prestaban sus servicios al Ejército, es el sueldo correspondiente al grado militar que tenían cuando se les envió al leprosario. De suerte que la asignación que reciben mientras subsista su enfermedad, no es una prestación social, sino un sueldo porque pura y simplemente así lo dispone la ley.

(...)

En verdad no está esto demostrado en el expediente, pero a la vez es cierto que el señor apoderado del Ministerio de Guerra no lo infirma quizás porque es lógico que tales suboficiales, no obstante su enfermedad que los mantiene en imposibilidad para actuar en el Ejército, si lo que tienen derecho a percibir es el sueldo correspondiente a su grado, por ordenarlo así sin distinguir ninguno el mencionado artículo de la precitada ley de 1922, para efecto de su pago y también para claridad en la contabilidad, figuren en la Pagaduría como dados de alta, y si es así, tienen derecho a recibir lo reclamado en este juicio, o sea la prima de actividad ya que tal prerrogativa se las da el artículo 2° del Decreto número 1.784 de 1953 y el 64 del Decreto número 501 de 1955 que disponen que los suboficiales y marineros de las Fuerzas Armadas en servicio activo tendrán derecho a una prima denominada PRIMA DE ACTIVIDAD equivalente al 25% de su sueldo básico mensual...»

José Urbano Múnera, Guillermo González Charry,
Jorge de Velasco Álvarez, Alfonso Meluk.

PRIMA DE RETIRO POR JUBILACIÓN

Por tener carácter salarial es factor de liquidación pensional

30 de marzo de 1976

Radicación: CE-SEC2- EXP1976-N0330

...«Se controvierte [...] si la prima de retiro por jubilación a que tienen derecho los empleados del ramo de telecomunicaciones se debe computar o no en la liquidación de las prestaciones sociales y, concretamente, en el reconocimiento de la pensión jubilatoria.

La Caja de Previsión Social de Comunicaciones basa su negativa para incluir la prima de retiro en la liquidación de las prestaciones sociales de sus afiliados, en el hecho de que ella “no tiene su causa en la prestación de un servicio” y en que no implica directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente del mismo.

La Sala estima, en cambio, que la prima de retiro por jubilación sí es salario, por provenir su pago de la entidad nominadora, que en este caso es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, y no del organismo encargado de satisfacer las prestaciones sociales, es decir de Caprecom.

Considera también que la prima se causa por haber prestado servicios en Telecom, en el Ministerio de Comunicaciones o en la Administración Postal durante un mínimo de quince años, si se trata de pensión de jubilación, o de diez años, si lo es por pensión de vejez, o sea, que se genera en razón de la prestación de servicios.

De otra parte, para los servidores del ramo de comunicaciones la prima en referencia es una remuneración estable aunque se disfrute de ella por una sola vez, con motivo del retiro para pensionarse, porque fue instituida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones mediante una resolución que tiene vigencia permanente en el tiempo y que, en ningún caso, es

transitoria. Y para los empleados que se retiren o que sean retirados para hacer uso de la jubilación, dicha prima es un derecho ordinario lo que hace que en el último año de servicio haga parte de sus ingresos salariales.

Lo anterior es más evidente si se analiza el asunto a la luz del artículo 2º de la Ley 5º de 1969, por el cual se aclaró el 5º de la Ley 4º de 1966, que vino a definir con características más precisas lo que debe entenderse por salario integral. En efecto, ese artículo enumera como salario o retribución de servicios las horas extras, las primas kilométricas, los dominicales, los días feriados y las bonificaciones, utilizando la expresión etcétera, para indicar de esta manera que además de los factores salariales expresamente designados, caben también otros de naturaleza semejante.»...

*Rafael Tafur Herrán, Álvaro Orejuela Gómez,
Ricardo Uribe Holguín, Nemesio Camacho Rodríguez.*

PRIMA DE ACTUALIZACIÓN

Es factor de liquidación en las asignaciones de retiro y pensiones de personal de las fuerzas militares y la policía nacional. Prescripción. Sentencia de unificación

6 de septiembre de 2001

Radicación: 25000-23-25-000-1998-0531-01(2956-99)

...«La prima de actualización hace una modificación gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devenguen en servicio activo como lo determina expresamente el parágrafo del artículo 15 ya citado, sino también para el personal retirado, ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones establecido en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas.

De llegarse a una conclusión diferente se estaría infringiendo el principio de igualdad regulado por el artículo 13 de la Carta, porque no habría razón alguna para que la prima de actualización se tenga en cuenta para liquidar asignaciones de retiro y pensiones de los servidores que la gozaron en servicio activo, y se desconociera para el personal retirado, cuando la oscilación de estas prestaciones obliga a nivelarlas con las variaciones que se dispongan en las asignaciones de actividad, como lo precisó la Corporación en la referida providencia de julio 6 de 2000.

Como se sabe, esta Corporación en sentencia del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, accedió a la nulidad parcial del parágrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 en las frases “Que la devenguen en servicio activo y reconocimiento de”.

La nulidad decretada se basó en el desconocimiento de las directrices fijadas en la ley 4 de 1992, pues esta norma ordenó nivelar las asignaciones

de los militares en servicio activo y en retiro. Los argumentos planteados en la aludida providencia fueron reiterados luego en fallo del 6 de noviembre de 1997, expediente No. 11423, al declararse la nulidad de las mismas frases consignadas en el parágrafo del artículo 29 del decreto 133 de 1995.

(...)

Aprovecha la Sala la ocasión, a pesar de que no es viable modificar la decisión del Tribunal atinente a la prescripción cuatrienal decretada en el fallo apelado por el apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por las razones ya anotadas, para exponer su criterio unificador adoptado por los miembros de la Corporación en el sentido de que al haber sido establecida la prima de actualización a favor de los oficiales en servicio activo, había un obstáculo de carácter legal que no permitía hacer exigible el derecho para los oficiales en situación de retiro, vale decir, que la exigibilidad sólo tiene lugar desde la expedición de las sentencias a que se ha hecho mención.

Por tal circunstancia, manifiesta la Sala que no podría presentarse la prescripción extintiva de ese derecho, cuando la normatividad legal pertinente que regulaba la prima de actualización impedía su exigibilidad a los oficiales que se encontraban en situación de retiro.

El Consejero de Estado que redacta la presente providencia, en aras del criterio unificador adoptado por la Sala, acata respetuosamente lo allí decidido, no obstante advierte haber tenido un criterio diferente sobre el tema aludido, planteado en varios fallos de la Corporación en que actuó como ponente y según el cual la nulidad de un acto administrativo, se extiende retroactivamente desde el momento mismo del nacimiento a la vida jurídica del acto, vale decir, “*ex-tunc*”, porque dicha nulidad devuelve las cosas al estado que antes tenían.

Expuse que la consecuencia de tales efectos retroactivos, respecto de los derechos subjetivos, es tal que, ordena su reconocimiento también retroactivamente, porque si los efectos de la nulidad fueran relativos o “*ex nunc*”, como sucede excepcionalmente (artículo 136, 2 infine del C.C.A), su reconocimiento sólo sería hacia el futuro, a partir de la ejecutoria de la declaración judicial de la nulidad.

De tal forma, tuve la oportunidad de precisar que la exigibilidad de la prima de actualización coincidiría con su causación; que si por virtud de la nulidad de las expresiones “*que la devengue en servicio activo*” y “*reconocimiento*

de”, contenidas en el párrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y el artículo 29 del decreto 133 de 1995 por fallos del Consejo de Estado, la prima de actualización se causó desde la expedición de los citados decretos y en los términos allí previstos, no a partir de la ejecutoria de las correspondientes sentencias, sería evidente que el reclamo que se formule proteja los derechos, en estos casos, con cuatro años de anterioridad, como sucede en los términos del artículo 174 del decreto 1211 de 1990.»...

*Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Jesús María Lemos
Bustamante, Ana Margarita Olaya Forero,
Alejandro Ordóñez Maldonado, Nicolás Pájaro Peñaranda.*

**PRIMA ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS
DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Inclusión en la base liquidación de las prestaciones sociales

4 de agosto de 2010

Radicación: 25000-23-25-000-2005-05159-01(0230-08)

...«La Sección Segunda ha venido, a través de sus Subsecciones, negando la inclusión del porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones reconocidas a los servidores de la Fiscalía General de la Nación, para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, con fundamento en los efectos que a este porcentaje se le otorgó en cada una de las sentencias que decidieron sobre la legalidad de las normas anuales que se citaron en párrafos precedentes y que consideraron que este porcentaje del 30% era un sobresueldo.

Esta negativa será objeto de rectificación y unificación a través de esta decisión, al considerar la Sala que la consecuencia que la anulación de cada una de estas normas genera, no es otra que la de incluir el 30% que a título de prima especial percibían los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en la base liquidatoria de la totalidad de las prestaciones sociales percibidas en las anualidades referidas, dado que el hecho de haberse considerado este porcentaje como sobresueldo, no le resta la calidad de salario que le es connatural, en la medida en que hace parte del sueldo que mensualmente recibía el servidor.

(...)

El precedente citado aunque analiza la legalidad de un Decreto que regula el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, resulta aplicable en este evento, porque, el tema central no es otro que el que aquí se reclama, esto es, el carácter salarial del porcentaje del 30% que a título de prima especial han venido percibiendo los empleados de

la Fiscalía General de la Nación y que no ha sido incluido en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Así las cosas, para la Sala la no inclusión de este porcentaje del 30% para los años en los que la nulidad de las normas que lo consagraban no le otorgaron el carácter de factor salarial, desconoce los derechos laborales prestacionales de la actora y además vulnera principios constitucionales, por lo que habrá de ordenarse también para los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, la reliquidación de los derechos prestacionales de los servidores de la Fiscalía a quienes estaban dirigidas las normas que fueron anuladas por el Consejo de Estado, sin perjuicio del análisis que de la prescripción deberá abordarse en forma obligatoria una vez se tenga certeza del derecho que le asiste a cada uno de los reclamantes en cada caso en particular.

El anterior argumento no desconoce el contenido de las sentencias de anulación, sino que muestra en forma fehaciente que la jurisprudencia laboral en su desarrollo y evolución, debe propender por la real y efectiva protección de los derechos laborales económicos constitucionalmente previstos, máxime cuando el contenido de cada una de las normas era el mismo, es decir era una reproducción en la que solamente variaba el porcentaje en que se incrementaba el salario en cada una de las anualidades, pero frente a la prima especial se siguió manteniendo el mismo porcentaje y su carácter no salarial.

(...)

Aplicando el precedente jurisprudencial al presente asunto, procede la nulidad del acto acusado para en su lugar ordenar a título de restablecimiento del derecho, la inclusión en la base liquidatoria de las prestaciones percibidas por la actora, en los años 1998, 1999 y 2001 del porcentaje del 30% que a título de prima especial se le cancelaba, dado que para esos años en las sentencias de nulidad se precisó que dicho porcentaje hacía parte del salario y como tal debía incluirse en la base liquidatoria. Asimismo, se ordenará la inclusión de este porcentaje del 30% en la base liquidatoria de las prestaciones percibidas por la actora en los años 1994, 1995, 1996, 1997 y 2000, pues quedó demostrado que para esos años percibió este porcentaje y el mismo no fue incluido en la base liquidatoria de sus prestaciones sociales.»...

Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso María Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

**PRIMA DE RIESGO COMO FACTOR PARA EL RECONOCIMIENTO
DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

Carácter salarial

1º de agosto de 2013

Radicación: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11)

...«[C]on la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tenida en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera **habitual y periódica** perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.

(...)

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una *relación de equivalencia de valores prestacionales*, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al

empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991 estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: *“Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo.”*

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la

prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensión de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.»...

Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

PRIMA DE SERVICIO DOCENTE

La Ley 91 de 1989 no crea ni reconoce la prima de servicios a los docentes oficiales, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.

14 de abril de 2016

Radicación: 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14)CE-SUJ2-001-16

...«Reitera la Sala que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no ofrece duda seria y objetiva, pues, como se ha visto, a partir de la aplicación de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, el verdadero sentido de la norma no permite inferir que su contenido constituya base textual para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios a los docentes oficiales.

En relación con la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 propuesta por la parte actora, la Sala advierte que su fundamento no tiene la entidad suficiente para ofrecer duda sobre su aplicación sino que, por el contrario, deviene acomodaticia para efectos de la prosperidad de sus pretensiones.

Así, la interpretación propuesta por el actor constituye una aproximación errada frente al verdadero sentido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por lo que mal haría la Corporación en darle aplicación prevalente, bajo el prurito de la realización del principio de favorabilidad, sobre la interpretación consolidada a partir de los métodos de interpretación legal.

En este orden de ideas, la Sala no encuentra acreditado el elemento de la duda que permita elegir de entre varias interpretaciones la más favorable al trabajador, como lo solicita FECODE y SINDODIC en sus intervenciones, puesto que, la aplicación de los diversos métodos de hermenéutica jurídica permiten arribar a la conclusión según la cual el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no reconoce ni extiende a los docentes oficiales la prima de servicios.

(...)

[P]ara poder determinar si una norma es o no regresiva en materia de un derecho particular, se impone precisar la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho. En el asunto bajo examen, antes de la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, con efectos a partir de 2014, no existía norma alguna que en nuestro ordenamiento jurídico haya creado o reconocido la prima de servicios para los docentes oficiales, motivo por el cual la Sala considera improcedente aplicar, en el presente caso, el principio de no regresividad de los derechos sociales, como lo solicita FECODE y SINDODIC.

Lo anterior no significa, que los docentes nacionalizados, antes territoriales, que vienen devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la que estaban adscritos la creó a través de una norma de carácter territorial expedida antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no la sigan percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador plasmada en el artículo 15 de la aludida ley, consistía en respetar los derechos adquiridos de los maestros que estuvieran en la situación descrita.

(...)

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el referido asunto:

[1] La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional.

[2]. En aplicación de la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.

[3]. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario.

[4]. Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

[5]. Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

[6]. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, los docentes oficiales, sin distingo alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días.

Habiendo precisado, con el auxilio de los métodos de interpretación legal aplicados a la Ley 91 de 1989, las reglas jurisprudenciales que en lo sucesivo deberán tenerse en cuenta por esta jurisdicción al resolver controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, procede la Sala a realizar el estudio del caso en concreto.»...

*Sandra Lisset Ibarra Vélez, Gerardo Arenas Monsalve,
Luis Rafael Vergara Quintero, Carmelo Perdomo Cuéter,
William Hernández Gómez, Gabriel Valbuena Hernández.*

**PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA
ALTAMENTE CALIFICADA DE LOS EMPLEADOS CON INCORPORACIÓN
AUTOMÁTICA A CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA DIAN**

Beneficiarios sólo los empleados de carrera. No reconocimiento a servidores públicos con incorporación automática realizada con base en el Decreto 2117 de 1992 por inconstitucionalidad. Sentencia de unificación

19 de mayo de 2016

Radicación: o5001-23-33-000-2012-00791-01(4499-13)CE-SUJ2-002-16

...«[Se] evidencia la necesidad de fijar una posición unificada de la Sección Segunda sobre este tema, el cual resulta de vital importancia, dado que uno de los requisitos –y primero que se debe verificar- de la persona que aspira a ser beneficiario de la prima técnica es acreditar que desempeña el cargo en propiedad, es decir, que está inscrito en carrera administrativa.

En vista de lo anterior, esta Sala anuncia desde ya, que la incorporación automática realizada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con base en el Decreto 2117 de 1992 es inconstitucional, y que por ende las personas que se beneficiaron con tal medida no ostentan derechos de carrera administrativa. Veamos:

El artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, exigencia que se deriva del mejoramiento del servicio público, de la necesidad de preservar los derechos de los empleados públicos y del respeto del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.

(...)

De la simple lectura de los artículos 125 de la Constitución Política y 116 del Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, se encuentra de manera

evidente su contradicción, pues mientras la primera disposición establece como regla general el concurso público para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera, el artículo 116 dispuso una incorporación automática a los cargos que integran la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

Sobre el particular, es preciso señalar que la Corte Constitucional en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, para concluir que el fundamento de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quienes ingresan a ella y por esa razón la verificación de requisitos, la utilización de mecanismos idóneos para la selección de las personas, constituye un elemento fundamental de la función pública, en tanto que con ellos se determina la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus aptitudes personales, su solvencia moral y sentido social de acuerdo con el empleo y necesidades del servicio.

(...)

Esta misma tesis es la que debe adoptarse en esta oportunidad, y que corresponde a la línea jurisprudencial que en su momento tuvo el Consejo de Estado “incluso antes de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre la material, advirtiendo sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, puesto que “para gozar el amparo inherente a una carrera deben cumplirse las etapas y llenarse los requisitos que la ley señala y que carecían de sentido y no tendrían razón de ser si existiese la llamada incorporación automática”.

Lo anterior, en razón a que los derechos derivados de la carrera como el derecho a la estabilidad laboral, provienen no del hecho mismo de la inscripción, sino de que la misma ocurra como consecuencia de la superación de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia; y una vez surtido y superado dicho concurso, tiene sentido la defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, del cual no son titulares los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ni quienes son incorporados de manera automática.

En consecuencia, la Sala unifica su posición en el sentido de precisar que los empleados incorporados a la DIAN automáticamente, por medio del decreto 2117 de 1992, no pueden ser beneficiarios de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que

no desempeñaron el cargo en propiedad, como quiera que su inscripción en carrera administrativa no se derivó de la superación satisfactoria de un concurso de méritos.

En conclusión, al aplicar dichos postulados al caso del sub lite, para la Sala resulta claro que la actora no podía reclamar los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, como es el caso de la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que la norma de inscripción automática de la cual pretende derivarla (artículo 116 del Decreto 2117 de 1992) es inconstitucional por ser contraria al artículo 125 de la Carta Política y al derecho de igualdad en el acceso a la función pública.»...

William Hernández Gómez, Gabriel Valbuena Hernández, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Carmelo Perdomo Cuéter, Luis Rafael Vergara Quintero.

**SUBSIDIO FAMILIAR DE OFICIAL
O SUBOFICIAL PENSIONADO POR INVALIDEZ**

El reconocimiento corresponde al porcentaje que se aplica a los oficiales o suboficiales en actividad

6 de mayo de 1968

Radicación: CE-SEC2-EXP1968-N0506

...«Respecto del subsidio familiar de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional se presentan, evidentemente, dos situaciones distintas: a) La de quienes están en servicio activo, que gozan del subsidio del 30%, 5% y 4% en la forma ya indicada; b) La de quienes están en retiro, que sólo gozan de un subsidio de 5% y 3%. El artículo 3° del Decreto 326 de 1959.

(...)

Pero surge inmediatamente el interrogante: en cuál de esas dos situaciones jurídicas distintas debe quedar colocado el oficial o suboficial de la Policía que está disfrutando de una pensión por invalidez?

El caso del demandante Martínez Rincón ilustra claramente el problema así planteado. Por Resolución 1166 de 8 de mayo de 1963 (Fl. 38, cuaderno administrativo), el Director General de la Policía Nacional reconoció a su favor “una pensión igual a la totalidad de la asignación que en todo tiempo devengue un Sargento 2° de la. Policía Nacional en actividad...” Posteriormente, el mismo Director —en Resolución número 2100 de 3 de julio de 1963, visible al folio 45 ibídem— modificó la Resolución 1166 “en el sentido de expresar que el Sargento 29 (r) José Eurípides Martínez Rincón devengará la pensión mensual por invalidez a partir del 19 de abril de 1963 y no como allí se dijo, cuya cuantía será igual a la totalidad del sueldo básico que en todo tiempo devengue un Sargento 2° de la Policía Nacional en actividad, más una*doceava (1/12) parte de la Prima de Navidad...” (Subraya la Sala).

De este modo, es claro que el señor Martínez Rincón tiene derecho a una pensión equivalente a la totalidad de la asignación que en todo tiempo devengue un Sargento 2° de la Policía Nacional “en actividad. Así lo reconocen las dos resoluciones de la Dirección de la Policía Nacional; y ello es lo legal.

Bien sabido es, por lo demás, que esta clase de pensiones de los uniformados son oscilantes (Art. 10, Ley 72 de 1947), es decir que sufren las variaciones o alteraciones que tengan las asignaciones de los respectivos funcionarios en actividad.

Por consiguiente, la situación del pensionado por invalidez —cuando, como en este caso, se ha reconocido que tiene derecho al sueldo y demás asignaciones correspondientes al funcionario en actividad— es la misma, precisamente, del funcionario en ejercicio activo, en lo que concierne al monto de sus haberes y prestaciones.

No resulta adecuado, por lo mismo, aplicar al pensionado por invalidez, en este caso al señor Martínez Rincón, las normas sobre subsidio familiar correspondientes a quienes están en retiro.

(...)

Los casos que pueden surgir son tres: un suboficial en actividad; un suboficial en retiro; un suboficial retirado por invalidez. A este último —retirado por invalidez— dice la ley que se le aplican las disposiciones del suboficial en actividad o en servicio activo; de modo que resulta claramente inapropiado aplicarle las normas que corresponden al suboficial en retiro.

Por lo demás, nada más justo. El suboficial “en retiro” puede trabajar y, con el producto de su trabajo, atender a sus necesidades. En cambio, el pensionado por invalidez —como el caso de un ciego— no puede trabajar y es justo, por ello, que su asignación ascienda a la totalidad de lo que devenga un suboficial en actividad.

Por otro lado, la ley no dice, en parte alguna, que al suboficial de la Policía Nacional, pensionado por invalidez se le aplican —respecto del subsidio familiar— las disposiciones referentes al suboficial “en retiro”. Todo lo contrario: la ley especifica claramente que al oficial o suboficial pensionado por invalidez se le aplican, en general, las normas que corresponden al oficial o suboficial en actividad. De modo que es apenas lógico concluir que, respecto del subsidio familiar, al suboficial pensionado por invalidez deben aplicársele las disposiciones que corresponden al suboficial en servicio

activo. Ello excluye toda posibilidad de aplicar, por analogía, las normas que corresponden a los suboficiales en retiro»...

*Belisario Arciniegas, Andrés Holguín, Ricardo Bonilla Gutiérrez,
Nemesio Camacho, Marco A. Martínez B.*

VIÁTICOS

No son factor de liquidación pensional. Sentencia de unificación

14 de agosto de 2003

Radicación: 25000-23-25-000-1998-48231-01(1782-00)

...«El régimen jurídico laboral administrativo ha consagrado el reconocimiento de viáticos para pagar con ellos servicios fuera de la sede normal del servidor público, en las condiciones que prevé. Ahora bien, en una época la legislación les reconoció trascendencia en materia prestacional, por lo que, en este momento, para la debida claridad, se destacan tres etapas normativas relacionados con ellos, que son:

Primera. Anterior a la Ley 62 de 1985

Inicialmente, conforme al **art. 2°-b de la Ley 4 de 1966**, por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, etc., se ordenó que los afiliados a la entidad prestacional deben cotizar con destino a ella, entre otros, con el 5% del salario correspondiente a cada mes. En aplicación de esta norma, de los factores salariales reconocidos se hacía el descuento porcentual señalado y se remitía a la entidad prestacional; así, en su tiempo, se hacía el aporte sobre los viáticos. Y cuando llegaba el momento de reconocer prestaciones sociales, se hacía teniendo en cuenta los factores pertinentes.

El **Decreto Ley No. 1045 de 1978**. Esta disposición, en su art. 45, determinó los factores retributivos de los empleados estatales **computables para efectos de las prestaciones de cesantía y pensión**; entre ellos se encontraban **los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio**.

Ahora bien, es cierto que conforme al **art. 42 del D. L. 1042 de 1978** los viáticos que se reconocían a los servidores en comisión constituían salario,

pero en la normatividad del derecho público pertinente también existía una **norma que determinaba los factores que se debían tener en cuenta para efectos de las prestaciones de cesantía y pensión**, en la forma ya mencionada, dentro de los cuales **“los viáticos” eran computables pero si se deban las condiciones para ellos señaladas**. En esas condiciones, el hecho que ellos constituyeran salario no permitía per-se su inclusión automática en la base de liquidación de las mencionadas prestaciones sociales.

Pues bien, como había la posibilidad de que los mismos tuvieran incidencia prestacional cuando se cumpliera la condición temporal señalada, **la administración debía descontar el porcentaje pertinente de ellos en todos los casos con destino a la entidad prestacional**; no había que esperar que se cumplieran los 180 días para ordenar con retroactividad el descuento porcentual de ley sobre ellos. Si así no se hubiera hecho, significaría que solo con posterioridad se haría el descuento cuando se cumpliera la condición temporal, con lo cual se afectarían los ingresos de la institución. De todas maneras, si no hacían el descuento en su oportunidad, al cumplir la condición para efectos prestacionales, la administración, de todas maneras, debía hacer el descuento y remitir los valores a la institución pertinente, no solo de los viáticos del tiempo requerido, sino de todos ellos.

Segunda. Bajo el régimen de la Ley 62 de 1985

La **Ley 62 de 1985**, en su art. 1º, modificó lo dispuesto en el art. 3º de la Ley 33 de 1985, que adoptó medidas relacionadas con las Cajas de Previsión y reglamentó prestaciones sociales, en el sector público.

“Art. 1º Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

En todo caso, las pensiones oficiales de cualquier orden siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Pues bien, bajo la vigencia de las Leyes 33 y 62 de 1985 se entiende que **los factores retributivos de los servidores públicos de los cuales se deben descontar los APORTES pertinentes para las entidades prestacionales** y que son relevantes para las prestaciones sociales nacionales, son los que allí determinó expresamente el Legislador, entre los cuales ya no aparecen los viáticos.

Por lo tanto, en tratándose de los VIÁTICOS, como esta nueva legislación no los tuvo en cuenta para los efectos prestacionales, por ello **no se aporta por los mismos y esa debe ser una conducta que tienen que observar tanto la administración al hacer los descuentos de aportes, como la entidad prestacional.** Ahora, si la administración hace descuentos sobre este factor, cuando la ley no lo autoriza, es posible que se realice sobre la autoridad el respectivo proceso de responsabilidad, porque con su conducta desconoce el mandato legal y genera consecuencias económicas no previstas y más gravosas para la entidad prestacional.

Ahora bien, en el inciso 3° del art. 1° de la Ley 62 de 1985, el Legislador determinó que en materia de PENSIONES OFICIALES DE CUALQUIER ORDEN (nacional, etc.) **la prestación se liquida “sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.** Debido a la parte transcrita de la norma en mención se han presentado controversias sobre si, en el caso que se haya aportado sobre los viáticos, éstos pueden hacer parte de la base para la liquidación pensional.

(...)

Así las cosas, bien puede haber ocurrido que la administración hubiera realizado descuentos de aportes en relación con los VIÁTICOS devengados y pagados, sin discrepancia de la entidad prestacional y el empleado, y por ello, **teniendo muy en cuenta la decisión judicial precitada, que ahora se ratifica en esta Sala, ellos no tendrán incidencia en la liquidación de la pensión.**

El descuento de aportes por concepto de VIÁTICOS constituye una actitud no ajustada a derecho, por cuanto claramente la ley mencionada determinó los factores retributivos objeto de tales descuentos y la posterior repercusión en materia prestacional. De manera que efectuar tales descuentos sobre

los viáticos tiene una clara finalidad de beneficiar a un grupo minoritario de servidores públicos, con quebranto del derecho de igualdad frente a la ley y con el natural detrimento patrimonial estatal posterior. Una conducta de esta naturaleza podría ser pasible de investigación para establecer la responsabilidad de las autoridades comprometidas.

Ahora, no sobra advertir que es posible que bajo un régimen especial prestacional se determine de otra manera la liquidación del derecho, v. gr. de la pensión, sobre los factores retributivos devengados en un determinado lapso; en ese evento, la decisión administrativa sería diferente pero por mandato expreso y especial del Legislador, de aplicación restrictiva y teniendo en cuenta las demás normas que sean aplicables.

Tercera. Bajo el régimen de la Ley 100 de 1985

La **Ley 100 de 1993**, aplicable a partir de abril 1° de 1994 a los servidores públicos nacionales para efectos pensionales, pues para los territoriales existe otra fecha de efectividad, **en cuanto al personal sometido totalmente a la misma**, con exclusión en esa materia de algunos grupos estatales que tienen un diferente régimen pensional admitido por la misma disposición.

Por **Decreto 691 del 29 de marzo de 1994**, dictado en ejercicio de las facultades del art. 189-11 de la C. P. en concordancia con la citada ley, fueron incorporados los servidores públicos al sistema general de pensiones. Y en su art. 6° se establecieron **los factores para calcular las cotizaciones del sistema general de pensiones**, los cuales fueron modificados por el **art. 1° del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994**, aclarando que **en ninguno de ellos se incluyeron los VIATICOS como base de cotización**, es decir, que a partir de la Ley 100 de 1993 estos **no constituyen factor para cotizar ante el Sistema general de Pensiones y por ende, no son factor computable en la liquidación pensional**.

De otra parte, en el art. 4° del citado Decreto No. 691 de 1994, en relación con el **régimen de transición que los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida**, dispuso que estarán sujetos al **régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamenten**, por lo que respecto de dichos servidores el reconocimiento pensional se hará conforme a los parámetros ya fijados en la normatividad y providencias interpretativas de las mismas.»...

*Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Jesús María Lemos Bustamante,
Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez Maldonado, Nicolás Pájaro.*

VIÁTICOS

Son factor de liquidación pensional si se han percibido por más de 180 días

24 de junio de 2015

Radicación: 70001-23-33-000-2013-00025-01(4710-13)

...«Con miras a esclarecer el fondo del asunto la Sala traerá a colación, de manera sucinta, el panorama normativo aplicable al *sub lite*, por sus implicaciones en la forma de la liquidación pensional del actor, pues el fundamento de la alzada consiste en que, por parte de COLPENSIONES ya se efectuó la liquidación pensional conforme lo señalan las Leyes 33 y 62 de 1985.

En efecto, el señor CIRO ANTONIO HERNÁNDEZ OSORIO, adquirió su *status* jurídico de pensionado en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero en particular, conforme a su régimen de transición contenido en el numeral 2º del artículo 36, que estableció una excepción a la aplicación del sistema de seguridad social en pensiones y por ende, le serían en principio, aplicables las previsiones anteriores tales como las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante, la Ley 33 de 1985 que estableció “*algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público*”, exceptuó de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber:

- Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley.

- Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.
- Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

Conforme a los certificados de tiempos laborales transcritos se tiene que a la entrada en vigencia de la citada norma el demandante cumplió apenas catorce años de servicios, por lo que no le ampara el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, dicha norma dispone en su artículo 1°; que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, **equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**, por lo que el cuerpo normativo, que gobierna la liquidación pensonal del actor se trata de las Leyes 33 y 62 de 1985.

La primera de ellas, modificó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión fuera equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. Para el efecto, señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes y preceptuó en el artículo 3°:

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

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

* Asignación básica

* Gastos de representación

* Prima técnica

* Dominicales y feriados

* Horas extras

* Bonificación por servicios prestados

* Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”.

Esta prescripción normativa fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, con lo que quedó derogado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de pensión de jubilación.

Ahora bien, sobre este tema específico, ésta Sección en sentencia del 4 de agosto del 2010, [rad 0112-09] concluyó que la Ley 33 de 1985, no indicó en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

En suma, debe atenderse en la liquidación, aquellos emolumentos que percibió el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por la labor desempeñada.

(...)

Así las cosas, tanto la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación y por ende, es viable otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...)

Teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, el alcance que jurisprudencialmente se le ha dado y las directrices trazadas por los Jueces de la República en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores

públicos, es válido que para tales efectos se tengan en cuenta **todos los factores que constituyen salario**, entendiendo como tal 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, vr.gr., 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 suma, aquellos acrecimientos que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

(...)

Es de recordar que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico el viático es considerado como, un factor salarial, que tiene por finalidad cubrir los gastos de manutención, alojamiento y transporte en que incurre el servidor público o privado por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio. Así el objeto de los viáticos es compensar al empleado o trabajador los gastos generados por el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja para ir a otro sitio a cumplir una función laboral, donde tiene que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación básicamente.

Ahora bien, advierte la Sala que consultado el certificado de tiempo de servicios se tiene que allí no se especifica el número de días por los cuales se liquidaron viáticos a favor del señor CIRO ANTONIO HERNÁNDEZ OSORIO, sin embargo se anota que sólo se percibieron por los meses de mayo y noviembre de 2003 y abril de 2004, situación que impone colegir que sólo por un término no mayor a 90 días se recibieron viáticos en el último año de prestación de servicios.

Sobre este aspecto, no puede desconocer la Sala que el Decreto 1045 de 1978, específicamente habló del tema y, exigió que para ser incluidos en la liquidación de la pensión, debían percibirse por un **mínimo de 180 días**, norma que si bien es anterior a las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, también es cierto que, si ha de tomarse la decisión de incluirse los viáticos en la liquidación pensional del actor, atendiendo al criterio fijado por la Sección en la sentencia de 4 de agosto de 2010, que se refirió únicamente a **la naturaleza de los factores que deben ser incluidos**, no puede desconocerse el querer del legislador extraordinario de 1978, que impuso otra condición adicional a su naturaleza consistente en que debían ser percibidos por más de 180 días, tema sobre el que la Sala de unificación no avanzó en su interpretación.

Así las cosas, se impone para el caso la confirmación de la sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre pero se modificará el numeral segundo para excluir a los viáticos de la liquidación pensional del señor *Ciro Antonio Hernández Osorio*, conforme ha quedado expuesto.»...

*Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sandra Lisset Ibarra Vélez,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

RETIRO DEL SERVICIO

I. ABANDONO DEL CARGO

ABANDONO DEL CARGO

No procede su declaratoria por existir justa causa por calamidad doméstica que obliga a conceder licencia remunerada

22 de octubre de 1941

Radicación: CE-EXP1941-N1022

...«Las señoritas Trina Naranjo Cuartas y Noemí Escobar estaban desempeñando los cargos de directoras seccionales de las escuelas urbanas de Manizales, escalafonadas en segunda y tercera categoría, respectivamente. Por medio del decreto número 1 de 8 de enero de 1940, fue trasladada la señorita Nohemí Escobar a la Dirección Seccional de la Escuela de Aránzazu, y por medio del decreto número 484 de 12 de diciembre de 1940 la señorita Naranjo Cuartas a la seccional de Montenegro. A la primera, se le comunicó el nombramiento por medio del oficio número 822 de 14 de diciembre de 1940, y a la segunda por medio del oficio número 33 de 8 de enero del presente año.

(...)

Como puede observarse, el motivo en que se apoyó el gobernador para declarar la vacancia de los puestos, fue la circunstancia de que las demandantes, posesionadas de sus cargos, no entraron a ejercerlos, sino que se fueron a Manizales a solicitar la licencia que se les había negado antes de tomar posesión»...

Fuera de estos testimonios, las demandantes no han negado ese hecho, o sea que, posesionadas del cargo de maestras, no ejercieron sus funciones, sino que solicitaron licencia por sesenta días renunciables. Alegan que tuvieron motivos fundados para tomar esta determinación, ya que la una

estaba incapacitada, por enfermedad, para ejercer el cargo, y la otra tenía gravemente enfermo a su padre en la ciudad de Manizales.

(...)

Sentados estos principios, toca decidir si el gobernador de Caldas, para decretar la vacancia procedió de conformidad con las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal, o si no se ajustó a ellas con perjuicio de las demandantes.

La primera irregularidad en que incurrió la dirección de Educación de Caldas consistió en que, habiendo solicitado las interesadas licencia para separarse del cargo de maestras, no les hubiera concedido licencia para demorar la posesión, de conformidad con el artículo 248 del Código de Régimen Político y Municipal, que les otorgaba el término de la distancia y noventa días, fuera de los diez días que tenían para manifestar si aceptaban el cargo. Y aunque es evidente que ellas pudieron, dentro de la ley, abstenerse de tomar posesión de sus cargos, sin incurrir en vacancia, en realidad no lo hicieron así, por lo cual quedó descartada la posibilidad de estudiar este aspecto del acto acusado, en el cual pudieron ellas actuar ajustándose a las claras normas legales citadas. El problema queda, pues, en el presente caso, reducido a saber si el hecho de haberse trasladado las demandantes a Manizales, sin haber ejercido el cargo, nueve días después de posesionada la una y cuatro días después la otra, constituye abandono capaz de producir la declaratoria de vacancia.

Trina Naranjo Cuartas solicitó licencia por tres días para separarse del cargo. Esta licencia no le fue concedida, como lo dicen el Alcalde y el inspector local, en telegrama que se transcribió antes. Con esta negativa se violó el artículo 304 del Código Político y Municipal, que atribuye a la primera autoridad política del lugar, en casos urgentes, conceder licencias provisionales por el tiempo necesario para ocurrir al empleado competente. Negada la solicitud, la interesada se trasladó a Manizales e hizo la petición al director de Educación, que fue resuelta en forma adversa por el decreto acusado. ¿Puede considerarse, en presencia de las circunstancias transcritas, que hubo abandono del cargo de parte de la señorita Naranjo Cuartas? No, por las siguientes razones: La interesada ha acreditado, con el testimonio del doctor Néstor Villegas, médico graduado, y con las declaraciones de los señores José María López, Carmelo Gómez y María Gutiérrez de Lopera que su padre, el señor Rafael Naranjo, estuvo gravemente enfermo durante los últimos días de enero y primeros días de febrero. La enfermedad de su

padre era causa justa para que se le concediera una licencia por el tiempo que durara la enfermedad, y, de conformidad con el artículo 304 de la Ley 4° de 1913, ya citado, era un caso urgente que debía ser resuelto en forma provisional, por las autoridades de Montenegro. No quisieron resolverlo así los citados funcionarios, violando claras normas legales, a pesar de las solicitudes de la interesada. No obró, en tal virtud, contra derecho la señorita Naranjo cuando, negada esta licencia, se dirigió a Manizales a la autoridad competente en demanda de lo que había solicitado con tanta insistencia. Y sube de punto la justicia que la asistía en este asunto, si se considera que, frente a causas justas, no depende del libre arbitrio de los funcionarios competentes otorgar o no las licencias que se les pidan, sino que su decisión debe estar condicionada a la justicia de la demanda, y ser obligatoria, por consiguiente, para el respectivo empleado. Frente a esta negativa, en presencia de causas fundadas, razones naturales aconsejaban a la demandante hacer la solicitud directamente al empleado competente, aunque para ello hubiera tenido necesidad de dejar el cargo por el tiempo estrictamente necesario para hacer la solicitud. El abandono del cargo, en la forma dicha, es cierto que significa un trastorno del servicio, pero como está determinado por una causa justa, y como la interesada agotó todos los medios legales que tuvo a su alcance, no se justificaba una declaratoria de vacancia, sino una rápida concesión de la licencia, que, con tanta insistencia, venía solicitando regularmente.»...

Tulio Enrique Tascón, Antonio Escobar Camargo, Gustavo Hernández Rodríguez, Diógenes Sepúlveda Mejía, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira, Gonzalo Gaitán.

ABANDONO DEL CARGO

Para su declaratoria no es necesario un proceso disciplinario previo

Sentencia de unificación

22 de septiembre de 2005

Radicación: 11001-03-25-000-2003-00244-01(2103-03)

«...Esta Sala Plena de la Sección Segunda, con un fin unificador de la jurisprudencia, asume el conocimiento del presente proceso y recoge el anterior planteamiento jurisprudencial sobre la materia, pues 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 mal puede la causal de abandono del cargo sólo aplicarse previo 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.

(...)

El abandono del cargo, debidamente comprobado, es una de las formas de la cesación de funciones o retiro del servicio, que puede ser objeto de sanción, si se dan los supuestos para que se produzca la falta gravísima a que aluden las normas disciplinarias, tanto la ley 200 de 1995, como la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, precepto este último que igualmente la consagra como falta gravísima.

Y se dice que el abandono del cargo puede ser sancionable en materia administrativa, sólo si la conducta es típica, antijurídica y culpable. Por eso tanto el artículo 25 -8 de la Ley 200 de 1995 como el artículo 48- numeral 55 de la nueva ley 734 exigen que el abandono sea injustificado, es decir que no

medie causa alguna que exonere al funcionario de abandonar los deberes de su cargo.

No ocurre así con la consagración que hace de esta circunstancia las normas que gobiernan la función pública. Como se lee en todas las precitadas normas tanto para los funcionarios de libre nombramiento como para los de carrera, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo no señala condicionamiento alguno de culpabilidad, pues sólo basta que este ocurra, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, para que la administración pueda proveer el servicio, designando a la persona que va a ocupar el lugar del funcionario que sin mediar causa hace dejación de su empleo. Es una previsión que sin duda favorece a la administración no al administrado y que tiene su explicación en el fin de interés general que anima el servicio público, el cual no puede suspenderse por el abandono que haga un funcionario de sus deberes, en los términos del artículo 126 del decreto 1950 de 1973.

Recapitulando tenemos que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público. Se presenta -conforme lo señala el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973- en cuatro casos, el segundo de los cuales ocurre cuando un empleado sin justa causa: “Deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos”.

Esta declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, que ésta opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo »...

*Alberto Arango Mantilla, Alejandro Ordóñez Maldonado,
Ana Margarita Olaya Forero, Jaime Moreno García,
Jesús María Lemos Bustamante, Tarsicio Cáceres Toro.*

II. CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA

RETIRO DEL SERVICIO POR CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA

La evaluación del jefe inmediato y las actas de la Comisión de la Carrera Diplomática y Consular no pueden tener el carácter de reservado. Debido proceso. Derecho de defensa

10 de diciembre de 1998

Radicación: CE-SEC2-EXP1998-N16186

...«En materia de función pública diplomática existe carrera desde tiempo atrás, y actualmente el derecho positivo en la materia se encuentra regulado en la Ley 11 de 1991, la cual en el artículo 43, literal e), le confirió facultades al Presidente de la República para regular la carrera. El ejercicio de estas facultades legislativas se encuentra plasmado en el Decreto ley 010 de 1992, orgánico del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular.

En el capítulo cuarto de esta ley se reglamentó el ingreso y permanencia en la carrera; y el artículo 28 ibídem reglamentó lo relacionado con los ascensos, los cuales se harán de categoría en categoría, por decreto, en forma anual, y previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto en este estatuto.

El artículo 29 de la misma normatividad determina que para ascender de categoría en el escalafón de la carrera deberán reunirse los siguientes requisitos:

Tiempo de servicio, aprobación de pruebas de conocimientos y evaluación satisfactoria de servicios.

La evaluación de servicios según las voces del artículo 36 del Decreto ley 10 de 1992 comprende tanto el rendimiento y calidad del trabajo del funcionario como su comportamiento y superación profesional. La Comisión de la Carrera efectuará la evaluación con base en la hoja de vida del funcionario, el concepto analítico del jefe inmediato y los que aporte el funcionario.

El párrafo del artículo 36 del Decreto ley 10 de 1992 señala:

“Para emitir el concepto analítico, que tendrá carácter confidencial, del jefe inmediato considerará y evaluará los siguientes factores enunciados en orden alfabético:

- a) Adaptabilidad y sociabilidad;
- b) Condiciones para dirigir, supervisar y calificar personal, cuando fuere del caso;
- c) Conducta;
- d) Criterio y discreción;
- e) Cumplimiento del deber;
- f) Cumplimiento de compromisos particulares;
- g) Capacidad de exposición verbal;
- h) Iniciativa;
- i) Lealtad, espíritu de cooperación y compañerismo;
- j) Organización, y
- k) Preparación profesional.”

En el caso de dos calificaciones insatisfactorias el funcionario será retirado de la Carrera Diplomática y Consular (art. 37).

Alega la libelista que en este punto se dio una clara violación del debido proceso (artículo 29, C.N.), porque en el proceso de evaluación administrativa no se observó la normatividad que protege el derecho de defensa, ya que únicamente se le notificó que había sido calificada insuficiente, sin anexarle los actos respectivos de la Comisión de Personal y sin que conociera las

pruebas que habían sido allegadas en su contra, para que hubiese podido controvertirlas.

En efecto, si bien es cierto que en el sub exámine la entidad demandada mediante oficio No. 1601 de 30 de marzo de 1994 (folio 3), informó a la actora que la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular evaluó sus servicios durante el año de 1993 con calificación insuficiente, advirtiéndole que contra tal decisión procedía el recurso de reposición, no lo es menos que a dicha comunicación no se acompañaron los documentos que sirvieron de base para tomar esa decisión, y ni siquiera transcribieron la parte íntegra del acta, ni le indicaron qué documentos estaban a su disposición para ser examinados y por ende, controvertidos. En otras palabras la Comisión de Personal le dio el carácter de “secreto confidencial” tanto al documento que contiene la evaluación del jefe inmediato como a las actas de comisión respecto a las decisiones que afectaron los derechos de la doctora Carmenza Ramírez de Muñoz, impidiéndole su defensa.

Sobre este punto advierte la Sala que la facultad otorgada al jefe inmediato del funcionario para calificarlo no puede hacerse en forma “confidencial” porque en tal evento se imposibilita al calificado para que controvierta las pruebas que se tuvieron en su contra y se defienda de las imputaciones que dieron como resultado la calificación insatisfactoria, porque lo contrario equivaldría a desconocer los principios constitucionales del derecho de defensa y debido proceso amparados en el artículo 29 de la Carta Política.

Si bien es cierto que el Decreto ley 10 de 1992 contempló disposiciones de esa índole, tampoco puede pasar por alto la Sala que por mandato de la norma superior, es decir, el artículo 83 de la Carta Política, las actuaciones de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, y el concepto analítico del jefe inmediato con carácter de “confidencial” no puede modificar la regla consagrada en dicho canon constitucional.

Así las cosas, es menester concluir que en los postulados de la Carta Política de 1991 no existe confidencialidad alguna, pues ella establece la publicidad de las actuaciones de la administración y el artículo 125 determina el ingreso a los cargos de carrera, y el ascenso en los mismos, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Es indudable que el citado decreto extraordinario debe acatar la Constitución Nacional en lo referente a la publicidad de las actuaciones administrativas en aras a garantizar el derecho de defensa y el debido proceso en la evaluación y calificación de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, siendo en consecuencia a todas luces contraria a la Carta Política la expresión "... que tendrá carácter confidencial" del párrafo del artículo 36 del Decreto Extraordinario No. 10 de 1992, y amerita por lo tanto ser inaplicada, según la preceptiva del artículo 4º ibídem.

Esta excepción de inconstitucionalidad conlleva la nulidad de las decisiones de la Comisión de Personal que constan en las actas Nos. 279 de 29 de marzo de 1994 y 284 del 9 de junio de 1994, en cuanto hace referencia a la actora.»...

Javier Díaz Bueno, Silvio Escudero Castro, Carlos A. Orjuela Góngora.

III. DESTITUCIÓN

DESTITUCIÓN DE EMPLEADO DE CARRERA QUE PERTENECE A LA DIRECTIVA DE UN SINDICATO

Por falta moral en el ejercicio de funciones sindicales

25 de abril de 1951

Radicación: CE-SCA-EXP1951-N0425

«...Los hechos sobre los cuales funda su reclamo el demandante se reducen a que Sánchez, empleado del ramo por varios años, inscrito en la carrera administrativa según resolución ejecutiva número 111 de 8 de mayo de 1942, expedida por el señor presidente de la República, y, a la vez, secretario general del Sindicato de Empleados de la Empresa Nacional de Radiocomunicaciones, se le suspendió en su empleo y se le destituyó del mismo, fundándose la entidad en que determinadas proposiciones, aprobadas por el sindicato en una asamblea general verificada el día 15 de febrero de 1948, constituían faltas sancionables en la persona individual del querellante...»

«...Ahora bien, la Sala encuentra en absoluto fundamentado el proceder de la empresa en cuanto consideró que Sánchez, como empleado oficial, estaba obligado a cumplir los deberes que la ley impone a los servidores públicos escalafonados, de ser leal al espíritu de la Constitución y de las leyes, de ser eficiente, imparcial y discreto en la prestación del servicios de acatar a los superiores jerárquicos en cuanto se trate de la satisfacción de sus funciones; de ser, por último, honorable y gozar de buena fama en el comportamiento social, (sic artículo 8°, Ley 165 de 1938, sobre «carrera administrativa». Subraya la Sala), postulados estos de carácter fundamentalmente moral y ético que vedaban su intervención dentro del seno del sindicato y de la asamblea general reunida por este en el sentido

que atrás se señaló, sin que valga argüir que su actuación fue y debe considerarse independientemente de la que debía desempeñar o tener, dada su calidad de funcionario del sindicato, porque tal divorcio entre su condición o calidad de empleado público y el «fuero» que se pretende le confería la de miembro de la directiva del sindicato, en verdad resultaría extravagante y su reconocimiento daría lugar a que individuos inescrupulosos pudieran cometer toda suerte de desafueros contra sus superiores jerárquicos, contra el Estado o la administración, refugiándose o amparándose tras el pretexto de que lo harían no en su condición de empleados sino de miembros de un sindicato, responsable en sí mismo y como persona jurídica.

Deberes primordialmente morales, como antes se dijo, pero, además, de plena sustentación legal, impedían a Sánchez participar siquiera en aquellas deliberaciones de la Asamblea verificada el 15 de febrero, durante la cual se aprobaron las proposiciones calificadas de injuriosas para la persona del gerente de la empresa; y es incuestionable que, al estampar su firma en ellas, no precisamente ni exclusivamente como miembro del sindicato, aunque sí, ostensible y manifiestamente, con su doble carácter de empleado y de miembro de la asociación sindical referida, expresamente estaba solidarizándose con el contenido de las mociones que se aprobaban, y, por lo mismo, desde ese instante se hizo acreedor a las sanciones que la ley prevé para casos análogos, sanción que le fue aplicada, se repite, no por su calidad de funcionario sindical sino en consideración a que, como empleado, y, más aún, como empleado público, faltó a deberes que la ley consagra como de cumplimiento obligatorio e inherentes a la calidad de servidor del Estado...»

*Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez,
José Urbano Múnera, Álvaro Pineda de Castro, Antonio José Prieto,
José Luis Chavar Riaga Meyer (conjuez).*

**DESTITUCIÓN DE EMPLEADO DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

*Por acreditarse una conducta poco diligente y cuidadosa que originó
investigación penal*

6 de diciembre de 1961

Radicación: CE-SGN-EXP1961-N1206

...«La administración pública, al seleccionar sus empleados, debe tomar en consideración que de acuerdo con claros mandatos constitucionales (artículo 16 de la Carta), las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. De consiguiente, el personal que escoja para llenar esas funciones esenciales o para colaborar en ellas, por razón de sus buenos antecedentes, debe ofrecer todo género de garantías sobre su buena conducta ciudadana.

Ciertamente que la presunción de inocencia sólo se destruye mediante sentencia en contrario, pero no es menos evidente que dentro de la técnica procesal el auto de proceder constituye un pliego de cargos que formula el Estado contra una persona por existir un *mínimum* de pruebas sobre su responsabilidad en la comisión del hecho que se le imputa. Esa acusación concreta, aunque posteriormente resulte inoperante en virtud de la prescripción de la acción, sí ofrece elementos de juicio para apreciar la conducta social del procesado en cuanto su comportamiento lo acredite como persona negligente. Una cosa es la responsabilidad penal que se deduce del hecho criminoso, y otra muy distinta es ese mismo hecho como antecedente para valorar, sin consecuencias penales o civiles de ninguna naturaleza, el comportamiento de un individuo como funcionario público.

Si el auto de enjuiciamiento dictado por el Juzgado Superior y confirmado por el Tribunal dio por plenamente probado el cuerpo del delito que se le imputaba al señor Medina, y la responsabilidad en el grado mínimo

que exige la ley, no podría sostenerse que la prescripción decretada con posterioridad a esa providencia impida a la administración pública estudiar los hechos para valorar la conducta social de sus empleados. Ello no quiere decir que se reviva el proceso penal, como parece entenderlo el apoderado del demandante, ni que se viole el artículo 104 del código de la materia, sino simplemente que se estimó que las circunstancias en que se desarrollaron los sucesos de que da cuenta el auto de proceder y el comportamiento que con relación a tales hechos tuvo el inculcado, son indicadores, en concepto de la administración, de una conducta descuidada y ligera. Más aún. La abundante información testimonial analizada en el auto de enjuiciamiento demuestra que el demandante, en estado de embriaguez alcohólica, hizo varios disparos en un establecimiento de la ciudad de Villavicencio y apuntó con su revólver a algunos ciudadanos, hechos que por sí solos y sin consideración al ilícito que se le imputó, revelan un antecedente personal que no podría calificarse entre los mejores. Esa única circunstancia podía servir a la administración para fundar el decreto que expidió, máxime si se tiene en cuenta que el empleado no goza de fuero especial.

(...)

La Sala considera que las razones aducidas anteriormente son suficientes para desechar este cargo, que, como se expresó, el sólo hecho de los disparos, sin tomar en cuenta el homicidio culposo que se le imputó al actor en el auto de enjuiciamiento, es motivo bastante para estimar que sus antecedentes no lo acreditan como ciudadano cuidadoso y diligente, circunstancia que puede determinar la destitución de un funcionario sometido al sistema de libre nombramiento y remoción. Si el empleado no está protegido por un estatuto especial que le de estabilidad en su puesto, no puede alegar una falsa motivación sino en el caso en que se acredite que en realidad ella no es cierta»...

Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Alejandro Domínguez Molina, Francisco Eladio Gómez G., Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D.

IV. INSUBSISTENCIA

REMOCIÓN DEL CARGO POR DECLARAR EN INTERINIDAD A MAESTRA QUE DESEMPEÑA EL CARGO EN PROPIEDAD

Equivale al retiro del cargo cuando que no obedece a las causales de ley

29 de octubre de 1918

Radicación: CE-EXP1918-N1029

...«La señorita Ana Teresa Bermúdez Márquez, por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal seccional de lo contencioso administrativo de Tunja la nulidad de los decretos números 1 y 4 de 9 y 14 de enero último, expedidos por el gobernador del departamento de Boyacá, el primer decreto en su totalidad y el segundo en lo concerniente a la remoción que dice se le hizo del empleo de maestra en propiedad de la escuela superior de niñas del barrio de la Catedral, en la ciudad de Tunja....

La facultad de los gobernadores para remover a los maestros de escuela está limitada a los casos en que se demuestra su mala conducta, su mal desempeño o su incompetencia, y eso después de haber oído los descargos del responsable. De consiguiente, no se conforma con estos principios la providencia de un gobernador que declara en interinidad los nombramientos de maestros de escuela, porque esto, sencillamente, equivale a una remoción, una vez que de la posición firme y definida en que estaban, se les coloca en una precaria y transitoria, como es la que produce todo nombramiento interino y que en cualquier momento puede hacerse en propiedad en otra persona....

... En el caso que se estudia, la señorita Bermúdez Márquez venía desempeñando en propiedad la dirección de la escuela urbana de la Catedral en Tunja; desde que fue nombrada militaba en favor de ella la presunción de

su aptitud para el empleo, y adquirió por consiguiente el derecho de no ser removida sino en los casos a que se refiere el artículo 127, numeral 24, de la Ley 4.^a de 1913. Pero el Decreto número 4 de 1918 del Gobernador de Boyacá la apartó de ese empleo, sin que conste allí que fuera por incompetencia o mala conducta, motivos que quedan descartados, desde luego que el mismo decreto la destinó a la escuela de otro barrio, pero en interinidad.»...

Próspero Márquez, Jesús Perilla, Adriano Muñoz, Luis Rosales.

**INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE CARRERA NOMBRADO EN UN
CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

*El empleado removido conserva los derechos de carrera siempre
que pertenezca a la misma entidad*

18 de abril de 1945

Radicación: CE-EXP1945-N0418

«...El señor Absalón Lozano ingresó al servicio de la Contraloría General de la República en el cargo de oficial 29 de contabilidad de la Auditoría de instituciones de utilidad común, empleo para el cual fue nombrado por resolución número 721, de 4 de diciembre de 1941; por resolución ejecutiva número 153, de fecha 11 de octubre de 1943, fue aceptado en la carrera administrativa con el cargo de examinador de cuentas de la Auditoría del Fondo de fomento municipal, cargo al cual había sido promovido por resolución número 1035, de 16 de diciembre de 1942, y, por último, fue promovido al puesto de secretario de la Auditoría fiscal de Leticia. El señor Lozano vaciló para aceptar esta promoción, ante el temor de perder su derecho a la inamovilidad y demás concesiones inherentes a la carrera administrativa, dado que el empleo de secretario de un funcionario de jurisdicción y mando está excluido de la carrera, por la Ley 165 de 1938. Pero el Consejo de Administración y Disciplina le dio el concepto de que podía aceptar sin peligro de sus derechos, y en vista de este concepto, e indudablemente por espíritu de obediencia al superior, aceptó el nuevo empleo. Finalmente el señor Lozano fue destituido de la secretaría de la auditora de Leticia, por medio de la resolución número 282, de 8 de mayo de 1944, por la cual fue nombrado en su reemplazo el señor Helí Catado.

(...)

El empleo de secretario de las auditorías fiscales de la Contraloría General de la República estaba excluido expresamente de los beneficios de la carrera administrativa, por el ordinal a) del artículo 4º de la Ley 165

de 1938, toda vez que los auditores ejercen autoridad. Luego es inaplicable la disposición del decreto reglamentario, que catalogó a los secretarios de tales auditores como empleados de carrera administrativa. Esto es, el demandante Absalón Lozano no hubiera podido ser inscrito en la carrera con el cargo de secretario de auditoría.

Pero el señor Lozano no fue inscrito con tal cargo, sino con el de examinador de cuentas de la Auditoría, empleo secundario no excluido por la Ley 165 de 1938, y lo que ocurre es que después de inscrito fue promovido al empleo de secretario o secretario contador de la Auditoría de Leticia, para ser destituido al cabo de tres meses.

Ahora bien: el empleado de carrera administrativa que acepta la promoción o ascenso a un puesto excluido de la carrera, pero dentro de la misma dependencia oficial, acaso por espíritu de obediencia al superior y por contribuir a la solución de una dificultad, como se infiere del texto de la resolución por la cual se hizo la promoción del señor Lozano al cargo de secretario de la Auditoría de Leticia, queda excluido automáticamente de la carrera. No, únicamente podrá ser removido de este puesto para volverlo al puesto de carrera de donde había sido promovido, o a otro de su categoría o de mayor categoría. El solo hecho de aceptar la promoción a un puesto excluido de la carrera administrativa, dentro de la misma dependencia oficial, por sumisión al superior, no puede ser jamás motivo de una sanción como la de exclusión de la carrera administrativa, sino más bien, de un estímulo.

Otra cosa hubiera sido que el señor Lozano hubiera solicitado la promoción o aceptado un puesto en otra dependencia oficial, porque entonces su aceptación sí implicaría renuncia de los derechos adquiridos con la inscripción en la carrera administrativa, antes que una manifestación de obediencia al superior.»...

*Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán,
Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lemos Girón,
Carlos Rivadeneira, Tulio Enrique Tascón.*

INSUBSISTENCIA POR PARTICIPACIÓN EN HUELGA EN SERVICIO PÚBLICO

Procedencia

17 de octubre de 1949

Radicación: CE-EXP1949-N1017

«...Como a las nueve de la mañana del 24 de mayo de 1946 se produjo en la sección de Examen y Certificación de Cuentas de la Contraloría General de la República un movimiento o bullicio, con ruido de tropel y aspecto tumultuario de todos los empleados de esa sección, al abandonar simultáneamente y con gran confusión sus respectivos escritorios para ir en colectividad a pedirle al contralor el aumento de sus sueldos; que el señor Calderón Flórez, como subjefe de esa sección estaba allí presente en esa oportunidad, y en vez de llamar la atención de sus subalternos sobre la ilicitud de su proceder, se sumó a ellos y fue en su asocio al despacho del contralor a hacer las mismas peticiones; que con estos fines el señor Calderón Flórez instó al señor Roberto Lora Camacho, empleado de su dependencia, que abandonara su oficio y los acompañara a donde el contralor; que con esa ocasión los empleados tumultuados presentaron al contralor un pliego en que le pedían el aumento de sus sueldos, y que con motivo de esos acontecimientos hubo suspensión del servicio público que desempeñaban esos empleados por algún tiempo.»....

«Se puntualiza que lo sucedido en la fecha y horas indicadas en la sección de Examen y Certificación de Cuentas de la Contraloría General de la República, fue una huelga de los empleados de esa dependencia, huelga en la cual tomó parte activa el señor Calderón Flórez, y la cohonestó con su presencia, como subjefe de esa oficina, con la misión de advertir con ese carácter a sus subalternos la ilicitud del acto, y con sus instancias a uno de ellos de incorporarse al movimiento.

La huelga en los servicios públicos está prohibida por la Constitución y por la ley (artículo 18 de la Constitución nacional, 7°, parágrafo 2° de la Ley 78 de 1919; 50 y 55 de la Ley 6ª de 1945), por lo cual quien toma parte en ella como empleado de la carrera administrativa, falta al primero de los deberes que le imponen los artículos 8° de la Ley 165 de 1938 y 1.8 del Decreto 2091 de 1939.»...

«La carrera administrativa —ha dicho el Consejo por reciente doctrina—, no es cédula o patente burocrática que asegure al funcionario su permanencia en el empleo, cualesquiera que sean las fallas en que incurra con relación a los deberes que le señala el artículo 8° de la Ley orgánica de la institución. Los derechos a la inamovilidad y al ascenso que ella reconoce a los empleados escalafonados, están condicionados a una constante e intachable reciprocidad de su parte, de voluntad de servicio, de eficiencia, de lealtad, de honorabilidad y disciplina que garanticen al Estado la mejor prestación de los servicios públicos por la estabilidad y superación continua del personal de la administración. (Sentencia de fecha 14 de septiembre de 1949.)»...

Baudilio Galán Rodríguez, Pedro Gómez Parra, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lamus Girón, Guillermo Peñaranda Arenas (conjuez), Carlos Rivadeneira, Gustavo Valbuena.

**INSUBSISTENCIA DE DOCENTE PENSIONADO
LLAMADO NUEVAMENTE AL SERVICIO**

Procedencia

6 de octubre de 1961

Radicación: CE-SCA- EXP1961-N1006

...«[L]a Administración goza del derecho a llamar a los empleados a calificar servicios, cuando llenan los requisitos de tiempo y edad determinados en la ley, con la doble finalidad de concederles el beneficio a la jubilación a que se han hecho acreedores y de llenar la vacante que así se produce con personas que en atención principalmente a sus servicios en los diversos ramos, sin que sea obstáculo para ello el status especial de que goce el empleado retirado. En otras palabras, contra el anterior derecho la Administración, no tiene prevalencia el status del empleado inscrito. Si ello no fuera así, se consagrarían los empleos vitalicios en favor de los servidores de carrera; se obstaculizaría la tecnificación y eficiencia administrativa a que se debe aspirar en todo servicio público, y se haría inoperante, en la práctica la figura jurídica de la jubilación, instituida precisamente como una recompensa en favor del empleado por razón de su edad y de sus servicios.

[E]l actor venía disfrutando de la jubilación, según lo probado en el juicio, cuando la Gobernación del Tolima dictó el decreto acusado en que declara insubsistente el nombramiento del señor Fernández Ospina. En estas condiciones y a virtud de lo expuesto, el acto sub-judice es estrictamente legal, sin que pueda el interesado hacer valer a su favor ninguna disposición legal de excepción que lo faculte para exigir de la Administración el que lo mantenga en el servicio de la docencia oficial al mismo tiempo que disfruta del beneficio de jubilación.

(...)

En términos generales, son inobjetables las consideraciones relativas a la conveniencia y aun a la necesidad de retirar de la docencia oficial

a determinados maestros que han cumplido veinte años de servicio con la mira de tecnificar la enseñanza y hacer más eficaces las labores educativas. Pero estos nobles fines y aquellos retiros los puede obtener la Administración ejerciendo, con relación a los maestros que aún no han sido jubilados, la facultad reglada otorgada por el artículo único del Decreto 62 de 1935, y no la concedida por el artículo 53 del Decreto número 1.135 de 1952 que el Tribunal estima “discrecional” en su sentencia; y, con respecto a los que han sido jubilados y han disfrutado de la pensión decretada, la facultad discrecional por haber desaparecido para estos el “status” desde la fecha de su retiro y el cual no puede revivir por el hecho de que la misma Administración libremente los haya llamado nuevamente al servicio.

Aquellas dos situaciones en las cuales pueden encontrarse los maestros que han sido inscritos en el escalafón de enseñanza primaria no pueden ser tratadas por la Administración en forma idéntica, dados los altos fines que intenta obtener el Legislador al regular la carrera del magisterio en la cual se tiene en cuenta no sólo la protección del servidor público sino también y quizá principalmente la eficacia de la docencia en beneficio de la sociedad.

En el caso de que en favor del maestro escalafonado se haya decretado la jubilación y se haya disfrutado de ésta, es indiscutible que ya la Administración ha cumplido para con aquel servidor público la principal obligación adquirida y garantizada con la inamovilidad relativa consagrada por la ley. Por consiguiente, satisfecha la prestación principal, desaparece la garantía.

Cumplida por la Administración la principal obligación contraída en favor del maestro inscrito, no se presenta obstáculo alguno para que aquélla lo llame libremente de nuevo al servicio y para que lo vuelva a retirar en la misma forma. En este evento, aparece en forma clara la potestad discrecional que se puede ejercer en cualquier momento sin lesionar derecho alguno. Esta interpretación se encuentra corroborada por el claro y categórico mandato contenido en el artículo 1º del Decreto número 16 de 1940 según el cual los Gobernadores tienen la obligación de llenar con los institutores que vayan saliendo de las Normales y “que obtengan el título respectivo, los puestos disponibles y las vacantes que se produzcan en el magisterio primario...».

Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutierrez, Alejandro Domínguez Molina, Francisco Eladio Gómez G, Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez.

ACTO DE INSUBSISTENCIA MOTIVADO EN SANCIÓN DISCIPLINARIA

La pretermisión de adelantar el respectivo proceso disciplinario vulnera las garantías mínimas del empleado público

16 de enero de 1984

Radicación: CE-SEC2- EXP1984-N0116

...«[L]a Administración al separar del servicio a la demandante no lo hizo utilizando dichas facultades, sino que esa medida obedeció a una serie de hechos que le imputaban como son su indisciplina, desconocimiento de la autoridad y la utilización particular de los circuitos telefónicos en llamadas de larga distancia y locales; es por esto que, evidentemente, ha debido seguirse con anterioridad a la expedición de la Resolución número GR—1857, el procedimiento disciplinario previsto en el Decreto 2400 de 1968 y en el Reglamentario 1950 de 1973.

“Lo anterior no obsta para que se nieguen las súplicas de la demanda, pues si bien es cierto que tal procedimiento disciplinario no se llevó a cabo previamente a la fecha en que fue proferida la Resolución número GR-1857, esa deficiencia fue subsanada inmediatamente y es así como el segundo acto acusado, o sea, el Acta número 004 de 12 de julio de 1976, es la culminación de todo un debate en donde se ventilaron las diferentes acusaciones de que fue objeto la demandante y que terminó precisamente con la confirmación del acto primeramente mencionado”.

Sin embargo, es lo cierto, que en el caso sub-lite se operó la destitución de la demandante estando en el desempeño de sus funciones, no siendo una insubsistencia que hubiera podido derivarse de la facultad de libre nombramiento y remoción, pues basta leer, en su parte final, la segunda de las providencias acusadas para establecer la evidencia de la imposición de la más drástica sanción disciplinaria, cuando en su texto expresa:

“Finalmente, la Gerencia Regional mantiene la decisión de insubsistencia y deja constancia de la honestidad de la citada señorita Jordán Molina y su

declaratoria de insubsistencia es el fruto de su indisciplina, desconocimiento de la autoridad y la utilización particular de los circuitos telefónicos en llamadas de larga distancia y locales, advirtiéndole, que puede apelar esta decisión ante el Comité Nacional de Disciplina”.

Con todo, el Tribunal aseveró, equivocadamente, que se había cumplido el debido proceso, previo a la destitución, por lo cual no accedió a las súplicas formuladas en el libelo.

Como lo ha venido sosteniendo reiteradamente el Consejo de Estado, en la investigación administrativa no es suficiente otorgar al culpable la oportunidad de exponer sus descargos, sino darle traslado de las inculpaciones que se le formulan, para que pueda rebatirlas dentro del término legal de ocho días, y poner también en conocimiento del mismo, los informes y pruebas aducidas a la investigación a fin de que ejerza el derecho de defensa garantizado por la Constitución Nacional.

Sobre este aspecto del litigio, el artículo 131 del Decreto 1950 de 1973, referente al trámite de los procesos disciplinarios, señala que “el empleado inculcado tendrá derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación, o que se practiquen las que se soliciten o sean conducentes y a ser oído en declaración de descargos”.

(...)

“En el presente proceso se trata de definir si los medios empleados por la Administración para producir la máxima sanción disciplinaria, cual es la destitución, se ajustaron a las prescripciones legales, o si, por el contrario, se apartaron de ellas, produciéndose, en consecuencia, desvío de poder o falsa motivación al producirse el acto administrativo materia de la litis.

“Sabido es que los nombramientos hechos para ocupar un empleo del servicio civil que no sea de Carrera, pueden ser declarados insubsistentes libremente por la Entidad nominadora, sin motivar la providencia, como lo establece el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968; pero cosa bien distinta es la aplicación de una sanción disciplinaria; aún para personas no pertenecientes a la Carrera, en donde se cuestiona la conducta misma del empleado con las naturales consecuencias futuras en la Hoja de Servicios, en cuanto a su dignidad, eficiencia y probidad. En ese evento la Ley ha querido rodear de todas las garantías al empleado inculcado, para que la sanción que se aplique si a ello hubiere lugar, sea la consecuencia de un proceso cumplido con todas las garantías constitucionales y legales.

“A este respecto el artículo 14 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo lo. del Decreto 3074 del mismo año prescribe que el Gobierno reglamentará la calificación de las faltas, las graduaciones de las sanciones correspondientes y los procedimientos para la aplicación del régimen disciplinario, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes aspectos:

a) El empleado tendrá derecho a conocer el informe y las pruebas que se alleguen a la investigación;

b) El empleado debe ser oído en declaración de descargos y se deben practicar las pruebas que éste solicite, siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos.

“Esta norma general fue desarrollada en el Decreto Reglamentario 1980 de 1973, tanto en el artículo 131, como en las normas contenidas en el Capítulo VII que trata Del procedimiento disciplinario, normas todas que persiguen el cumplimiento del mandato de la Carta, contenido en el artículo 2o., que garantiza el debido proceso para el juzgamiento de las personas.

“En el presente proceso, no se cumplieron esas garantías mínimas consagradas en las disposiciones transcritas. No se le hicieron conocer a la funcionaria los cargos que contra ella se formulaban; no se le oyó en descargos, pues los interrogatorios que se le hicieron en los actos de visita, no constituyen descargos, y habiendo solicitado que se le permitiera contratar los servicios de un Contador Público Juramentado para un estudio contable, serio y confiable de la Oficina que manejaba, no se le permitió siquiera aportar esta prueba, que era esencial para buscar la verdad de los hechos, máxime en una Entidad en la que tantas irregularidades internas se revelan a lo largo de este proceso.

“En consecuencia, la Sala encuentra que la pretermisión de los procedimientos legales para producir un despido por mala conducta, implica que el acto se produjo con falsa motivación, por cuanto los hechos no fueron probados conforme al procedimiento previamente establecido; pero, además, constituye un desvío de poder en el Agente, por cuanto aplicó una sanción por encima de los límites que la ley le señalaba”.

En el asunto debatido, según se desprende de los hechos y de las probanzas que obran en el informativo, no se observaron las formalidades propias de la investigación administrativa de que tratan las normas invocadas en el fallo precedente y las que se aducen en el libelo, pues

tan sólo aparece una diligencia de descargos de la demandante hecha, inclusive, con posterioridad a su remoción, sin que se le hubieran puesto a su conocimiento el informe y las pruebas correspondientes. De igual modo, tampoco se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 158 del Decreto 1950, antes citado, que ordena que previamente a la sanción de destitución o de suspensión por más de diez días, el Jefe del organismo solicitará concepto a la Comisión de Personal, el cual deberá ser motivado.

Al existir, entonces, una total inobservancia del procedimiento disciplinario para sancionar a la demandante, por lo expuesto anteriormente, resulta que fueron infringidas las normas referentes al seguimiento del proceso previo que para tales efectos debe realizarse; como quebrantada también la garantía constitucional del derecho de defensa, en el sentido de que nadie podrá ser condenado sino con la plena observancia de las formas propias del respectivo juicio.

Por último, conviene anotar, que en relación con los cargos formulados a la actora, de utilización de circuitos en llamadas de larga distancia, se encuentra demostrado en el expediente, con el comprobante de servicio, adjunto a los autos, (folio 91), que una de ellas la hizo el señor Alvaro Henao Vélez, quien prestaba servicios como Jefe de la Sección III, con funciones de Jefe de Relaciones Industriales, o sea que por tal razón no podía tener el carácter de personal o particular, como se le atribuye a la demandante en la segunda de las providencias enjuiciadas.

Cabe recordar, así mismo, lo expresado por esta Corporación en el fallo dictado el 28 de octubre de 1980, al referirse al ejercicio de la facultad discrecional de la Administración, cuando manifestó:

“La facultad discrecional que las Leyes otorgan al Gobierno para nombrar y remover libremente a sus Agentes que no estén inscritos en una de las Carreras Administrativas no es absoluta, por cuanto ella se encausa o dirige hacia el logro del buen servicio público. Tal concepto orienta toda la actividad del Estado, y si bien es cierto que al decretar la insubsistencia de un nombramiento no se requiere motivar el acto, éste se presume determinado por aquella finalidad. Pero ello no quiere decir que actos de esta naturaleza no puedan ser acusados cuando su real y oculta motivación se desvíe de tales fines, en cuyo caso el cargo puede consistir en abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que las profiere, pero la carga de la prueba corresponde toda al actor, quien tendrá que demostrar, fehacientemente, que para la producción del acto

acusado no privó el criterio del buen servicio, sino que existieron otros motivos ocultos ajenos a la efectividad del buen servicio o que requerían el agotamiento previo del procedimiento expresamente consagrado en las Leyes”.»...

*Joaquín Vanin Tello, Aydee Anzola Linares,
Álvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO POR FALTA DE IDONEIDAD EN EL DESEMPEÑO DELCARGO

No da lugar a responsabilidad disciplinaria sólo al retiro del servicio

29 de enero de 1990

Radicación: CE-SEC2- EXP1990-N3856

...«A juicio de la Corporación la ineficiente prestación de los servicios por parte de un funcionario obedece, en principio, a las fallas en la formación para el oficio, actividad o profesión o a la carencia de aptitudes personales para el desempeño del empleo, circunstancias todas ellas que en sí mismas no tienen por qué generar responsabilidad disciplinaria y solo dan lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en forma discrecional y sin necesidad de motivar el acto administrativo, si el empleado no está amparado por fuero alguno; si goza del fuero de estabilidad que emana de la carrera administrativa, no solamente se requiere que el acto administrativo exprese las razones que dan lugar a la decisión, sino que es necesario que se cumplan el procedimiento y los presupuestos señalados en el respectivo estatuto. Situación diferente se presenta cuando la aludida ineficiente prestación de los servicios obedece a culpa del funcionario y causa daño a la administración o es el resultado de una conducta dolosa, eventos en los que sí existe responsabilidad y en consecuencia amerita la respectiva acción disciplinaria.

Según se desprenda del acervo probatorio, ninguno de estos últimos eventos se dio en el caso sub - judice. Por consiguiente, no era menester que la entidad demandada, previamente a la remoción siguiera al actor un proceso disciplinario por los hechos a que se alude dentro del proceso.

No hacerlo entonces, carece de relevancia frente a la legalidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante, decisión que como se vio antes, fue adoptada por razones coincidentes con la noción del buen servicio público.

Como el recurrente insiste en que la finalidad perseguida con la remoción del servicio del actor fue la “de favorecer a un tercero” (fls. 16 y 154), por lo cual, según él, la autoridad nominadora incurrió en desviación de poder, la Sala observa que a través de las pruebas allegadas al proceso no se acredita la existencia de ese tercero que, supuestamente, la administración se propuso beneficiar con la desvinculación del servicio del actor.»...

*Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker,
Joaquín Barreto Ruíz, Álvaro Lecompte Luna.*

ACTO DE INSUBSISTENCIA

No se torna ilegal por expedición por el funcionario delegante, pues en cualquier momento puede asumir la competencia

04 de abril de 1990

Radicación: CE –SEC2-EXP1990-N3959

...«Se trata en el caso presente de dilucidar la legalidad de la Resolución No. 4277 del 6 de octubre de 1983, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Odontólogo Especialista, Clase III, Grado 38 de la División de Servicios de Salud de la Seccional del Tolima.

Uno de los motivos de impugnación de esa Resolución, es la supuesta incompetencia del Director General de la entidad demandada para expedirla. La Sala hace por tanto un análisis de las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal del Instituto de Seguros Sociales, con miras a definir si tal funcionario podía validamente separar del servicio del actor.

Así tenemos que mediante el Decreto Ley 1650 de 1977, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por medio de la ley 12 de 1977, se reorganizó el Instituto como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo, cuya dirección está a cargo de una Junta Administradora y del Director General, quien, conforme reza el artículo 57 del citado Decreto, tiene entre otras funciones la de “K) Nombrar el personal del Instituto y efectuar los traslados y remociones, con arreglo al régimen de administración de personal”; atribución que, al igual que las demás que le asigna, puede delegar en el Secretario General, Gerentes Seccionales y en los Jefes de otras unidades o dependencias del Instituto, siempre que tenga autorización previa de la Junta Administradora (literal q) artículo 57 del Decreto 1650 de 1977).

En consonancia con lo anterior, el mismo Decreto el artículo 65 atribuye a los Gerentes Seccionales la función de “I) nombrar por delegación del

director general los funcionarios de la respectiva seccional, con estricta sujeción a la planta de personal y a las normas legales sobre administración de personal del Instituto”.

La distribución de funciones que hace el Decreto citado, consulta lo dispuesto por el legislador extraordinario en los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 sobre organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional, como lo es el Instituto de Seguros Sociales.

De manera que, por voluntad legislativa, la facultad de nombrar los empleados de los establecimientos públicos (entre ellos el I.S.S.), radica en los gerentes, presidentes o directores, esto es, en sus representantes legales. De ahí que no es dable admitir que por medio de un Decreto Reglamentario, como lo es el No. 413 de 1980, se despoje al Director General del Instituto de Seguros Sociales de aquella atribución, para asignarla, e forma incorrecta, a los gerentes seccionales del mismo, quienes de acuerdo con los estatutos legales que regulan su organización y administración (Decreto 1650 de 1977), sólo pueden ejercerla validamente, en virtud de delegación que a su favor haga el Director General de ese organismo.

Por tal razón, es decir, por fundamentarse en un Decreto reglamentario que desborda los preceptos legales que desarrolla, la Sala rechaza los planteamientos del demandante, acogidos por el a-quo pues su aceptación equivaldría a prohijar la tesis equivocada de que el estatuto reglamentario tiene la virtualidad de modificar lo dispuesto en las normas legales.

El Director General del Instituto de Seguros Sociales, sí podría legalmente declarar insubsistente el nombramiento el actor, toda vez que, según la preceptiva reguladora del fenómeno jurídico de delegación de funciones administrativas, así hubiera delegado en los Gerentes Seccionales la facultad de nombrar y remover a los funcionarios de dichas dependencias, en cualquier momento podía reasumir tal competencia como lo hizo cuando expidió directamente el acto objeto de la impugnación.

Por consiguiente, la Administración no quebrantó las normas señaladas en la demanda como transgredidas en razón de una supuesta ausencia de competencia del Director General del ISS para proferir el mencionado acto.

En cuanto a la calidad de escalafonado en carrera de la Seguridad social que invoca el demandante, el Tribunal acoge la tesis sostenida por el Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 1989, al desatar el recurso extraordinario de anulación propuesto por el señor Jorge E. Penagos Cuéllar.

En efecto, en ninguno de los Decretos leyes que reorganizaron el Instituto se estableció el escalafonamiento automático en la carrera de la Seguridad Social y por tanto su consagración no podía hacerse en un Decreto reglamentario.

Observa la Sala que a este respecto el demandante no cita concretamente como violada ninguna norma del Decreto 1651 de 1977 y se limita a mencionarlo; en cambio sí invoca los artículos 4º, 67 y siguientes del Decreto 413 de 1980.

No es de recibo pues, la argumentación del accionante sobre su escalafonamiento automático en la carrera de Seguridad social (Decreto 413 de 1980). Para ingresar a ella, es menester a la luz del Decreto 1651 de 1977, cumplir los requisitos que para el efecto señala, lo cual ha debido probarse. Como no lo hizo, debe entonces considerarse como funcionario de libre nombramiento y remoción.

Finalmente examinará la Sala si efectivamente se probó que la expedición de la Resolución acusada, obedeciera a móviles ocultos aducidos por el libelista y aceptados por el Tribunal en la sentencia impugnada.

Se afirma que tales motivos se hallan consignados en el Oficio No. 271 de 1983, originario de la Gerencia Seccional del Instituto de Seguros Sociales del Tolima.

La comunicación mencionada da cuenta de que el Gerente Seccional del Tolima, solicitó la declaratoria de insubsistencia del actor expresando los motivos que, en su concepto, justificaban la adopción de esa medida.

Para la Sala los motivos aducidos constituyen razones de buen servicio, en los cuales la autoridad nominadora podía respaldarse, si a bien lo tenía para tomar la determinación administrativa objeto de la impugnación.

Aun cuando no exista obligación de motivar los actos de insubsistencia, es claro que dicha medida obedece siempre a algún motivo, pues de lo contrario sería arbitraria; lo que debe analizarse es si esos motivos se encuentran en perfecto acuerdo con la finalidad para la cual se concede la facultad de libre remoción, es decir, la de lograr el buen servicio.

En tales circunstancias, aún en el caso de haberse probado fehacientemente que la decisión acusada se fundamentó en las aludidas razones, cosa que no se hizo, resultaría ajustada a derecho.»...

*Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker,
Joaquín Barreto Ruiz, Álvaro Lecompte Luna (ausente).*

**INSUBSISTENCIA POR INCONVENIENCIA DE EMPLEADO DEL RÉGIMEN
ORDINARIO DE CARRERA DEL DEPARTAMENTO
ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD**

Improcedencia

25 de noviembre de 1999

Radicación: CE-SEC2-EXP1999-N1592-99

...«Mediante el decreto 2146 de 1989 se expidió el régimen de administración de personal de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, estableciendo en su artículo 2 que los empleos de la entidad se clasifican en de libre nombramiento y remoción, de régimen ordinario y de régimen especial de carrera.

En concordancia con esto se profirió el decreto 2147 de 1989, “por el cual se expide el régimen de carrera de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”. En lo concerniente a la insubsistencia se previeron en el artículo 44 las causales determinantes de la misma.

(...)

Es decir, que en relación con los empleados escalafonados en el régimen ordinario de carrera administrativa no es dable aplicar la causal de retiro que reza: “d) Cuando por informe reservado de la Dirección General de Inteligencia y previa evaluación de la Comisión de Personal, aparezca que es inconveniente su permanencia en el Departamento por razones de seguridad. En este caso la providencia no se motivará”.

(...)

Pues bien, de la simple confrontación de este acto con las normas rectoras de la potestad nominadora del DAS se infiere que la libelista fue

separada del servicio con arraigo en una causal claramente improcedente, esto es, el literal d) del artículo 44 del decreto 2147 de 1989, deviniendo por fuerza la nulidad deprecada.»...

*Silvio Escudero Castro (Aclaración de voto),
Carlos A. Orjuela Góngora, Javier Díaz Bueno.*

**ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO NOMBRADO
EN PROVISIONALIDAD**

No debe ser motivado. Sentencia de unificación

13 de marzo de 2003

Radicación: 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01)

...«[En] la administración –en general- existen los empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la ley. (Art. 125 C. P.)

Y, en la administración judicial existen los “empleos” de carrera, período y libre nombramiento y remoción; a su vez, la legislación contempla diferentes clases de nombramientos respecto de ellos.

Que para “acceder” a los empleos de carrera, según la Constitución y la ley, se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección (concurso de méritos, conformación del Registro Seccional de Elegibles, remisión de la lista de elegibles, y nombramiento), y aprobado las evaluaciones previstas por la ley.

Ahora, en cuanto a los empleos de carrera judicial, fuera de los requisitos generales, se debe superar satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley. (Art. 160 Ley 270 de 1995)

Que las formas de “nombramiento” previstas en la ley para los empleos estatales tienen en cuenta la calidad del empleo (de elección, de período, de carrera, de libre nombramiento y remoción, etc.)

Y en cuanto a los empleos de carrera judicial la ley contempla los nombramientos en propiedad, en provisionalidad o en encargo. (Art. 132 Ley 270 de 1995).

(...)

Al vencer este término, se procederá al nombramiento en propiedad o provisional, según sea el caso y conforme a las normas aplicables. (Art. 132-3 Ley 270 /95)

Que para la “permanencia” de los empleados de carrera escalafonados, la normatividad establece evaluaciones periódicas y su remoción en caso de calificación insatisfactoria, fuera de las otras formas de desvinculación. La ley no consagra estabilidad para el personal sin escalafón que desempeña cargos de carrera judicial.

(...)

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

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

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

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

(...)

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como

también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

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

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

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

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

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

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

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

(...)

Cabe aquí reiterar, que la provisión de los cargos de carrera judicial, mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto –concurso de méritos-, sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la ley. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

Ahora bien, esta clase de servidores públicos (nombrados en provisionalidad) no están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora, v. gr., con desviación de poder, evento en el cual pueden, mediante la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandar el acto de su remoción, pues, las causales de nulidad afectan los actos de remoción tanto del personal de carrera como de quienes no tienen estabilidad.»...

*Ana Margarita Olaya Forero, Alberto Arango Mantilla,
Tarsicio Cáceres Toro, Jesús María Lemos Bustamante, Alejandro Ordóñez
Maldonado, Nicolás Pájaro Peñaranda.*

**INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIA DE LA RAMA JUDICIAL POR
INHABILIDAD SOBREVINIENTE POR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**

*No es procedente decretar de plano la insubsistencia, debe atender criterios de
razonabilidad y proporcionalidad*

21 de mayo de 2009

Radicación: 54001-23-31-000-2004-00689-01(0326-07)

...«[Se] plantea un complejo dilema judicial: de una parte, el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora se produjo en su momento en forma legal, sin que aparezca causal legal que permita invalidarlo, dado que la detención de que fue objeto, en la legislación aplicable a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, autorizaba plenamente su desvinculación. Pero, de otro lado, la demandante, sometida en su momento a investigación penal con detención, declarada insubsistente por ese motivo y finalmente absuelta mediante sentencia ejecutoriada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resulta envuelta en una situación del todo injusta si esta jurisdicción declara ajustado a derecho el acto administrativo que la declaró insubsistente.

Para la Sala, ciertamente el acto administrativo de insubsistencia fue expedido al concurrir una causal de inhabilidad sobreviniente para el ejercicio de cargos en la rama judicial conforme lo previsto en el numeral 3° del artículo 150 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el numeral 3° del artículo 79 del Decreto 261 de 1996; sin embargo, como quiera que se trata del ejercicio de una facultad discrecional, la interpretación y aplicación de dichas normas debe hacerse en armonía con aquélla que autoriza al nominador la adopción de la medida, siempre y cuando sea “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa” (art. 36 C.C.A).

Y, es en este último aspecto en el que se detiene la Sala, para señalar, que si bien al tenor de lo previsto en el PARÁGRAFO del artículo 150, de la Ley 270 de 1996 se establece que aquellos nombramientos de la Rama Judicial en los que surge inhabilidad en forma sobreviniente, dentro de las que cuenta la que interesa al caso concreto, esto es, “Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, “serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial”, la norma en mención no puede ser aplicada atendiendo sólo a su interpretación gramatical para considerar lo allí dispuesto como un imperativo de inexorable cumplimiento en todas aquellas circunstancias en las que recaiga la enunciada medida de aseguramiento, pues debe entenderse como una potestad administrativa que el nominador ejerce con plena garantía de los derechos fundamentales de los servidores incursos en el juicio penal, atendiendo las circunstancias que se evidencian en cada caso en particular, sin dejar de considerar el fundamento ético que permite la realización de la consecuencia jurídica prevista en la mencionada norma.

En otras palabras, y como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es procedente decretar de plano la insubsistencia de un funcionario de la Rama Judicial por el hecho de haber sido afectado con una medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a excarcelación, “ya que corresponde al nominador con sujeción a los principios de inmediatez, objetividad y proporcionalidad determinar mediante un procedimiento administrativo si hay lugar o no a su declaratoria”.

Por lo anterior, la Sala prohija la tesis expresada por el Tribunal de primera instancia, y precisa que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 79 del Decreto 261 de 2000 en aquellos casos en los que concurra en el servidor judicial la causal de inhabilidad sobreviniente consistente en estar “bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional”, el nominador debe actuar con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que le permitan establecer frente a cada caso en particular la procedencia de la medida de declaratoria de insubsistencia, pues el mismo legislador ha previsto otras opciones que resultan más favorables para el servidor en cuanto no implican la pérdida del empleo, sin que se afecte la recta y eficaz administración de justicia, como es el caso de la suspensión temporal en el cargo, decisión que resulta menos lesiva frente a los derechos de rango constitucional que le asisten

al funcionario enjuiciado y que se mantendría hasta tanto se decida por la autoridad competente su responsabilidad penal.

(...)

El ejercicio de la facultad discrecional, atributo propio del derecho público, no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control, en tanto que el mismo tiene en el ordenamiento trazados precisos límites, unos de orden Constitucional, y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa.

En asuntos como el presente el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales de la servidora, derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, las especiales circunstancias que fueron calificadas por la Corte Suprema de Justicia como el “manto de duda que se extendió en la ciudad de Cúcuta sobre funcionarios de probidad acreditada a lo largo de extensa e intensa carrera judicial”, así como la gravedad de los hechos, y la naturaleza del delito imputado, por enunciar algunas razones, permitían razonablemente considerar admisible la medida de la suspensión administrativa, en aras de preservar los derechos fundamentales de la parte actora, tales como el trabajo, el acceso y permanencia en el desempeño de funciones y cargos públicos, el derecho al mínimo vital y a la vida digna.

El ejercicio de la facultad discrecional debe ir de la mano con el respeto y primacía de los valores inalienables del trabajador, por ello, corresponde a las autoridades, dentro de la vigencia de un orden justo, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales, y concretamente en lo que corresponde al ejercicio de la función pública, deben, a partir de la aplicación del principio de la proporcionalidad, preservar los derechos fundamentales de los servidores del Estado.»...

*Bertha Lucía Ramírez de Páez,
Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve.*

**INSUBSISTENCIA POR SUPRESIÓN DE CARGO DE EMPLEADO
EN PROVISIONALIDAD CON LIMITACIÓN FÍSICA**

Vulneración de los derechos consagrados en el retén social

19 de agosto de 2010

Radicación: 76001-23-31-000-2004-03278-01(1893-08)

...«Nuestro ordenamiento jurídico protege a los limitados físicos de manera especial, pues de conformidad con el artículo 13 superior, el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Igualmente, conforme al canon 47 *Ibídem*, debe adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

En concordancia con lo anterior, el Legislador ha contemplado beneficios en favor de algunos sectores vulnerables de la población, dada su particular condición física o laboral, brindándoles una protección especial de estabilidad en sus empleos, por citar algunas: la Ley 361 de 1997, la Ley 790 de 2002, reglamentada esta última por el Decreto 190 de 2003.

La Sala no puede perder de vista que el Municipio demandado fue objeto de una reestructuración, y para ello expidió los Decretos 108 y 109 de junio 1 y 2 de 2004, con los cuales modificó su estructura orgánica, estableció las funciones de sus dependencias, fijó la nueva escala salarial, y estableció su nueva planta de personal.

Al actor, por esos días, se le declara insubsistente su nombramiento del cargo de conductor mecánico, mediante el Decreto 111 de 4 de junio de 2004, sin atender al hecho de que presentaba una limitación física o discapacidad,

que según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Regional Valle del Cauca, le generó una pérdida de su capacidad laboral en un 35.40%, originada en accidente de trabajo.

En este sentido, era obligación del Alcalde del municipio de Pradera, dar cabal cumplimiento, además de los preceptos Constitucionales en cita, a lo establecido en las siguientes disposiciones: Ley 790 de 2002 Artículo 12 [...], Decreto 190 de 2003 Artículo 12. [...]

(...)

Contrario a lo expuesto por la Entidad demandada, estima la Sala, que tanto la Ley 790 de 2002 como el Decreto 190 de 2003, establecieron una protección especial para un determinado grupo de personas vinculadas al sector público que pudieran resultar afectadas con los procesos de reestructuración, esto es, a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva y a los servidores que, en el término de tres años contados a partir de la promulgación de la citada Ley, cumplieran con la totalidad de los requisitos (edad y tiempo de servicio) para disfrutar de la pensión de jubilación o de vejez, protección que cubre incluso a quienes no están inscritos en el escalafón de la carrera administrativa.

Lo anterior no significa que los empleados de carrera administrativa tengan menos derechos que aquellos a quienes beneficia el retén social, pues por mandato de la Ley, en los procesos de reestructuración quienes ostentan derechos de carrera administrativa tienen derecho preferente para ser incorporados en cargos iguales o equivalentes a los que desempeñaban. Quienes se encuentran en retén social y no estén inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, también están amparados para mantener su estabilidad laboral y continuar en la nueva planta de personal en empleos iguales o equivalentes, aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de realizar los estudios técnicos correspondientes.

En consecuencia, el denominado “retén social” no se circunscribe en su aplicación a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional sino, por derecho a la igualdad, a la generalidad de servidores públicos, esto es, a los miembros de las Corporaciones Públicas, a los empleados públicos de todos los órdenes y a los trabajadores oficiales.

(...)

Al quedar probado que el Municipio de Pradera adelantó un proceso de reestructuración, como se precisó en párrafos anteriores, que tuvo lugar por la época de la expedición de los actos acusados cuando el actor presentaba una discapacidad que le implicó una disminución de su capacidad laboral en un 35.40% originada en un accidente de trabajo al servicio de la entidad demandada, estaba obligado a aplicar en su integridad los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, como bien lo advirtió con antelación el profesional de Recursos Humanos al Alcalde Municipal.

En esas condiciones, la Sala llega a la convicción incontrovertible que los actos de insubsistencia acusados, infringieron los artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y Decreto 190 de 2003, configurándose así la causal de nulidad de los actos acusados.

En conclusión, la presunción de legalidad que ampara los actos de insubsistencia fue desvirtuada en el curso del proceso, motivo por el cual la Sala comparte la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, pero adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la decisión, ordenando el reintegro del actor a un cargo igual o de superior categoría al que desempeñaba donde pueda desempeñar funciones con su limitación física...»

*Gustavo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

**ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO NOMBRADO
EN PROVISIONALIDAD EN VIGENCIA DE LA LEY 909 DE 2004**

Debe ser motivado

13 de septiembre de 2010

Radicación: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

...«El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 *ídem*, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

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

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 *ídem*).

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

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

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

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

La [L]ey 909 restringe los nombramientos provisionales de manera drástica, y privilegia el encargo para proveer los empleos de carrera “mientras se surte el proceso de selección (...) una vez convocado el respectivo concurso”, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses (art. 24).

Los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados de estos empleos si cumplen los requisitos previstos en el artículo 24 *ibídem* y al efecto se establece un procedimiento conducente a garantizar el cubrimiento de las vacantes internamente con los servidores activos mediante designación sucesiva de quienes desempeñan cargos inferiores.

(...)

Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

Antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad -ante la imposibilidad de realizar encargo-, tenía unos términos específicos señalados en la ley y, de manera general, se producía mientras se surtía el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera (art. 8° y s.s. Ley 443 de 1998). Sin embargo, las normas reglamentarias autorizaban separar del empleo a tales servidores de manera discrecional (arts. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7° del 1572 de 1998).

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

(...)

A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

Sobre la situación del empleado provisional, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en reciente providencia en la que se expuso detalladamente el marco normativo y conceptual que rige la vinculación al servicio público bajo la modalidad del nombramiento en provisionalidad, así como lo que corresponde al retiro del servicio de esta clase de servidores hasta la expedición de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, resultando ilustrativa para el presente caso, la cita que a continuación se transcribe:

(...)

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

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

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

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

Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

V. POR DERECHO A PENSIÓN

RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO DE CARRERA POR DERECHO A LA PENSIÓN

Facultad administrativa

11 de octubre de 1944

Radicación: CE-EXP1944-N1011

...«El Consejo de Estado ha sostenido en numerosos fallos que la ley sobre carrera administrativa consagra, en tesis general, el derecho a la inamovilidad y al ascenso, pero ese derecho no puede menoscabar la facultad otorgada al Gobierno por el artículo 41 del Decreto 1815 de 1940, para el efecto de llamar a calificar servicios a los servidores públicos, aun cuando estén escalafonados en la carrera administrativa, si de otra parte se encuentran, como dice el referido artículo, «enfermos, incapacitados para prestar un servicio eficiente y que, por razón de su antigüedad en el respectivo ramo, puedan jubilarse con la pensión que les corresponda». En efecto, en el caso de deponer a un empleado de su cargo, se le priva del sueldo correspondiente, cosa que no sucede cuando el Estado, teniendo en cuenta la edad, condiciones, antigüedad en el respectivo ramo, etc., retira al funcionario del servicio activo, otorgándole el sueldo de retiro consagrado por la ley.

No puede sostenerse que el estatuto sobre carrera administrativa obligue al Estado, con perjuicio de un mejor rendimiento en el servicio público, a mantener en servicio activo, indefinidamente, a un empleado que por razón de su edad, tiempo de servicio, etc., resulta acreedor al beneficio de jubilación, máxime si se tiene en cuenta que la misma ley sobre carrera administrativa consagra el derecho a pensión de jubilación en el numeral 2° del artículo 3°.

(...)

En el caso de autos, consta en el expediente que por medio de la Resolución número 182 de 2 de junio de 1944, emanada de la junta directiva de la Caja de Auxilios de los ramos Postal y Telegráfico, se reconoció al señor Osorno, a partir del día 8 de mayo de 1944, pensión vitalicia de jubilación de \$ 63 mensuales. Dicha resolución fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 16 de agosto último. Con la cual está comprobado que el demandante goza de la pensión de jubilación de que habla la ley de carrera administrativa.»...

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda, Carlos Rivadeneira, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.

RETIRO DEL SERVICIO POR RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN O INVALIDEZ

Presidente excedió la potestad reglamentaria al establecer que dicha causal de retiro solo se puede aplicar cuando se reconozca pensión plena de jubilación

13 de diciembre de 1967

Radicación: CE-SEC2-EXP1967-N1213

...«Puede [...] el Presidente desarrollar y hacer más explícito todo aquello que, de acuerdo con su sentido y su espíritu, se halla implícito o tácito en la disposición que reglamenta. De modo que esa facultad del Presidente está conferida precisamente para hacer más efectiva en la práctica la norma legal. En una palabra, el Presidente puede, en virtud de la facultad reglamentaria, desarrollar o hacer más explícita o detallada, la norma que él reglamenta; pero no puede variar su espíritu, modificarla o alterarla de ningún modo.

Al establecer el paralelo entre las dos normas la reglamentada y la reglamentaria [...], salta a la vista que el artículo 3 ° acusado restringe el alcance del numeral 14 del literal A) del artículo 7 ° del Decreto 2351 de 1965. Esta última disposición fijó, como justa causa para dar el patrono por terminado unilateralmente el contrato de trabajo “el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa”, en tanto que la disposición acusada estableció que esa justa causa “sólo procederá cuando se trate de la pensión plena”. En esta forma, la disposición acusada por el doctor Pineros y Pineros limitó el alcance del citado artículo 7 ° (literal A, numeral 14), porque el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez, factor que de manera amplia era considerado por la ley, sin distinción, como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, quedó restringido al caso de la pensión ordinaria o plena. Es decir, que en todos los casos de reconocimiento de la pensión de jubilación o invalidez, distintos del caso de la pensión plena, cabía,

para el patrono, alegar la justa causa para la terminación del contrato, a la luz del citado artículo 79. Esa alegación no podrá ya formularla el patrono a la luz de la disposición reglamentaria, lo cual muestra muy claramente cómo esta última disposición restringió o limitó el significado de la norma reglamentada, y por lo mismo puede considerarse que la modificó.

De todos modos, sea que la pensión especial se interprete como sanción o, con criterio más acertado, como derecho adquirido por el trabajador al completar cierta edad y determinado número de años de servicio, lo cierto es que el artículo 7 ° (literal A, numeral 14) del Decreto 2351 no estableció distinción alguna: se refirió solamente a la pensión de jubilación o invalidez estando el trabajador al servicio de la empresa. Por ello, el Presidente no podía, en uso de la facultad reglamentaria, establecer esa distinción, no contenida en la norma reglamentada.

Al completar el trabajador los diez o quince años de servicio, según los casos, puede el patrono dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo mediante el reconocimiento de la respectiva pensión. Sin duda puede hacerlo, invocando “justa causa”, al tenor del artículo 7 ° del Decreto 2351. Y seguramente la norma se inspiró en el hecho de que puede resultar excesivamente gravoso para un patrono conservar en su cargo a un trabajador que, después de los diez o de los quince años de servicio, no está cumpliendo satisfactoriamente con sus deberes o está dando un rendimiento poco aceptable. El patrono tiene entonces la posibilidad de dar por terminado el contrato, en forma unilateral, pero quedando obligado a pagar al trabajador la pensión correspondiente. No resulta, pues, injurídico, en principio, que ese reconocimiento de la pensión especial puede constituir justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato. Ese parece haber sido el espíritu del Decreto 2351. Pero, al expedir el Presidente la norma acusada, el criterio cambió en forma notoria: el artículo 3 ° del Decreto 1373 estableció que sólo la pensión de veinte años, la llamada ordinaria o plena, puede ser constitutiva de justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato. La pugna, entre las dos normas, la del decreto legislativo y la del decreto extraordinario, es así manifiesta.

Naturalmente la Sala no puede entrar a estudiar la conveniencia o inconveniencia de la norma acusada, pues no es de su incumbencia determinar si la justa causa , para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, debe restringirse al caso del reconocimiento de la pensión ordinaria o plena al trabajador o si, por el

contrario, es más conveniente que esa facultad se otorgue al patrono en todos los casos en que, habiendo cumplido el trabajador los respectivos requisitos, pueda hacerse el reconocimiento de la pensión. Le basta a la Sala comprobar que el decreto legislativo no hizo distinción alguna, al referirse indiscriminadamente al reconocimiento de la pensión como justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato, y que, en cambio, el decreto reglamentario restringió la justa causa para el caso específico de la pensión plena u ordinaria. Basta ello a la Sala, pues tal circunstancia pone de manifiesto que el decreto reglamentario alteró no sólo el espíritu sino la letra misma del decreto reglamentado, por lo cual la demanda de nulidad debe prosperar»...

*Ricardo Bonilla Gutierrez, Andrés Holguín,
Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez.*

**RETIRO DEL SERVICIO
POR DERECHO A PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

*No aplicación a los beneficiarios del régimen de transición.
Principio de irretroactividad*

5 de junio de 2014

Radicación: 05001-23-31-000-2004-05529-01(1374-13)

...« [L]a misma Ley 797 de 2003, en su artículo 1° dispuso que las normas allí contenidas se aplicarían a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando todos los derechos, garantías, prerrogativas servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia -29 de enero de 2003-, hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

En este orden de ideas, el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, únicamente cobra efectos para las situaciones que se presenten con posterioridad a su entrada en vigencia, de manera que no puede aplicarse retroactivamente, desconociendo las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad, que desde luego deben gobernarse por las normas bajo las cuales se concretaron, que en materia de retiro del servicio por pensión de jubilación y para el caso concreto corresponden a las contenidas en los artículos 150 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, donde se consagra para los empleados públicos que han obtenido un reconocimiento pensional la posibilidad de continuar en el servicio hasta la edad de retiro forzoso y de mejorar a partir de las nuevas cotizaciones el monto pensional.

Ello supone que las modificaciones a la Ley 100, introducidas por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no eran aplicables a la demandante por cuanto a la fecha de expedición del nuevo precepto, su situación jurídica pensional ya estaba completamente definida al abrigo del régimen de transición que le asistía, y por supuesto amparada por el contenido de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, en cuanto prevén la garantía del derecho irrenunciable a la seguridad social y con ésta la de las demás garantías que de él se deslindan, como los son el pago oportuno de las pensiones, su reajuste periódico y reliquidación.

(...)

Así, encontrándose inmersa la accionante dentro del régimen de transición y consolidado el derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el retiro del servicio de esta -que involucra la posibilidad de mejoramiento del derecho pensional a partir de los sueldos devengados con posterioridad-, válidamente se encuentra regido por lo dispuesto en el artículo 150 de dicho ordenamiento -norma más favorable en la materia dentro de los dos sistemas generales que concurren-, que dispone para el caso concreto “que los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución”, precisando además en su párrafo único, que “no podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público 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”. »...

*Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

VI. RENUNCIA

RENUNCIA A CARGO DE CARRERA

El retiro de la renuncia no vincula a la administración y queda en libertad de remover al empleado

10 de mayo de 1944

Radicación: CE-EXP1944-N0510

...«Ignacio Oñoro demandó ante el Tribunal administrativo de Barranquilla la nulidad del Decreto número 172, de agosto 21 de 1942, dictado por la alcaldía municipal, por medio del cual se le aceptó la renuncia del cargo de director de Higiene. Pidió que se le restituyera en el cargo aludido y que, además, se le pagaran los sueldos dejados de devengar desde el día siguiente en que dejó de actuar hasta aquel en que se le restablezcan en el puesto.»...

(...)

A este respecto debe decirse que aun en el supuesto de que el empleado de que se trata estuviera amparado por un fuero especial, esto es, que no fuera de libre nombramiento y remoción del alcalde, o que para podersele destituir fuera necesario llenar algún procedimiento, es lo cierto que el hecho de haberse presentado ante el alcalde una renuncia del cargo de director de higiene municipal, coloco a ese funcionario en una situación de perfecta libertad para aceptarla en cualquier momento, sin consideración al hecho de que posteriormente se pretendiera dejar sin valor esa renuncia.

(...)

El Consejo considera que una vez hecha la manifestación de separarse del cargo, el único acto que puede dejarla sin efecto es su no aceptación. Y el

hecho de no haberse expresado antes de la nota de retiro de la renuncia la no aceptación no puede crear una situación de obligación de la administración para con el empleado dimitente, y aquella sigue conservando su libertad de obrar; lo demás conduciría a mantener dentro del servicio público un factor de inestabilidad que no se compadece con la seriedad de los funcionarios y con las necesidades de la administración. De suerte que por este aspecto carece de importancia el retiro de la renuncia del doctor Oñoro y, por tanto, la providencia que le reemplazó no es equivocada, dado que el mismo demandante afirma haber presentado renuncia del cargo.»...

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda, Carlos Rivadeneira, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.

RENUNCIA

Aceptación sin haber sido presentada

8 de octubre de 1951

Radicación: CE-SCA-EXP1951-N1191

...«[A] mediados de diciembre de 1948, el Municipio de Medellín se encontraba enfrentado a una gravísima crisis fiscal que no le permitía cubrir los sueldos y jornales de los trabajadores del Municipio correspondientes a parte de noviembre, diciembre y la prima de Navidad (declaración del Gobernador de Antioquia, cuaderno número 3, folio 9). que por tal razón, el señor Gobernador convocó en el despacho de la Gobernación una junta de banqueros para solucionar la situación mediante un préstamo al Municipio de Medellín. que esta iniciativa fracasó, pues los banqueros se negaron a conceder el préstamo. que ante esta alternativa, la única posibilidad que le quedaba al Municipio para resolver la crisis, que constituía un verdadero motivo de orden público (véase declaración del Gobernador, cuaderno número 3, folio 10), era tomar los dineros de empréstito popular llamado H. O., los que estaban en depósito inactivos, cuando podían prestar el importante servicio social para solucionar la crisis.

(...)

Así las cosas, y ante la urgencia de la situación, debido al cierre de los bancos el día 23 de diciembre de ese año, disponiendo por consiguiente de pocas horas para actuar, el Alcalde de Medellín notificó lo resuelto al Gerente de la Sección Segunda de las Empresas Públicas Municipales, doctor Osear Duque, a fin de que girara los cheques correspondientes para pagar a los trabajadores municipales, a lo cual se negó dicho funcionario en forma completa. Las incidencias de este hecho las narra el doctor Luis Eduardo Mejía, Alcalde de Medellín, al tiempo de ocurridos los hechos, en la declaración rendida ante el Tribunal de la instancia y que en su parte principal se dejó transcrita en esta providencia.

(...)

De manera que aparece claramente establecido que el motivo determinante del acto acusado fue el interés y mejor servicio públicos, el pago de los trabajadores municipales en época especialísima del año, Navidad, cuya demora hubiera producido un funesto malestar social y cuyas consecuencias de orden público eran difíciles de prever, pues podía dar lugar a desórdenes graves. y que no había otra manera de solucionar el problema que la de tomar los fondos de empréstito de Acueducto que se encontraban inactivos en los bancos. No puede ponerse en duda tampoco, después de lo que se deja expuesto, que lejos de pretender causarle un perjuicio al doctor Osear Duque, con la ficción o fórmula de la renuncia, lo que se quiso fue disimular la verdadera realidad, proceder de una manera suave y decorosa, para no hacerlo aparecer como destituido, y que debe irse a la verdadera naturaleza del acto acusado, dictado en interés del buen servicio, a pesar de las apariencias, disimulaciones, y los términos impropios empleados en él.

La ficción de la renuncia indudablemente acarrea la nulidad del acto, cuando de ser cierta producida perjuicios a aquel a quien se hace aparecer como renunciado. Tal sucede en los casos en que el empleado está amparado por el privilegio de inamovilidad relativa, como cuando está dentro del escalafón de la carrera administrativa o en otro de igual clase como en el del magisterio, porque entonces, el empleado pierde ese estatuto de inamovilidad condicionada por virtud de la renuncia.

(...)

No es que considere la Sala aconsejable el empleo de términos no exactamente ceñidos a la realidad, aun cuando haya motivos de conveniencia pública para la remoción de un empleado, y que es preferible mostrar la situación en su verdadera exactitud. Pero no es menos cierto que cuando se trata de una divergencia esencial y de una oposición radical a los actos de la Administración, el camino recto del empleado es el de la renuncia, que le impone el deber de fidelidad con la Administración y con su propia conciencia, porque como dice Bluntschli.

Un funcionario puede tener convicciones absolutamente divergentes, sin dejar de ser fiel, con tal que se las reserve para sí propio. Si cree un deber suyo obrar en favor de esos principios, no le queda otro camino honroso que el de la dimisión.

Finalmente, es el caso de observar que la Sala no ha pretendido ni pretende desvirtuar ni rectificar la doctrina que en repetidas ocasiones ha sentado el Consejo sobre nulidad por motivación falsa en los actos administrativos, la que mantiene en su integridad. Únicamente estima que, en casos como el presente, si del examen de los hechos y de los motivos determinantes aparece que la Administración tuvo fundamento suficiente para proceder en la forma en que lo hizo y en que no se lesiona el derecho del funcionario, debe mantenerse el acto administrativo, ya que la presunción de nulidad por falsa motivación admite prueba en contrario. Solamente la ley puede consagrar presunciones de derecho. Jamás por vía doctrinaria puede establecerse esta clase de presunciones, que requieren para su existencia que la ley que las consagra lo haga con la frase: Se presume de derecho, en cuyo único caso es inadmisibles prueba en contrario (artículo 66 del Código Civil).»...

*Álvaro Pineda De Castro (Salvamento de voto), Eduardo Pineros Y Pineros,
Daniel Anzola Escobar, Antonio José...« Prieto (Salvamento de voto),
Jesús Estrada Monsalve (Salvamento de voto), Baudilio Galán Rodríguez,
José Urbano Múnera.*

**LA RENUNCIA ES UN ACTO LIBRE
Y ESPONTÁNEO POR EXCELENCIA**

Si no se cumplen estas condiciones o aquella carece de tales elementos está por lo tanto viciada y no produce ningún efecto

12 de julio de 1973

Radicación: CE-SEC2-EXP1973-N1031

...«No puedo precisar la fecha pero en todo caso fue el año pasado cuando recibí orden del señor Doctor Abdón Espinosa Valderrama, Ministro de Hacienda y Crédito Público, de proyectar un Decreto declarando insubsistente el nombramiento del Mayor José Figueroa Paz como Jefe de la División Administrativa, para lo cual el Ministerio actuaba mediante el poder discrecional que tiene el Gobierno para nombrar remover libremente los empleados que no sean de carrera administrativa. Por consideraciones con el Mayor Figueroa intervine ante el Ministro pidiéndole que antes de producir el Decreto de insubsistencia me permitiera hablar con el Mayor Figueroa para contarle la situación y darle la oportunidad más bien, de presentar renuncia de su cargo. Mediante la aceptación del Ministro a esta propuesta mía, hablé con el Mayor Figueroa manifestándole la orden que tenía y también la aceptación del Ministro, repito, a solicitud mía, de darle la oportunidad al Mayor de presentar renuncia de su cargo. El Mayor comprendiendo claramente la situación presentó renuncia la cual le fue aceptada...».

“Se desprende del aparte de la declaración rendida por el Director General de Aduanas, que la renuncia presentada por el demandante no fue consecuencia de su libre voluntad, sino que ella se produjo en razón de la situación a que lo llevó tanto la actitud del Ministro de Hacienda, como la del propio Director de Aduanas. Piensa la Fiscalía, que el Gobierno no tenía necesidad de acudir el procedimiento empleado en este caso, porque si el actor era un empleado de libre remoción, el Gobierno ha podido decretar la insubsistencia de su nombramiento sin necesidad inclusive de

motivar el acto respectivo. Pero al aceptar la renuncia que hizo presentar al señor Figueroa Paz, la Administración incurrió en lo que la jurisprudencia ha llamado falsa motivación que configura la desviación de poder. Se incurrió, pues, en una irregularidad al hacer uso de las prerrogativas que le corresponden al Gobierno en ejercicio de su competencia, pues aún cuando se cumplieron las formalidades de Ley no fueron respetados los fines que ella misma ha determinado.

“Al hablar de una renuncia aceptada, y estando acreditado que ella fue provocada por la misma Administración, la motivación del Decreto es inexacta y de ella se deduce que no existió una razón de buen servicio que justifique el mencionado Decreto. Tal actuación va contra la seriedad, la verdad y la exactitud de los actos propios de la administración. Luego, mal se puede prohiar un procedimiento como el presente, que se vale de medios extraños a los legales para lograr la remoción de un empleado público. El demandante en defecto de un período fijo, tenía derecho a permanecer en su puesto hasta cuando fuera legalmente separado de él, con la expedición de un acto administrativo legal. Ya en varias oportunidades el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de fallar casos similares al presente, en los que se plantea la falsa motivación, entre ellos el de Diego Giraldo Restrepo, de fecha 14 de Septiembre de 1970 y del que fue ponente el doctor Nemesio Camacho Rodríguez”.

(...)

Pero la declaración rendida ante el Consejo por el propio Director General de Aduanas, Capitán Liévano, que corre a folio 78 del informativo, es enfática y terminante, al afirmar que recibió orden del entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, Doctor Abdón Espinosa Valderrama, para que proyectara un Decreto por medio del cual se declarara insubsistente el nombramiento del Mayor, en retiro, José Figueroa Paz, como Jefe de la División Administrativa, usando del poder discrecional que tiene el Gobierno para nombrar y remover libremente a los empleados que no se hallen amparados por un fuero especial. Y agrega, que intervino ante el Ministro, por consideraciones con su subalterno, para que antes de producirse el Decreto de insubsistencia, “le permitiera hablar con el Mayor Figueroa para contarle la situación y darle la oportunidad, más bien, de presentar renuncia de su cargo”.

Esta actitud asumida por el señor Ministro de Hacienda y el Director General de Aduanas, no deja la menor duda sobre el hecho de que la

renuncia del demandante fue provocada, por que lo colocó en la disyuntiva de renunciar contra su voluntad, o de permitir que la Administración lo declarara separado de las funciones que estaba ejerciendo.

La renuncia, -ya lo ha dicho el Consejo de Estado- es un acto espontáneo y voluntario por excelencia, nacido de la libre facultad intrínseca que posee la persona de hacerlo o no hacerlo. Si no se cumplen estas condiciones es indudable que aquélla carece de tales elementos y está por lo tanto viciada y no puede producir los efectos que surtiría una dimisión presentada sin coacciones de ninguna especie.

(...)

[L]a renuncia al demandante, no está estatuida en parte alguna de nuestra legislación positiva, lo cual lleva a concluir a la Sala que la Administración obró con abuso de poder, por cuanto ninguna norma legal le otorga la facultad que se arrogó impositivamente, circunstancia ésta que determina la causal de nulidad a que se refiere el Artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte, si hay algo incompatible con un régimen de derecho, es la noción de la discrecionalidad absoluta, ya sea esta general ó especial por tratarse de ejercitarla en una materia. En todos los casos existe para esa discrecionalidad un primer límite constituido por el interés público. A esta regla no escapan ninguno de los poderes discrecionales de que disponga un funcionario, y por eso cuando a alguno de estos se le confiere la facultad de remover libremente a sus subalternos, el ejercicio de esa atribución tiene que estar rigurosamente inspirado en el bien general y encaminado hacia el mismo: Una finalidad distinta a una diferente inspiración del acto -o que ocurre cuando a éste se le ha dado un carácter de medida Punitiva o cualquier otra que no sea propiamente el del buen servicio público- configuran el vicio que en el Artículo 66 de la Ley 167 de 1941, se denomina “abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario”, y que se sanciona con la anulación del acto proferido.

(...)

Conviene, además, tener presente que el Gobierno ya ha comenzado a tomar medidas legales tendientes a evitar que funcionarios públicos, abusando de su investidura, -como sucede con frecuencia- obliguen a sus subordinados a renunciar valiéndose de diversos sistemas arbitrarios, que, precisamente, contemplaba el Artículo 107 del Decreto 1732 de 1960,

sustituido por el 27 del Decreto 2.400 de 1968, cuando preceptúa: “...Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otra circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del Organismo Administrativo la suerte del empleado”...»

*Eduardo Aguilar Vélez, Álvaro Orejuela Gómez,
Nemesio Camacho Rodríguez, Rafael Tafur Herrán.*

VII. RETIRO DEL SERVICIO DE LA FUERZA PÚBLICA

RETIRO ABSOLUTO DEL SERVICIO DE MILITAR

*Sólo puede ser decretada por autoridad judicial por delitos comunes o militares.
Reintegro al servicio requiere del concurso del Senado.*

23 de agosto de 1929

Radicación: CE-SCA-EXP1929-N0823

...«Según el texto de la demanda, el proceso se dirige a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto acusado —39 de 1929— en cuanto por él se declara al actor en uso de retiro temporal del Ejército. Y como consecuencia de esta declaratoria reclama la orden para obtener su reintegro al servicio

La Ley 71 de 1915, citada tantas veces por el demandante, hace la debida separación, dejando al Gobierno la facultad de castigar a los militares por simples motivos fundados, las contravenciones en que incurran, pero reconociendo que es la autoridad judicial la que puede decretar la separación absoluta del Ejército y los Tribunales extraordinarios en el régimen de estricto derecho.

Las infracciones de los reglamentos militares son simples contravenciones, y en tanto que no alcancen a delitos serán sancionadas en la forma que los mismos reglamentos establecen y siguiéndose las formalidades de procedimiento propias del caso. En tratándose de delitos, las ritualidades de procedimiento las determina el Código Judicial para las autoridades del orden correspondiente; y en tratándose de simples contravenciones, ellas están señaladas en los respectivos reglamentos o decretos

Por el extracto que se ha hecho de La Ley que reglamenta la materia y que en lo tocante al punto que se estudia no ha sido modificada, se llega a la conclusión de que el Gobierno no puede decretar el retiro temporal sino

únicamente como medida previa para decretar el absoluto, y reconociendo el derecho al 50 por 100 de su sueldo al Oficial durante el término de la suspensión. La separación absoluta de plano sólo pueden decretarla los Tribunales del orden judicial o los extraordinarios, y esto se explica, porque las autoridades de orden simplemente administrativo conocen de simples contravenciones al paso que aquéllos juzgan los delitos comunes o militares.

Según el caso. Por eso también los Oficiales retirados en forma absoluta necesitan la rehabilitación del Senado para volver al Ejército, mientras que cuando es el Gobierno quien decreta la separación, aunque sea con el carácter de absoluta, no necesita tal rehabilitación. En el primer caso obra la tarifa legal de pruebas; en el segundo puede el Gobierno decretar la suspensión temporal previa, con derecho al medio sueldo, y luego la absoluta por simples motivos fundados»...

Nicasio Anzola, José Vargas Torres, Arcadio Charry, Pedro Alejo Rodríguez.

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MILITAR

*Contencioso de nulidad. Se contrae a anular el acto ilegal,
no a ordenar el pago de salarios*

20 de febrero de 1931

Radicación: CE-EXP1931-N0220

«El señor Miguel Pinzón, por medio de apoderado, solicitó que conforme a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha 20 de noviembre de 1928, se declare la nulidad de las resoluciones del Ministerio de Guerra de fechas 18 de marzo de 1929 y 20 de diciembre del siguiente, proveyendo, en su lugar dice la demanda, que mi poderdante tiene derecho a ser mantenido práctica y efectivamente en su condición legal que se asiste de oficial de guerra en servicio activo, en el grado de Capitán, y con todas las anexidades de ese grado, entre ellas la remuneración que los respectivos presupuesto han señalado en el tiempo transcurrido y que transcurra desde el 27 de diciembre de 1920 hasta la fecha en que de manera definitiva y práctica se haga por el Gobierno

El fallo que sirve de base al demandante, planteó así la cuestión:

Sitúese pues de todo lo expuesto que son nulas, por ilegalidad, las resoluciones acusadas en cuanto se declara que el capitán Miguel Pinzón fue retirado legalmente del Ejército y que por lo tanto debe resolverse favorablemente este punto de la demanda.

No sucede lo mismo respecto de la cuestión propuesta por el actor, referente a que se declare como consecuencia de la ilegalidad del retiro en cuestión, que el demandante tiene derecho a que se le considere como militar en actividad desde el 27 de diciembre de 1920 y se le paguen los sueldos desde esa fecha en adelante, ya porque conforme a doctrina sentada en el particular en repetidos casos, la jurisdicción del Consejo está limitada a resolver sobre la nulidad del acto acusado, ya también

porque en estos casos es al Gobierno a quien compete desarrollar las consecuencias de la nulidad decretada como ejecutor de la sentencia.

Toda la cuestión descansa en que según el actor el fallo del Consejo, de fecha 20 de noviembre de 1928, ordena que se le paguen al señor Pinzón los sueldos de capitán desde 1920, por cuanto se, anularon las resoluciones primeramente nombradas, y que tal pago no ha querido ordenarlo el Ministerio.

Es evidente que ni explícita ni implícitamente el Consejo ordenó tal cosa, pues ya se vio que esa parte de la demanda no fue acogida por la sentencia, según se patentizó en la parte copiada arriba. Siendo esto así, es claro que la demanda no puede prosperar.

Ni vale argüir, como lo hace el demandante, que en otros casos, como en una sentencia del propio Consejo, se ordenó pagarle al señor Arzayús los sueldos de general, pues bien sabido es que las sentencias no tienen valor sino en los asuntos sobre que recaen y no en otros, y caso y pleito muy otro es del señor Pinzón al del señor Arzayús.»...

*Félix Cortés, Pedro Martín Quiñones, Sergio Burbano, Pedro Alejo Rodríguez,
Nicasio Anzola, Junio Cancino, Pedro Gómez Naranjo.*

RETIRO DEL SERVICIO POR INVALIDEZ RELATIVA

No existe norma legal que consagre el derecho a reclamar sueldo de retiro de los Suboficiales de la Armada Nacional después de 10 años de servicio con incapacidad relativa

3 de diciembre de 1962

Radicación: CE-SNG-EXP1962-N1203

...«La Sala no encuentra fundamento legal para considerar que el adverbio “además” a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 101 del Decreto 501 de 1955 quiera decir que entre las “prestaciones sociales a que tienen derecho aquellos que sean retirados por invalidez relativa, con más de 10 años de servicio, “que señala este estatuto para tal caso”, esté la del sueldo de retiro, puesto que la disposición no lo dice, ni el Decreto 501 de 1955 contempla tal prestación en su articulado. Aceptar dicha tesis sería tanto como convenir en que el juzgador puede, por simple interpretación, crear o reconocer prestaciones que la ley no contempla, lo cual contraría la más elemental hermenéutica jurídica.

En cambio, resulta más lógico considerar que las prestaciones sociales de que habla el parágrafo citado, se refieran a las indemnizaciones que les corresponden a los retirados por invalidez relativa.

La Sala admite que “existe un vacío en el Decreto al dejar de regular la prestación de asignación de retiro en caso de invalidez relativa”, como lo anota su colaborador fiscal, pero, ello no le permite disponer el reconocimiento de una prestación no contemplada en el Decreto, ni por analogía, ni por interpretación, porque ello equivaldría a usurpar una facultad que sólo corresponde al legislador, por mandato de la Constitución.

De manera que, no existiendo la norma legal que consagre el derecho para reclamar sueldo de retiro a los Suboficiales de la Armada Nacional, a virtud de retiro causado por invalidez permanente y relativa después de diez

(10) años de servicio, la Sala no puede acceder a las súplicas de la demanda, por carencia de fundamento legal...»

*Alfonso Meluk, Jorge de Velasco Álvarez,
Guillermo González Charry, José Urbano Múnera.*

RETIRO DEL SERVICIO POR FACULTAD DISCRECIONAL EN LA POLICÍA NACIONAL

El poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, por lo cual se deben justificar los motivos para su expedición

8 de mayo de 2003

Radicación: 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02)

...«La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre

el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.

(...)

La presunción fundada en el mejoramiento del servicio implicaba en ocasiones para el funcionario retirado en virtud de las facultades excepcionales previstas para el personal de la Policía Nacional establecidas en los artículos 26 y 27 del Decreto 262 de 1994, modificados por los artículos 5° y 6°, numeral 2°, literal f) del Decreto 574 de 1995, respectivamente, en concordancia con el artículo 11 ibídem, la tarea procesal de demostrar intenciones del nominador que en ocasiones pertenecen a su fuero interno, mientras que con el margen de apreciación de la hoja de vida que se patrocina en esta providencia, el juez podrá valorar si se retiró a un servidor cuyos antecedentes de excelente rendimiento resultan contradictorios con la medida adoptada.

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.

[P]ara desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la POLICÍA NACIONAL,

la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas.

(...)

si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que se oponen a la adopción de la medida, le corresponde justificar su decisión en otras situaciones, pues exigirle al actor que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa.

(...)

[R]esulta contradictorio que la administración haya expedido el acto de retiro, porque la justificación de la decisión – mejoramiento del servicio – no responde a los antecedentes del acto. Ninguna tarea desplegó la administración para defender la presunción de legalidad de su decisión, limitándose en la contestación de la demanda a invocarla con la finalidad de trasladar al demandante toda la carga probatoria en orden a desvirtuarla.

Se concluye de lo expuesto, que la entidad demandada, prescindió de un servidor que contaba con nueve (9) años de servicios a la institución y que presentaba, con inmediatez a la decisión, eficiencia en la prestación del servicio, circunstancia que implica que con el acto de retiro, se desconoció la finalidad de la facultad discrecional en tanto los elementos existentes, plasmados por la misma entidad a través de los funcionarios calificadores, demuestran que se trataba de una persona que merecía por sus méritos el estímulo de continuar en el servicio.

No habrá lugar al reconocimiento de los perjuicios morales, dado que aunque la Sala ha prohijado la procedencia de tales reconocimientos, resulta necesario acreditar la afectación emocional que produjo en el directamente afectado o en otras personas, la expedición del acto de retiro. Evidentemente, la pérdida del empleo puede causar traumatismos en el individuo que lo padece y en su entorno familiar, pero no es dable presumir esta afectación en todos los individuos, dado que el grado de sensibilidad no es el mismo

en todos los seres humanos y por ello, resulta necesario para quien lo alega asumir la actividad probatoria.

Se precisa que los antecedentes disciplinarios, pueden ser apreciados por el juzgador como aspectos negativos de la eficiencia del empleado, en la medida en el hecho materia de juzgamiento disciplinario incida en el servicio o afecte el mismo, siempre que la conducta juzgable a la luz de las normas disciplinarias sean mediatas al acto de retiro.»...

Tarsicio Cáceres Toro (Ausente), Jesús María Lemos Bustamante (Aclaración de voto), Alejandro Ordóñez Maldonado (Aclaración de Voto).

**RETIRO DEL SERVICIO POR FACULTAD
DISCRECIONAL EN LAS FUERZAS MILITARES**

La facultad discrecional puede ser ejercida no sólo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio

3 de noviembre de 2011

Radicación: 25000-23-25-000-2002-12412-01(1068-09)

...«[E]l retiro absoluto del servicio activo del actor, por voluntad del Comandante del Ejército, contó con el concepto previo del Comité de Evaluación, conforme a las disposiciones pertinentes.

De conformidad con la providencia en cita la facultad discrecional puede ser ejercida no solo como consecuencia de la evaluación del cumplimiento del deber de los funcionarios que la integran sino que también deben examinarse elementos de confianza y moralidad que garantizan la buena prestación del servicio.

La eficiente prestación del servicio es una obligación de todo servidor público por lo que la buena conducta, las felicitaciones y la ausencia de sanciones disciplinarias no dan garantía de estabilidad, menos en relación con los servidores del Ejército Nacional, que por la naturaleza de sus funciones, requieren, entre otras virtudes y aptitudes, confianza, dedicación, lealtad, disponibilidad y plena capacidad física e intelectual.

En relación con la falta de motivación del acto acusado debe entenderse que la misma no se configura porque al tratarse de un acto discrecional no es necesario que en el mismo se indiquen las razones que inspiraron a la autoridad que lo profirió. Así mismo, la norma que establece esa atribución no exige la motivación del acto.

Respecto a las declaraciones dadas a los medios de comunicación referidas al acto administrativo demandado (Resolución No. 000709 de 31 de julio de 2002) que retiró del servicio activo al demandante como miembro de las Fuerzas Militares, por diferentes causales, esta Sección ha considerado en asuntos similares al presente que no pueden tomarse como motivación del mismo, pues si bien es cierto que explicaron el retiro del servicio de los Oficiales y Suboficiales como una depuración de la Institución de elementos negativos para la imagen de la misma, también lo es que describió una situación general de la Institución.

Cuando se adopta una medida de tal naturaleza se presume inspirada en razones de buen servicio y el acto que la contenga lleva implícita la presunción de legalidad, desvirtuable mediante prueba en contrario, razón por la cual la presunción implica que la decisión no requiera ser motivada.

En relación con la valoración de la hoja de vida, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que la adecuada prestación del servicio es una obligación del servidor, pues el objetivo de la vinculación debe estar orientado al cumplimiento de los fines y principios de la función pública, teniendo derecho a un pago como retribución por el servicio personal prestado.

(...)

La providencia anterior evidencia que para desvirtuar la legalidad del acto de retiro por facultad discrecional, es necesario demostrar que las felicitaciones, condecoraciones, menciones de honor o cualquier otra expresión que enaltezca al servidor público, proviene de eventos excepcionales de reconocido mérito.

(...)

Todo lo anterior advierte que el Ministro de Defensa podía ejercer, previa opinión de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, la facultad de retirar del servicio al Oficial mediante la causal de retiro por facultad discrecional sin que sea óbice para su ejercicio la excelente hoja de vida del uniformado.

(...)

En este orden de ideas, la Sala concluye que no existieron razones para considerar que se demostraron los vicios endilgados contra el acto

enjuiciado que retiró del servicio al actor por facultad discrecional, razón por la cual se revocará la decisión que accedió a las súplicas de la demanda, para en su lugar negarlas»...

*Bertha Lucía Ramírez de Páez, Gerardo Arenas Monsalve,
Víctor Hernando Alvarado Ardila.*

**RETIRO DEL SERVICIO POR LLAMAMIENTO A CALIFICAR SERVICIOS
EN LAS FUERZAS MILITARES**

Proporcionalidad. Desviación de poder

17 de noviembre de 2011

Radicación: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11)

...«Tratándose del llamamiento a calificar servicios se ha dicho que tal figura entraña el ejercicio de una facultad discrecional como potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa, adoptar una u otra decisión; es decir, la permanencia o retiro del servicio cuando a su juicio, las necesidades del servicio así lo exijan. En estos eventos, el servidor público que la ejerce es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo 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.

Si bien es cierto, el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un agente en servicio activo, ello no comporta una sanción, despido ni exclusión infamante o denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran 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 y personales.

Por su parte, cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el llamamiento a calificar servicios 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 este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

(...)

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, debe decirse que si bien la tesis jurisprudencial de la Sala, tradicionalmente ha sido que la idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no le otorgan a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas una estabilidad absoluta, esto es, una permanencia indefinida en el grado que ostenta, en el caso concreto, las circunstancias de tiempo y modo que rodearon la decisión de retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios hacen suponer que dicha medida no estuvo acorde a los fines de la norma que la autoriza, ni a los principios que gobiernan la función pública.

En efecto, el hecho de que dentro del año inmediatamente anterior al retiro del servicio del señor Mario Alberto Cañas Ortega, esto es, entre el 1 de octubre de 2002 y el 30 de septiembre de 2003, se registren cerca de sesenta y seis (66) anotaciones positivas referidas a su condición profesional, ejercicio de mando, competencia administrativa y desempeño permite concluir que, la permanencia del demandante como Mayor de

Infantería no resultaba inconveniente para el Ejército Nacional toda vez, que oficiales de tan altas calidades personales y profesionales son los que se esperan integren las filas de los cuerpos castrenses del país con el único fin, de garantizar el cumplimiento de la finalidad que la misma Constitución Política le ha asignado al Ejército Nacional, a saber, la defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional, así como del orden constitucional vigente (artículo 217 de la Constitución Política).

(...)

Resulta para la Sala, contradictorio por decir lo menos que un Oficial cuyas calidades personales y profesionales son exaltadas, en reiteradas ocasiones, por sus superiores, mediante anotaciones, conceptos y condecoraciones, deba ser retirado del servicio mediante el ejercicio de una facultad discrecional como lo es, para el caso concreto, el llamamiento a calificar servicios, que bajo el entendido de la jurisprudencia de esta Corporación, se supone siempre empleada en beneficio y mejoramiento del servicio.

Sobre este punto, no pretende la Sala imponer límites mediante consideraciones subjetivas, a la facultad discrecional con que cuenta el Presidente de la República, y en ocasiones los altos mandos militares y el Ministro de la Defensa, para remover a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, de lo que se trata es, de reiterar, que el ejercicio de la referida facultad discrecional debe estar acorde a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, como lo establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Bajo este supuesto, considera la Sala que la decisión de retirar del servicio al señor Mario Alberto Cañas Ortega no sólo no estuvo acorde a los fines previsto en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, esto es, el mejoramiento del servicio, sino que tampoco resultó proporcional a los hechos que supuestamente le sirvieron de causa dado que, como quedó visto, en la proximidad de su retiro sólo obraban en su hoja de vida anotaciones favorables que daban cuenta de la idoneidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional.

(...)

Así las cosas, concluye la Sala que en la decisión de retiro del servicio del señor Mario Alberto Cañas Ortega, se estructura el vicio por desviación de poder toda vez que, la misma no tuvo por fin el mejoramiento del

servicio, como lo supone el ejercicio de la facultad discrecional prevista en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, y mucho menos el respeto por los principios que gobiernan la función pública, artículo 209 de la Constitución Política ya que como quedó visto, con anterioridad, dentro del año inmediatamente anterior a la expedición del acto acusado, la hoja de vida del demandante permitía advertir con lujo de detalles sus idoneidad y capacidad personal y profesional para desempeñar el grado de Mayor de Infantería del Ejército Nacional.»...

*Gerardo Arenas Monsalve, Víctor Hernando Alvarado Ardila,
Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

VIII. SUSPENSIÓN DEL CARGO

SUSPENSIÓN DEL CARGO POR DENUNCIA PENAL

Autoriza a la administración a suplir la vacante con un empleado interino y la ausencia de responsabilidad del funcionario investigado justifica la declaración de insubsistencia del empleado en interinidad

15 de junio de 1939

Radicación: CE-EXP1923-N0615

...«Por medio de apoderado y con fecha 9 de mayo del año pasado, 1938, el señor Luis Antonio Salazar solicitó del Tribunal administrativo de Popayán, la nulidad del decreto número 144 de 27 de abril del mismo año, originario de la gobernación del Cauca, por el cual se le separa del cargo de director de la escuela José Hilario López, que funciona en la citada ciudad.

(...)

La síntesis de los hechos de que se trata, es la siguiente: hallándose el señor José Vicente Cobo, desempeñando el cargo de director de la nombrada escuela José Hilario López, se le practicó una visita el 15 de enero de 1938, por el inspector nacional de Educación Pública del departamento; y como notara que una de las máquinas de escribir de la escuela, no estuviera allí, resolvió dar denuncia criminal contra el director, el cual fue llamado a juicio y suspendido de su cargo mientras se hacía la averiguación del caso.

(...)

De los antecedentes dichos (...) aparece claramente que el señor Cobo sólo fue suspendido de su cargo mientras se averiguaba su responsabilidad en el hecho que se le imputaba; que por consiguiente, Salazar fue nombrado en reemplazo del titular, de manera interina; y que, como con el

sobreseimiento definitivo a favor de éste, las cosas debían volver al estado que tenían antes del denuncia contra él, era forzoso para la Gobernación, jurídica y moralmente, restablecerlo en su puesto de maestro, al cual tenía pleno derecho. Si a Cobo se le hubiera destituido del puesto, sí habría habido fundamento legal para alegar que el nombramiento de su sustituto se había hecho en propiedad.

Al admitir la tesis del demandante, relativa a su inamovilidad del cargo que se le confirió, se plantearía al gobierno departamental del Cauca el problema de tener que sostener a dos individuos en un mismo puesto y de reconocerles a ambos el sueldo que se le ha asignado sólo a uno en el presupuesto.

Es claro, pues, que el nombramiento de Salazar fue condicional, mientras duraba la causa de la suspensión de Cobo, lo que hace que en este caso, no esté amparado el primero por las leyes de la inamovilidad de los maestros, y que por consiguiente no sea violatorio de la ley el decreto que acusa, ni pueda decretarse su nulidad.»...

*Tulio Enrique Tascón, Elías Abad Mesa,
Gustavo Hernández Rodríguez, Ramón Miranda, Guillermo Peñaranda Arenas,
Ricardo Tirado Macías, Gonzalo Gaitán).*

**PAGO DE SALARIO Y PRESTACIONES POR SUSPENSIÓN
DEL CARGO POR ORDEN JUDICIAL**

Acción pertinente

30 de mayo de 2002

Radicación: 73001-23-31-000-1996-13147-01(IJ-004)

...«[C]onsiste en dilucidar los derechos salariales y prestacionales que el actor reclama por el tiempo en que estuvo suspendido en el ejercicio de su cargo desempeñado en el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Tolima, por orden del antiguo Juzgado Tercero Penal Aduanero de Bogotá, habida cuenta de que fue exonerado de toda responsabilidad dentro de la investigación, para adelantar la cual se le suspendió.

(...)

Para la rama ejecutiva no existe norma alguna que autorice en esos casos de suspensión por orden judicial, el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar cuando el empleado o funcionario es absuelto o cesa en su favor el procedimiento, o cuando por prescripción o por cualquier otra razón se revoca la orden de suspensión en el ejercicio del cargo.

(...)

En la actualidad, la ley 200 de 1995, Código Disciplinario Unico, prevé la suspensión provisional del investigado disciplinariamente en las condiciones señaladas en el artículo 115 y el derecho del servidor suspendido al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el lapso de la suspensión, en los casos enlistados en el artículo 116. Ejercido el control de estas normas por la Corte Constitucional, fueron declaradas exequibles mediante Sentencia C-280 de 1996.

Sin embargo la situación es diferente en cada caso. En estas hipótesis la orden de suspensión proviene del superior jerárquico del empleado o funcionario o de la Procuraduría, para facilitar el adelantamiento de una

investigación disciplinaria. Si ésta no culmina con la imposición de una sanción, o se impone una sanción inferior al término de la suspensión, el empleado o funcionario suspendido debe recibir como restablecimiento de sus derechos, el pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir durante la suspensión precautelativa; así lo previó la ley.

Pero cuando la orden de suspensión proviene de un juez, no es el superior jerárquico quien toma la determinación de suspender provisionalmente al empleado, y por tanto la responsabilidad se traslada a ese órgano del Estado. La administración a menos de existir norma expresa que la autorice, no puede, en caso de absolución o revocatoria de la orden de suspensión, cancelar los sueldos y prestaciones dejados de devengar por el empleado o funcionario suspendido por orden judicial.

Se dirá entonces que frente al artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que consagra la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, esa suspensión posteriormente revocada debe significar una reparación para el suspendido.

Así entiende la Sala que por aplicación de dicho artículo 90 puede lograrse la reparación del daño causado, mas no por la vía intentada por el actor en este proceso, en el cual en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se controvierte un acto administrativo ficto que a la luz de las disposiciones invocadas como violadas es legal, puesto que para cancelar los sueldos y prestaciones reclamados, la entidad demandada no cuenta con autorización de la ley ni le es dado aplicar analógicamente otras normas que regulan situaciones diferentes y por lo mismo no puede deducírsele responsabilidad, de manera automática, sino a través del ejercicio de la acción de reparación directa.

(...)

[E]n ejercicio de la acción de reparación directa, el empleado o funcionario tendrá la posibilidad de demostrar dentro del proceso respectivo, que se le ocasionó un daño antijurídico o que se dan los supuestos contemplados en la preceptiva citada, y obtener, si es el caso, el resarcimiento del daño causado, el cual podría comprender el pago de lo dejado de devengar en el evento analizado...»

Alberto Arango Mantilla, Alejandro Ordóñez Maldonado (Con salvamento de voto), Ana Margarita Olaya Forero, Jesús María Lemos Bustamante, Nicolás Pájaro Peñaranda Tarcisio Caceres Toro.

IX. SUPRESIÓN DEL CARGO

SUPRESIÓN DEL CARGO DE MAESTRO AMBULANTE POR EL GOBIERNO NACIONAL

No es competencia del Concejo Municipal el restablecimiento al cargo

7 de junio de 1939

Radicación: CE-EXP1939-N0607

«Por escrito presentado al Consejo el 14 de febrero de 1939, el señor Campo Elías Rodríguez, vecino de Bogotá, ejercitando la acción privada, demandó la nulidad del acto por el cual el ministro de Educación Nacional lo privó del cargo que desempeñaba en el magisterio nacional, como maestro ambulante de la intendencia del Meta, y pidió que el Consejo ordenara reintegrarlo en el cargo que desempeñaba o en otro de igual o mayor categoría y que se le pagaran los sueldos correspondientes al tiempo de la cesación de sus funciones de maestro, desde el día en que fue suprimido el cargo hasta el en que quedara en firme el fallo que recayera a la demanda. [...]»

(...)

La Ley 116 de 1938 dice en su artículo 19:

Invístase al presidente de la República de facultades extraordinarias para que organice el Ministerio de Educación Nacional, pudiendo refundir secciones, complementar las que actualmente funcionan, crear otras nuevas, modificar las asignaciones del personal y suprimir y crear empleos, todo dentro de la suma global asignada a dicho Ministerio en el presupuesto.

En uso de estas facultades extraordinarias, el presidente de la República dictó el Decreto 1965 de 1938 orgánico del Ministerio de Educación Nacional

[...], y en virtud de esta reorganización quedó suprimida la campaña de la cultura aldeana y eliminados los empleos de maestros ambulantes que la servían.

No fue, pues, por medio de ningún decreto ejecutivo ni de ninguna resolución ministerial, sino por medio de un decreto-ley como fue suprimido el cargo de maestro ambulante de la intendencia del Meta que venía desempeñando el señor Rodríguez.

Por tanto, no podría el Concejo ordenar que se le restableciera en dicho cargo, porque eso sería ir contra un mandato expreso de la ley, como es la que suprime el servicio a que aquel empleo estaba adscrito.»...

*Tulio Enrique Tascón, Guillermo Peñaranda Arenas, Ricardo Tirado Macías,
Gustavo Hernández, Gonzalo Gaitán, Elías Abad Mesa, Ramón Miranda.*

ESTUDIO TÉCNICO EN SUPRESIÓN DE CARGOS

Debe terminarse en su totalidad antes de ser expedido el acto de supresión de la entidad

13 de diciembre de 2007

Radicación: 50001-23-31-000-2001-00418-01(4414-04)

«... Infiere la Sala que a la fecha de expedición del Decreto No. 116 de junio 12 de 2001 “Por el cual se establece la Planta de Personal del Sector Central del Municipio de Villavicencio”, el estudio técnico contratado con la firma LLANOCOOP XXI, aún no se había concluido, pues no es posible derivar entendimiento distinto del contenido del acta en mención en la que de una parte se deja constancia de la exhibición de un documento por parte de un funcionario de la Oficina Jurídica, en el que el Asesor Jurídico indica que en relación con el estudio contratado con LLANOCOOP XXI para la reestructuración, “aún no se ha terminado el mismo y no se podrán expedir copias de algo que aún no existe”, documento con fecha de recibido 13 de junio de 2001, es decir, cuando ya se había expedido el Decreto No. 116.

Y, de otra parte, al ser solicitado por la señora Procuradora el estudio técnico elaborado por la firma LLANOCOOP XXI, no fue posible en la diligencia obtener copia del mismo.

(...)

En relación con el valor probatorio de este documento, la Sala rectifica en esta oportunidad el criterio de valoración expresado en las sentencias proferidas en asuntos similares al que aquí se debate, concretamente en relación con la crítica probatoria que se hiciera al contenido del acta, unificando de esta manera la tesis de la Sección en el sentido de señalar que si bien la visita no fue atendida directamente por el señor Alcalde Municipal de Villavicencio, en su condición de Jefe de la Administración Local y Representante Legal del Municipio, la asistencia por parte del

Director Técnico de Talento Humano y el Jefe de la Oficina Jurídica, quienes ostentaban la condición de servidores públicos vinculados a la planta de personal de la Administración Central del Municipio, no le resta veracidad ni eficacia a la diligencia y a lo consignado en el Acta de Visita Especial practicada por la Procuradora Provincial en ejercicio de la competencia que le correspondía de acuerdo con el Decreto 262 de febrero 22 de 2000.

(...)

De la actuación adelantada por la Procuraduría Provincial, concluye la Sala que para la fecha de expedición del Decreto 116 de junio 12 de 2001 – Acto Acusado- el estudio técnico contratado con la firma LLANOCOOP XXI, aún no se había terminado.

No podía entonces la entidad territorial so pena de infringir lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 443 de 1998, en concordancia con los artículos 148 y 149 del Decreto 1572 de 1998, adoptar una reforma de la planta de personal de la Administración Central que implicaba supresión de empleos de carrera administrativa, sin la observancia previa de un estudio técnico debidamente concluido que sustentara las razones por las que se justificaba el proceso de modernización de la entidad.

Esta sola circunstancia invalida el acto administrativo contenido en el Decreto 116 de junio 12 de 2001 en tanto se configura la causal de expedición irregular por desconocimiento del artículo 41 de la ley 443 de 1998, y además una falsa motivación, pues al momento de proferirse el acto acusado, la Administración Municipal de Villavicencio aún no contaba con los respectivos estudios técnicos debidamente concluidos que soportaran la supresión de empleos de carrera administrativa dentro de los que se encontraba el de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 07, que desempeñaba la señora ROCIO PALACIOS VILLALOBOS»...

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Jesús M. Lemos Bustamante, Jaime Moreno García, Alejandro Ordóñez Maldonado, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso María Vargas Rincón.

**EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO
DE SUPRESIÓN DE CARGOS**

Inexistencia de estudio técnico

11 de marzo de 2010

Radicación: 05001-23-31-000-2002-01691-01(2595-07)

...«[L]a supresión de empleos se debe concebir como una causa legal de retiro del servicio de los empleados del sector público, que encuentra su sustento en la necesidad de adecuar las plantas de personal de las entidades públicas a los requerimientos del servicio.

Así, cuando se retira a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, se hace porque el empleo específico fue suprimido por el acto general, lo que sucede cuando la cantidad de cargos desaparece, o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario.

(...)

La Administración, en síntesis, por motivos de interés general ligados a la eficacia y eficiencia de la función pública puede acudir a la supresión de cargos en una entidad pública, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios, ya que, éstos deberán ceder ante el interés general.

(...)

[O]bserva la Sala que las normas sobre carrera administrativa reconocen el derecho de los empleados inscritos en el sistema a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta, bajo determinadas condiciones, o a optar por una indemnización, conforme a lo dispuesto por los artículos 39 de la Ley 443 de 1998 y 137 del Decreto 1572 del mismo año.

Estas opciones así como el establecimiento normativo de un proceso detallado y riguroso a adelantarse previamente a la toma de decisión de la supresión de cargos en una entidad, han de entenderse como la garantía de los derechos del personal llamado a quedar cesante en procesos en los que el interés general prevalece.

Específicamente el artículo 41 de la Ley 443 de 1998, vigente a la fecha en que se efectuó el proceso de reestructuración en el Departamento de Antioquia, reguló la reforma de las plantas de personal.

(...)

[S]e deduce que para la modificación de cualquier planta de personal se debe contar con los estudios técnicos que justifiquen dicha reestructuración, pero además de su confección dichos estudios tienen que estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen uno o varios de los aspectos consagrados en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998.

(...)

[L]a reestructuración de entidades que conllevan la supresión de cargos tiene un fundamento constitucional, en la medida en que mediante ella se pretende la adecuación del aparato Estatal a las necesidades y requerimientos para el cumplimiento de sus cometidos.

La prevalencia del interés general sobre el particular es el principio sobre el cual se estructura y justifica dentro del ordenamiento jurídico la existencia de este tipo de procesos. Sin embargo, en aras de garantizar al máximo posible los derechos de aquellos servidores que finalmente se ven afectados por “las necesidades del servicio”, el legislador ha diseñado mecanismos objetivos, sin los cuales no se puede tomar dicha determinación, tales como el estudio técnico.

De conformidad con lo expuesto, la existencia de derechos de carrera y, en consecuencia, de un interés particular no permite *per se* desvirtuar la legalidad del proceso adelantado frente al actor; razón por la cual, por este cargo no prosperan las pretensiones de la demanda.

(...)

En este cargo se precisa resaltar que en atención a las dudas que generaba el estudio de las pruebas documentales allegadas al proceso en la

determinación de la existencia o no de un estudio técnico, esta Sala dictó, el 18 de junio de 2009, auto de mejor proveer, en ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 169, inciso 2° del C.C.A., con el ánimo de que la entidad demandada allegara las copias de todas las actas que soportaron dicho proceso y de esta manera efectuar un análisis razonable y ajustado a la situación real que se presentó en el Departamento (Fls. 297 y 298).

En atención a dicha solicitud, el Departamento allegó copia de las actas que reposan a folios 300 a 340, las cuales serán analizadas a continuación.

(...)

[S]e encuentran dos documentos en cuyos encabezados se lee, “*Dirección Técnica de Análisis y Diseño Organizacional, ESTUDIO TÉCNICO, para modificaciones a la planta*”, en los cuales consta, la fecha, el tipo de modificación, su fundamento, los cargos objeto de estudio, las causas que motivaron la modificación y la justificación técnica.

(...)

De los citados documentos se deriva, que el primero se relaciona con la aclaración de un Decreto, y el segundo, con la supresión de unos cargos, en donde se indica que las causas que motivaron la modificación fueron el traslado de funciones de un organismo a otro, la supresión, fusión o creación de dependencias, la redistribución de funciones y cargas de trabajo y la racionalización del gasto público, sin que se explique cómo se configuró cada una de ellas dentro de la situación de cada dependencia.

Por su parte, del análisis de las actas relacionadas, [...] se concluye que en ellas se hacen recomendaciones, propuestas y proyectos sobre la supresión de dependencias, direcciones y empleos, en sí sobre las modificaciones de la planta. Concretamente, en el Acta No. 21 del Comité Operativo se efectúan unas recomendaciones finales a ser analizadas por el Gobernador y el Comité Directivo, sin embargo ellas no gozan de respaldo concreto de donde se pueda inferir las razones o motivos tenidos en cuenta para adoptar en algunos casos las propuestas efectuadas por cada una de las dependencias del Departamento.

Así mismo, cabe resaltar que en muchas de las actas suscritas dentro del proceso de participación de las diferentes entidades o dependencias que conformaban la estructura inicial del Departamento de Antioquia, lo debatido quedaba pendiente de nuevos estudios sobre las necesidades

de fusionar algunas dependencias, así como, se reitera, contienen meras recomendaciones, las cuales no pueden ser tenidas como estudio Técnico.

Igualmente obra en el plenario, el resumen de la planta de cargos por organismos a 9 de octubre de 2001 y a 20 de noviembre del mismo año, mostrando una disminución total de 4891 a 2166 plazas, situación que redundó en una disminución del gasto por concepto de salarios.

De las documentales previamente reseñadas, encuentra la Sala que no es posible afirmar la existencia de los estudios técnicos que soportaron el proceso de reestructuración llevado a cabo al interior de la entidad demandada, pues solo existen dos documentos que dicen “ESTUDIO TÉCNICO”, sin que los mismos consagren alguno de los ítems establecidos en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998, tal y como lo había concluido la Sección.

(...)

Así las cosas, no podrá aceptarse que los documentos previamente reseñados, y que tienen por título “ESTUDIO TÉCNICO”, efectuados en el formato elaborado por la Dirección Técnica, Administrativa y de Desarrollo Organizacional, vistos a folios 71 y ss, constituyen un verdadero estudio técnico, pues los mismos no incluyen, como mínimo, el análisis de los procesos técnicos misionales y de apoyo, una evaluación de las cargas laborales, una evaluación de las funciones asignadas a los empleados, una revisión de la estructura de la entidad, un estudio de la planta actual en la que se analicen los perfiles de los empleos, los cargos existentes y los que desaparecen y, como consecuencia de ello, la propuesta de la nueva planta de personal.

Por lo anterior, es posible afirmar, que al no contener dichos documentos los parámetros que establecen las normas pertinentes, ni las exigencias previamente reseñadas, dichas circunstancias hacen anulable el acto demandado, por desconocer uno de los presupuestos consagrados en la Ley 443 de 1998, en tanto se configura una expedición irregular del decreto acusado. La administración departamental no contaba con los respectivos estudios técnicos en los términos exigidos por la ley, situación que permite retirar del ordenamiento jurídico la decisión que afectó la situación laboral del demandante por encontrarse acreditado el vicio de expedición irregular.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de supresión de cargos en orden a reducir los gastos de funcionamiento en virtud de la Ley 617 de 2000, se tiene

como fundamento válido para la reestructuración administrativa, tan es así, que de conformidad con el numeral 9º del artículo 149 del Decreto 1572 de 1998 la racionalización del gasto es una de las razones que puede llevar a la administración a modificar su estructura, no obstante, esta situación no releva a la entidad del cumplimiento de las demás exigencias legales, en este caso, las consagradas en el artículo 154 del mismo Decreto 1572, en cuanto a los aspectos que se deben atender en la elaboración de los estudios técnicos.

En estas condiciones la Sala unifica su posición frente al tópico de la inexistencia de estudio técnico en el proceso de supresión objeto de análisis, razón por la cual concluye que la sentencia recurrida amerita ser revocada para, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda, esto es, al reintegro del señor Yepes Hernández al cargo que ocupaba al momento de su desvinculación o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como al reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su retiro y hasta que se efectúe el reintegro...»

Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Alfonso Vargas Rincón, Luis Rafael Vergara Quintero.

SUPRESIÓN DE CARGO DE EMPLEADA EMBARAZADA

Constituye una causal objetiva de desvinculación laboral, sin que ello signifique una vulneración a la estabilidad reforzada que le confiere la circunstancia especial en la que se encuentra

26 de mayo de 2011

Radicación: 25000-23-25-000-1999-04529-01(0882-09)

...«Aun cuando la parte demandante en el escrito de la demanda y en el recurso de apelación omite hacer alusión al hecho de que al momento de suprimirse el empleo de Auxiliar de Servicios Generales, II, grado 2, que venía desempeñando la señora Mariela Rey Rodríguez de Auxiliar de Servicios Generales, II, grado 2, ésta se encontraba en estado de embarazo, la Sala estima necesario hacer las siguientes consideraciones dada la situación y protección especial de que son objeto las mujeres en estado de embarazo.

Sobre este particular se considera que, una interpretación sistemática de los artículos 13, 16, 42, 43, 44 y 53 de la Constitución Política, permite afirmar que durante el embarazo y después del parto, la mujer es objeto de una importante protección y asistencia dada su especial condición de vulnerabilidad. En efecto, la mujer en estado de embarazo ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integran la defensa de derechos como la vida y la unidad familiar.

No obstante lo anterior, si bien en el ámbito laboral el fuero de maternidad involucra prerrogativas económicas a favor de la trabajadora embarazada así como la garantía de estabilidad en el empleo debe decirse que, ante las eventualidades propias de los programas de renovación de la administración pública, esto es, la supresión de cargos, aún la estabilidad reforzada propia de la mujer embarazada puede encontrar restricciones por el interés general que aquellos procesos representen.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que en el marco de los procesos de restructuración de las entidades públicas la circunstancia de suprimir un cargo desempeñado por una servidora en estado de embarazo, o en época de lactancia, no puede impedir el desarrollo de un interés superior como lo es, en este caso, la modernización de una entidad pública con miras a optimizar la prestación de un servicio público, siempre y cuando se garantice la racionalidad y necesidad de dicha medida.

En este punto debe decirse que, el legislador en aras de hacer efectiva la protección especial de que goza la mujer embarazada, estableció en el artículo 62 de la Ley 443 de 1998, que: “Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad.”.

La Sala no pasa por alto que la Corte Constitucional mediante sentencia C-199 de 7 de abril de 1999. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró condicionalmente exequible el citado artículo 62 de la Ley 443 de 1998, en el entendido de que “cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo ocupado por una empleada de carrera, en estado de embarazo, y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, además de la indemnización a que tendría derecho”, deberá reconocérsele y pagársele, los salarios dejados de percibir, desde su retiro y hasta la fecha del parto, junto con los aportes al sistema de seguridad social.

Sobre este particular, la Sala en reciente pronunciamiento acogiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia en cita manifestó que, el artículo 62 de la Ley 443 de 1998 prevé una indemnización a favor de las empleadas públicas a quienes que en estado de embarazo le sean suprimidos sus cargos, con el fin de dar cumplimiento a la protección especial consagrada en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política.

[S]e puede inferir que la supresión del empleo de una mujer en estado de embarazo, con ocasión de los programas de renovación de la administración pública, constituye una causal objetiva por la que se puede llegar a justificar su desvinculación laboral, sin que ello signifique una vulneración a la estabilidad reforzada que le confiere la circunstancia especial en que se encuentra.

Así las cosas, descendiendo al caso concreto observa la Sala que la supresión del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, II, grado 2, que venía desempeñando la señora Mariela Rey Rodríguez, en la Contraloría General de Cundinamarca, quien se encontraba en estado de embarazo constituye, de acuerdo con lo previsto por el artículo 62 la Ley 443 de 1998 y la jurisprudencia constitucional, una causal objetiva que justifica su retiro del servicio, el cual fue correctamente indemnizado mediante Resolución No. 1230 de 4 de diciembre de 1998, suscrita por el Contralor General de Cundinamarca.

En efecto, el Contralor General de Cundinamarca mediante Resolución No. 1230 de 4 de diciembre de 1998 ordenó el reconocimiento y pago a favor de la demandante la suma de \$1.037.544, por concepto de “indemnización por maternidad” de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 62 de la Ley 443 de 1998.

Las consideraciones que anteceden le permiten a la Sala concluir que el retiro del servicio por supresión del cargo que venía desempeñando la señora Mariela Rey Rodríguez, no vulneró sus derechos de carrera ni la estabilidad laboral reforzada que le confería su condición de mujer en estado de embarazo...»

*Víctor Hernando Alvarado Ardila, Gerardo Arenas Monsalve,
Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

SUPRESIÓN DE CARGO DE PREPENSIONADO

Desconocimiento de la estabilidad laboral reforzada o retén social

15 de septiembre de 2011

Radicación: 25000-23-25-000-2003-01394-01(2267-07)

«...[L]a supresión del empleo ha sido prevista por el legislador desde tiempo atrás y es considerada como una causal de retiro del servicio por cesación definitiva de funciones, la cual se predica respecto de cualquier empleo público, independientemente de su naturaleza y forma de vinculación (libre nombramiento y remoción, provisionalidad, carrera administrativa).

(...)

[E]stá evidenciado que la modificación de la estructura del Ministerio de Justicia y del Derecho (decreto 2490 de 5 de noviembre de 2002), con la consecuente adopción de una nueva planta de personal (decreto 2491 de 5 de noviembre de 2002), estuvo soportada en estudios técnicos que contaron con el concepto favorable tanto del Departamento Administrativo de la Función Pública como del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Y que la adopción de la nueva planta de personal (decreto 2491 de 5 de noviembre de 2002) implicó para el empleo que ocupaba el demandante de Profesional Especializado Código 3010 – Grado 23 una reducción de doce plazas.

(...)

Cuando ocurre una supresión real de empleos por reducción del número de cargos, como ocurrió en este caso, la entidad estatal goza de facultad discrecional para decidir a quiénes retira del servicio y a quiénes conserva en la nueva planta de personal. Atribución que está únicamente condicionada a dar preferencia a los empleados de carrera administrativa y

a los que gozan de estabilidad laboral reforzada (artículo 12 de la ley 790 de 2002) sobre quien se encuentra en condición de provisional.

Por la reducción de cargos puesta de presente y por no asistirle derechos de carrera al actor, el Ministerio de Justicia y del Derecho podía, en principio, suprimir el cargo ocupado por éste, tal como lo plasmó en la comunicación VIC-200 de 2002.

En este punto es necesario señalar, que la idoneidad profesional para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de funciones, son condiciones que por si solas no otorgan prerrogativas de permanencia y continuidad en el servicio, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.

Las calidades personales y profesionales del demandante, así como los requerimientos del servicio que hicieron que, previo al retiro, fueran postergadas sus vacaciones, no tienen la virtualidad de limitar la facultad discrecional que le asistía al nominador, pues bien pudieron existir otras razones de prioridad (garantizar los derechos de carrera administrativa), conveniencia institucional y oportunidad que hicieron necesario el retiro controvertido.

(...)

Esta actual posición de la Corte Constitucional, en la que se decidió contar los tres años a partir del momento en que se retira al trabajador, fue adoptada por tratarse de una interpretación más favorable encaminada a garantizar la protección de los derechos fundamentales de los “prepensionados”.

El recuento efectuado hasta el momento, permite concluir que la protección analizada tiene por finalidad facilitar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento de la pensión por parte del funcionario público, independientemente de su régimen (general, exceptuado, transición).

Para verificar si hay lugar a esta protección, es necesario establecer el régimen pensional aplicable al funcionario público afectado por el programa de renovación y modernización de la Rama Ejecutiva del Poder Público y determinar cuándo cumple con los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos, de modo que si los reúne dentro del período de protección previsto por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, debe concluirse que le asiste una estabilidad laboral reforzada, derivada de su condición de “prepensionado”,

situación que impide su retiro del servicio hasta tanto le sea reconocida y pagada la pensión.

De las pruebas obrantes en el proceso se evidencia que para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la ley 100 de 23 de diciembre de 1993, el actor contaba con más de cuarenta y cinco años de edad (1° de enero de 1949) y quince de servicio (Ministerio de Hacienda y Crédito Público – 13 años, 24 días -; Procuraduría General de la Nación – 7 años, 9 meses, 27 días -), presupuestos que le permiten ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual remite al régimen pensional anterior, que para el caso concreto es el previsto en el artículo 1° de la ley 33 de 1985. Normativa que exige como requisitos para el reconocimiento de la pensión 20 años continuos o discontinuos de servicio y 55 años de edad.

Para la fecha en que se produjo la desvinculación efectiva del servicio (16 de noviembre de 2002), al demandante sólo le faltaba para adquirir el status pensional menos de dos años para completar la edad exigida en la ley 33 de 1985 (55 años), por cuanto tenía 53 años, 10 meses y 15 días (1° de enero de 1949) y más de veinte años de servicio (Ministerio de Hacienda y Crédito Público – 13 años, 24 días -; Procuraduría General de la Nación – 7 años, 9 meses, 27 días; Fiscalía General de la Nación – 3 años, 10 meses, 25 días; Ministerio de Justicia y del Derecho – 2 años, 4 meses, 10 días).

Para la Sala, Rubén Darío Forero Beltrán era beneficiario del retén social previsto en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, por cuanto, como quedó visto, adquiriría su estatus pensional dentro de los tres años siguientes a la fecha de supresión efectiva del cargo (16 de noviembre de 2002), lo que en la práctica impedía su retiro del servicio hasta tanto no le fuera reconocida la pensión.

Por haberse desconocido, con la comunicación VIC-200 de 2002, la estabilidad laboral reforzada que le asistía al actor, se habrá de revocar la decisión denegatoria del a-quo para, en su lugar, declarar la nulidad pretendida de ese acto administrativo...»

*Gustavo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón,
Luis Rafael Vergara Quintero.*

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

**LICENCIA PARA SEPARARSE PROVISIONALMENTE
DEL EJERCICIO DE FUNCIONES**

Competencia excepcional de la primera autoridad política del lugar

Aprobación por el Ministerio

Nombramiento de interino

8 de marzo de 1933

Radicación: CE-EXP1933-N0308

...«El artículo 16 del Decreto número 1725 de 1915, reglamentario de dicha Ley, 82 de 1912, dispone que la condición de empleado se comprueba con la copia auténtica del nombramiento respectivo. Tratándose de los ramos de correos y telégrafos, corresponde al Ministerio hacer los nombramientos y conceder las licencias para separarse del ejercicio de las funciones. El artículo 3.º del Decreto número 203 de 1928, establece que solamente podrá ocurrirse en solicitud de licencia a la primera autoridad política del lugar en casos de extrema urgencia, como enfermedad grave del empleado o grave calamidad doméstica, debidamente comprobadas; se pedirá la licencia — dice el artículo— por el tiempo necesario para ocurrir al Ministerio, y en ningún caso por más de diez días, y la autoridad política que conceda la licencia deberá solicitar del Ministerio la correspondiente aprobación inmediatamente, y mientras esta aprobación no se haya obtenido los pagadores se abstendrán de cubrir el sueldo devengado por los sustitutos o reemplazos. Esto está indicando claramente que si el señor gobernador de Boyacá concedió licencia al señor Salazar para separarse de las funciones de visitador postal del departamento y nombró en su reemplazo, interinamente, al señor Franky, el nombramiento que le hizo estaba sujeto a la aprobación del Ministerio, que podía negarla o no, bien porque estimara que no estaban debidamente comprobadas las causales de enfermedad grave del empleado, o de grave calamidad doméstica, o que el sustituto nombrado no reunía las calidades requeridas para el desempeño del cargo. Siendo esto así, no hay duda que el nombramiento hecho carece de un requisito esencial

para su validez, como es la aprobación del Ministerio de Correos y Telégrafos, y por lo tanto no se ha acreditado debidamente la condición de empleado que tuviera el señor Franky, no ya solamente para tener derecho al sueldo que devengó como visitador postal, sino para tener derecho a la pensión de jubilación en la cuantía de la mitad del sueldo de visitador postal.»...

Pedro Alejo Rodríguez, Nicasio Anzola (salvó voto), Junio Cancino (salvamento de voto), Félix Cortés, Pedro Gómez Naranjo, Víctor Pérez, Pedro Martín Quiñones (salvamento de voto).

VACACIONES

Disfrute anual. Prohibición de fraccionar o acumular

3 de mayo de 1934

Radicación: CE-EXP1934-N0503

...«Es un hecho de rigurosa aceptación que las vacaciones se dan al empleado para que descanse y repare sus fuerzas, que le permitan continuar trabajando bien sea como empleado oficial o particularmente; y se dan porque se trabajó, y no para que se trabaje; de lo contrario no diría expresamente el artículo 29 de la Ley 72 de 1931 «hubiere prestado sus servicios.» Por eso sólo se conceden cuando se ha trabajado el año completo y no cuando se va a trabajar; vencido ese año, se tiene el derecho de disfrutarlas —cuando se quiera— de conformidad con el turno que establece el inciso 2° del citado artículo. El derecho sólo se pierde cuando se sale del puesto antes de hacerlo efectivo, o sea de solicitar esas vacaciones y obtener la autorización de gozar de ellas; pero si antes de suceder aquello las solicitó y las obtuvo, ya entra en posesión plena de un derecho que la ley le otorgaba y que debe respetarse, so pena de cometer un acto injusto.

Las vacaciones son íntegramente por el término indivisible de quince días, y no pueden ser por partes o divisibles, lo que demuestra que una vez entrado el empleado en su goce, desde el primer día tiene derecho a cobrar íntegramente el sueldo correspondiente a los quince días, porque, como ya se dijo, ellas se dan por razón del servicio ya prestado, y no en consideración al futuro, el que es incierto.»...

...«El señor Fiscal, en su vista de fondo, conceptúa que si el empleado no exige sus vacaciones una vez vencido el año de servicios, renuncia tácitamente su derecho, y que por otra parte sería dar margen a la acumulación si se aceptara que las puede reclamar en cualquier tiempo. Es verdad que la acumulación no debe ni puede permitirse porque la ley no la autoriza, pero sí es jurídico y legal que el que ha prestado sus servicios

por un año, tenga la facultad de hacer efectivo su derecho de vacaciones en el tiempo que transcurra del primer año hasta el segundo, vencido el cual, ya sólo podrá gozar de las que le correspondían por el nuevo año, y así sucesivamente. Y sostiene también el señor Fiscal que si hace uso de ellas dentro de los meses siguientes al año de servicios, debe ser a la vez dentro del período funcional del respectivo superior jerárquico, cosa que en realidad es inadmisibile, porque las vacaciones se dan con relación a los servicios que el empleado presta a la entidad moral —la Contraloría en este caso— y no se puede tener en cuenta para nada que ella esté a cargo de determinado funcionario como superior jerárquico, porque la vida de esas entidades es continua jurídicamente aunque se estén cambiando los diversos elementos de que dependan administrativamente.»...

Román Gómez, Nicasio Anzola, Junio Cancino, Pedro Gómez Naranjo, Víctor Pérez, Pedro Martín Quiñones, Pedro Alejo Rodríguez.

COMISIÓN DE ESTUDIOS EN EL EXTERIOR

No da lugar a la renuncia de los sueldos o haberes de los militares ya son obligaciones de orden público y están protegidos por la Constitución y en ningún caso pueden derogarse por convenios particulares.

15 de febrero de 1971

Radicación: CE- SEC2-EXP1971-N0215

...«En cuanto a la situación legal de las Resoluciones cuya nulidad se pide, la Sala está plenamente de acuerdo con la distinguida Fiscal colaboradora, en cuanto a que la Resolución número 3223 de 4 de septiembre de 1967, expedida por el Director de la Policía Nacional, por la cual se negó a los actores el pago de sus sueldos en dólares, fue revocada por el Ministerio de Defensa, lo que hace que su impugnación caiga en el vacío por substracción de materia, por lo cual nada habrá de decidirse sobre su legalidad. Pero no comparte su apreciación, relacionada con la Resolución número 613 de 8 de febrero de 1968, dictada por el señor Ministro de Defensa, porque si bien ella no negó ni reconoció derechos u obligaciones, y se inhibió de hacerlo, es, precisamente, en esa renuencia a resolver positiva o negativamente, en ejercicio de su competencia dentro de la vía gubernativa, lo que demerita hasta hacerlo irregular el acto acusado en este aspecto concreto, puesto que el artículo 6o. del Decreto número 2733 de 1959, establece imperativamente que “El funcionario o agente a quien corresponda resolver una petición deberá hacerlo en términos definidos, es decir, concediendo o negando lo que se pide, si tal es su sentido, o absolviendo la consulta propuesta, si ello es lo procedente.

Parágrafo. Si la petición no fuere de la incumbencia directa del funcionario o agente a quien va dirigida, este deberá enviarla, en el término de ocho días, contado a partir de su recibo, al agente o funcionario que sea competente, infomando de ello al interesado”.

En efecto: La Resolución número 613 de 8 de febrero de 1968, proferida por el Ministro de Defensa Nacional, contiene en su parte resolutive dos declaraciones que resultan incoherentes entre sí. Por medio de su artículo primero, revoca la Resolución 3223 de 1967 (septiembre 4), emanada de la Dirección General de la Policía Nacional, y en su artículo 2o. declara textualmente: “Inhibirse sobre el fondo de las prestaciones formuladas por carecer de competencia para ello y ser dicha cuestión de reconocimiento privativo del honorable Consejo de Estado, por vía de plena jurisdicción”.

La Sala no podría aceptar que un Ministro del Despacho Ejecutivo se abstenga de decidir sobre un punto concreto, como el de pago de sueldos con determinada modalidad, que se le ha pedido, pretextando un impedimento o inhibición que hace consistir en que carece de competencia, porque el artículo 135 de la Constitución Nacional, al darle la calidad de Jefe Superior de la Administración, lo ha investido de la más amplia potestad para resolver, en forma definitiva, sobre todos los asuntos de la rama administrativa correspondiente.

(...)

La pretendida renuncia de sueldos consignada en el Parágrafo de los actos ejecutivos impugnados, no puede considerarse como una manifestación seria ni legalmente admisible, porque la determinación de que el pago se haría en pesos colombianos, fue tomada por la Junta Asesora del Ministerio de Guerra, según Acta número 107 de fecha 2 de septiembre de 1964, visible al folio 3 del cuaderno de pruebas, donde expresamente se dejó establecido, como acto de administración unilateral, que para tener derecho a formar parte de la Comisión de Estudios quienes lo solicitaran, reuniendo las condiciones de idoneidad y calificaciones requeridas, deberían renunciar, previamente, al derecho de percibir en dólares el sesenta y cinco por ciento (65 o/o) de su sueldo básico y gastos de representación y de exigir el pago de pasajes para su esposa e hijos, que es lo que se denominó también viaje voluntario de los comisionados en la misma Acta, siendo entendido que los sueldos o haberes de los militares son obligaciones de orden público y como tales están protegidos por la misma Carta, sin que puedan modificarse sino por mandamiento de la Ley, pero en ningún caso derogarse por convenios particulares como lo tiene claramente definido el artículo 16 del Código Civil.

La sola lectura de los textos antes transcritos, hace evidente por sí misma, que los Decretos Ejecutivos cuya inaplicabilidad se demanda, por vía de excepción, en beneficio de los derechos de los actores, son violatorios de

las normas superiores establecidas en los Decretos Leyes o Extraordinarios, en cuanto a la disposición contenida en el párrafo de aquéllos, violación que de por sí afecta la propia esencia del mandato legal, si se considera que en armonía con el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, estos Decretos tienen completa fuerza de Leyes. Y como de otra parte, los estatutos cuya inaplicabilidad se solicita, no son en el fondo sino actos ejecutivos del Gobierno, será forzoso admitir que deben someterse al precepto del artículo 12 de la Ley últimamente mencionada que a su letra dispone: “Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las Leyes ni a la doctrina legal más probable”.

Finalmente, se ha visto cómo los Decretos Ejecutivos acusados en este juicio son violatorios de las Leyes y, desde luego, por tal irregularidad no pueden ser aplicados. Lo que se deja dicho es suficiente para despachar en forma favorable las peticiones de la demanda...»

*Rafael Tafur Herrén, Álvaro Orejuela Gómez,
Nemesio Camacho Rodríguez, Eduardo Aguilar Vélez.*

PRÓRROGA DE LA LICENCIA NO REMUNERADA

La administración debe resolver oportunamente las peticiones de prórroga, pues no puede usar su demora en contra del empleado para declarar el abandono del cargo

14 de junio de 1983

Radicación: CE-SEC2-EXP1983-N0614

...«Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días del año, continuos o divididos. Si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más». (...) “Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la autoridad nominadora decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio”. (...) “Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la Administración Pública. Esta licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio”. (...) “Esta norma garantiza el derecho a licencia anual hasta por 60 días y faculta a la Administración para prorrogarla por 30 días más, si concurre justa causa a juicio de la autoridad nominadora.

“En el caso planteado, la demandante, con buena anticipación, solicitó la prórroga a la cual tenía derecho y ante el silencio prolongado de la Administración presentó renuncia irrevocable, alegando urgente necesidad. Esta renuncia motivada, si se considera que el vencimiento de la licencia de la demandante coincidió con un fin de semana, no tuvo la extemporaneidad que se le pretende dar en la decisión administrativa impugnada. Pero ante todo, la Administración, sin ocuparse de verificar si había o no justa causa para la prórroga de la licencia, en forma por demás extemporánea y mediando una renuncia al cargo que revelaba la urgencia aducida por la trabajadora, negó el derecho oportuno solicitado por la demandante, y continuó guardando silencio en relación con las renunciaciones, hasta proceder a

subsanan su informalidad y su desidia con una extemporánea declaratoria de vacancia.

“Considera la Sección que la Administración no puede desvincular a un empleado por abandono del cargo cuando ha mantenido pendiente otras decisiones administrativas en relación con situaciones planteadas por dicho empleado que, justamente, ha estado en estrecha comunicación con la Entidad empleadora solicitando derechos respaldados en las leyes”.

Esta Corporación está de acuerdo con las anteriores tesis y planteamientos del Tribunal, pues si los empleados públicos tienen derecho a solicitar licencia no remunerada por el término de sesenta días prorrogables por treinta más, ello implica la existencia de un deber correlativo por parte de la Administración de resolver oportunamente tanto las peticiones de las licencias como las de su prórroga, si ha sido solicitada oportunamente.

Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación, no puede usarse en contra del empleado para declarar la vacancia del cargo, con las implicaciones que ello acarrea para el funcionario; concretamente por el registro de sus antecedentes ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil. Afirmar lo contrario es abusar del derecho, lo que configura una modalidad de la desviación de poder que hace anulables los actos proferidos por la Administración, pues todas las actuaciones de ésta deben estar sujetas al principio de legalidad, como lo tiene establecido esta Corporación en reiteradas providencias...»

*Joaquín Vanín Tello, Álvaro Orejuela Gómez,
Aydee Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada.*

COMISIÓN DE ESTUDIOS

No otorga la estabilidad que confiere la carrera administrativa, se puede declarar insubsistente al servidor público, extinguiendo la obligación de servicio derivada de la comisión

15 de marzo de 1989

Radicación: CE-SEC2-RAD1989-N1412

...« [C]omo se colige del texto y del espíritu del artículo 86 del Decreto 1950 de 1973, la obligación que surge como consecuencia de una comisión de estudios en el exterior o en el interior del país que implique separación total o de medio tiempo en el ejercicio de las funciones del empleado, es para éste. El se obliga a “prestar sus servicios a la entidad en el cargo de que es titular, o en otro igual o de superior categoría, por un tiempo correspondiente al doble del que dure la comisión, término éste que en ningún caso podrá ser inferior a un (1) año”.

Obsérvese entonces que, surgiendo una obligación para el empleado, el beneficiario de la misma, el acreedor, es la Administración, y que ella, como acreedora o beneficiaria de la prestación, puede condonarla en ejercicio de la figura jurídica de la remisión (art. 1711 del C. C.) en cuanto es perfectamente hábil para disponer la insubsistencia del nombramiento del empleado si, por otra parte, él no tiene garantía de estabilidad relativa que le confiera la Carrera Administrativa en que esté inscrito. De suerte que cuando la Administración opta por la declaratoria de insubsistencia, tácitamente está indicando ánimo de extinguir la obligación del empleado que estuvo en comisión de estudios.

Y ello fue lo que ocurrió en el caso sub júdice. Cuando el acto administrativo acusado declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Jorge Eliécer Pardo Rodríguez, pese a que cumplía con su obligación nacida del convenio suscrito con ocasión del contrato de comisión de estudios, el Ministerio de Salud resolvió condonarla, sin que por ello quebrantara las normas que

cita la demanda, ni que incurriera en desviación de poder (porque no había status de inamovilidad relativa), ni mucho menos violación de preceptos constitucionales y legales.» (...)

*Álvaro Lecompte Luna, Aydee Anzola Linares (Ausente),
Reynaldo Arciniegas Baedecker, Clara Forero de Castro.*

PRÓRROGA DE LA LICENCIA NO REMUNERADA

Es necesario que exista justa causa, de no ser así la entidad nominadora está facultada legalmente para decidir sobre la oportunidad de concederla, so pena de declarar abandono del cargo

18 de noviembre de 1983

Radicación: CE-SEC2-EXP1983-N1118

...«[L]a demandante solicitó licencia no remunerada por un mes y que la entidad demandada, en efecto, le concedió la licencia mediante la Resolución No. 00228 de 20 de febrero de 1979, por el término de treinta días que deberían vencer el 22 de marzo del mismo año. Posteriormente, el 15 de marzo siguiente, la actora solicitó dos meses más de licencia a partir del 20 de dicho mes y hasta el 19 de mayo del citado año. Mediante oficio No. 01140 de 20 de marzo de 1979, dirigido a la demandante, se le comunica que la prórroga de la licencia ha sido negada.

(...)

Si bien se le concede a los empleados el derecho a solicitar cada año una licencia sin sueldo por sesenta días, continuos o divididos y a solicitar una prórroga por otros treinta, para que ésta se conceda es necesario que ocurra justa causa y en el caso de la demandante, según se lee en la nota en la cual pidió la prórroga únicamente se alegan razones de orden personal. Además, como ya se vio, cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la entidad nominadora está facultada legalmente para decidir sobre la oportunidad de concederla y teniendo en cuenta las necesidades del servicio que fue lo que precisamente ocurrió en el caso de estudio, esto es, que la administración se abstuvo de conceder la prórroga pedida por la demandante porque consideró que no era oportuno darla en la época en que fue solicitada para no entorpecer el servicio. Por otra parte, aunque ya se dijo, debe hacerse especial énfasis, como lo dice la sentencia apelada en el caso presente “es hecho evidente que la funcionaria

no explicó jamás, que la solicitud de licencia ordinaria obedecía a razones de fuerza mayor o caso fortuito, sino que se limitó a hacer la petición “por razones personales” y confiada en “charlas y conversaciones ‘con el Jefe de Personal, lo que no logró demostración procesar circunstancia ésta que no puede servir de apoyo para que el empleado o funcionario se desentienda de la obligación que tiene de hacerse presente ante la autoridad nominadora tan pronto como venza la licencia.

Además, no es este el procedimiento que debe seguir la administración, cuando se trata de conceder licencias o su prórroga pues lo adecuado es que se dicte el correspondiente acto administrativo que la concede o la niegue lo mismo que su prórroga.

Finalmente, se transcribe también el siguiente aparte de la sentencia apelada por considerarlo acertado. “De otro lado, debe tomarse en cuenta que cuando se presenta una causal de vacancia en el cargo, no es obligatorio para la administración iniciar un proceso disciplinario con todas las formalidades atinentes... sino que tal institución se configura ipso facto, tan pronto haya la comprobación pertinente se necesita sí que la causal esté fehacientemente acreditada para que la entidad oficial respectiva pueda declarar la vacancia del cargo. El acto administrativo sobre vacancia, no hace más que declarar la situación presentada en el caso”. »...

*Joaquín Vanín Tello, Aydee Anzola Linares,
Reynaldo Arciniegas Baedecker, Álvaro Orejuela Gómez.*

TRASLADO

**TRASLADO DE UN EMPLEADO DE CARRERA A UN CARGO DE INFERIOR
CATEGORÍA Y SUELDO**

Debe considerarse una sanción disciplinaria. Derecho de defensa

7 de abril de 1945

Radicación: CE-EXP1945-N0407

...«El estatuto de carrera administrativa (Ley 165 de 1938), en su artículo 29, consagra que los empleados de carrera administrativa, no podrán ser removidos del cargo que desempeñen sino por falta de sus deberes y mediante un procedimiento especial en que sean oídos; y tienen derecho a ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, según sus méritos y competencia.»...

(...)

Es obvio, que el señor Rentería M. al ser trasladado, por el Decreto número 2359, de 3 de octubre de 1944, del cargo de Jefe de Kárdex al de Subjefe de Kárdex, lejos de gozar de la inamovilidad y el derecho al ascenso en que lo colocó la circunstancia de figurar en la carrera administrativa, fue desmejorado visiblemente, como funcionario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tanto en lo concerniente a categoría, como por el aspecto de sueldo. De nada le sirvió, pues, estar amparado en el derecho que la expresada Ley 165 reconoce a los empleados de carrera.

El traslado de un empleado de carrera a otro de inferior categoría y sueldo, debe considerarse como una pena disciplinaria, tal como lo contempla el Decreto 2091 de 1939, que reglamentó la Ley 165 de 1938, por la cual se creó la carrera administrativa.

El señor Alberto Rentería no se encontraba en ese caso. Él no había sido sancionado disciplinariamente, ni se le había adelantado el procedimiento

en su contra de que trata dicho decreto, a efecto de que pudiera oírsele, de manera que al ser sancionado con el traslado a un puesto inferior, se dejaron de cumplir elementales preceptos de defensa.

No es posible, que empleados de carrera, que merecieron ascensos consecutivos en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sean desmejorados caprichosamente, con flagrante desconocimiento de los derechos que amparan a los empleados escalafonados.»...

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Hernández Rodríguez, Jorge Lemos Girón, Carlos Rivadeneira, Tulio Enrique Tascón.

TRASLADO Y PERMUTA DE DOCENTE

No puede desmejorar la categoría y sueldo. Traslado recíproco y simultáneo. La nulidad de uno de ellos genera la nulidad de la permuta.

20 de agosto de 1953

Radicación: CE-SCA-1953-N0820

...«Ha venido repitiendo la Sala que el Gobierno, por imperativos legales está facultado para disponer el traslado de los maestros en todos los casos en que la disposición convenga a los fines de la educación y a los generales de la administración, sin que sea necesario motivar la determinación, como que apenas deberá el funcionario expresarla en acta pertinente; con el entendido de que en ningún caso podrá el funcionario disponer el traslado de un maestro sino conservándole su categoría y sueldo, y siempre que la medida no cause ostensibles perjuicios al interesado, por concurrir en él razones de hecho y de derecho constitutivas de causales de fuerza mayor que le impidan física y moralmente, trasladarse al lugar de su destinación.

(...)

Ahora bien: sucede en el caso, que a la señorita Yepes, con motivo del traslado de que da cuenta el acto acusado, si bien no se le desmejoró en categoría, se la pasó a un cargo de muy baja asignación en relación con la devengada anteriormente (...)

Es más, la señorita Yepes era en Medellín profesora interna o permanente del Instituto Central de Bachillerato para señoritas, y como a tal, entre las funciones anexas al cargo, le correspondía vigilar a las alumnas en sus dormitorios precisamente a la hora de acostarse y levantarse. Y se la trasladó a Yolombó como profesora interna de un establecimiento de segunda enseñanza para varones, en donde, entre otras funciones, le correspondía vigilar, como dice el rector del plantel, la levantada y la acostada de los alumnos, función, oficio o actividad que la administración no debió nunca

confiar a una mujer, menos a una dama como la demandante, que según declaraciones y certificados oficiales, era y es una de las más brillantes unidades del magisterio del departamento de Antioquia.

Irrisorio e inconveniente el nombramiento que hubiérase hecho de un varón para profesor interno o permanente del Instituto Central Femenino de Medellín, con la función, entre otras, de presenciar la acostada y levantada de las futuras bachilleres. Como el caso inverso es el de la señorita Yepes, ello legalmente la excusaba de aceptar el traslado de que se viene hablando. Consideraciones obvias justifican su conducta.

Otra razón de fondo lleva a la Sala sentenciadora del Consejo a declarar la nulidad solicitada. Es la siguiente:

El traslado recíproco y simultáneo de dos maestras verificado sobre la base de los empleos que una y otra desempeñen y que se disponga por un mismo decreto, equivale, en el hecho, a una simple permuta. La permuta de empleos, desde el punto de vista administrativo, está compuesta de dos actividades o extremos, cuya unidad legal en la determinación y en el tiempo es lo que le da vida jurídica normal al acto así creado, con el resultado de que si uno de los actos medios es nulo o ilegal, lo será también el acto fin. Apenas habrá qué advertir que para que un acto fin pueda estimarse como legalmente consumado, habrán de haberlo sido también los actos componentes o intermedios.

Si como lo estimó el Tribunal, juiciosamente, el paso de la señorita Susana Vargas al Instituto Central de Medellín adolece de nulidad, entonces la permuta resultante creada a base de un extremo nulo, tiene que adolecer también del mismo vicio.»...

*Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve,
Baudilio Galán Rodríguez, Ildefonso Méndez,
Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.*

TRASLADO DE DOCENTE ESCALAFONADO

Estabilidad laboral no inhibe a la administración para trasladar a los docentes de un colegio a otro o de un municipio a otro, siempre que los educadores conserven el mismo salario e impartan la misma cátedra.

21 de septiembre de 1955

Radicación: CE-SCA-EXP1955-N0921

...«¿Puede un profesor escalafonado ser nombrado, dentro o al terminar un año lectivo, para regentar las cátedras de su especialidad y sin desmejora de su asignación civil, en un plantel educativo distinto de aquél a que venía sirviendo?, ¿en otros términos: el profesor escalafonado tiene derecho a que se le nombre, sin su consentimiento, en establecimiento docente distinto de aquél en que estaba regentando las cátedras de su especialidad?»

La solución es obvia. El escalafón de enseñanza secundaria garantiza al profesor su permanencia en el servicio docente; pero no en un determinado cargo de un mismo colegio, porque ello equivale a maniatar a la administración y a entorpecer su buena marcha. Terminado o no un año lectivo, puede libremente ella designar los colegios y sitios que a bien tenga a los profesores bajo su dependencia, siempre que les conserve las cátedras de su especialidad y el sueldo básico mínimo correspondiente a la categoría del nombrado.

Lo que generalmente obnubila el criterio en esta materia es el considerar que el sitio y el colegio son los que dan la categoría al profesor o que dicha categoría debe corresponder a un determinado sitio o colegio. Ni una, ni otra cosa. La categoría es calidad inherente a la persona del escalafonado y el que pertenece a la primera no desmejora en ella porque deje de regentar las cátedras de su especialidad en Bogotá y vaya a dictarlas a cualquier otro municipio de Cundinamarca. Si no fuere así, se hubiesen establecido categorías entre los municipios y los colegios desde el punto de vista del escalafón respectivo. En este caso sí podría decirse que un profesor de

primera categoría sólo debería ser nombrado en un municipio y colegio de categoría igual; pero mientras tal cosa ocurra, lo único que debe tener en cuenta la administración al hacer el nombramiento de profesores, es la especialidad de cada uno de ellos y el sueldo mínimo que, según la ley, corresponde a cada categoría del escalafón. Cumplidos estos requisitos, puede libremente pasar de un municipio a otro, o de una población a otra, o de un colegio a otro, a los profesores de enseñanza secundaria.»...

*Daniel Anzola, José Enrique Arboleda, Manuel Buenahora, Rafael Marriaga,
Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.*

TRABAJO SUPLEMENTARIO

HORAS EXTRAS Y JORNADA NOCTURNA EN EL CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

No reconocimiento por prohibición legal expresa

25 de enero de 1963

Radicación: CE-SNG-1963-01-25

...«[L]os integrantes del Cuerpo de Bomberos institución de carácter civil son empleados públicos. No están pues ligados a la Administración por un contrato de trabajo sino por una situación legal y reglamentaria, situación ésta que no permite el pago de horas extras. Y como bien lo dice el señor Fiscal 2º del Consejo, “en relación con el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, sujeto por su reglamento a un régimen especial, sólo podría hablarse de trabajo en horas extras cuando éste se exigiera fuera del tiempo previsto en el respectivo reglamento. Y en lo referente al trabajo en los días domingos y de fiestas religiosas o nacionales, para que pudiera decirse que un miembro del Cuerpo de Bomberos tiene derecho al pago doble de la remuneración, o al descanso compensatorio, se requeriría que se le hubiera exigido trabajar en esos días, cuando de acuerdo con el reglamento de régimen interno de la institución no le correspondía el turno ordinario en ese determinado día”.

Que, a pesar de tener el Cuerpo de Bomberos una disciplina militar conforme a su propio reglamento, es un cuerpo eminentemente civil y de empleados públicos, lo comprueba, además de la síntesis que sobre relación de empleo público hace el Tribunal, teniendo en cuenta los caracteres de continuidad, permanencia, remuneración y jerarquía, que forman la noción de empleado público, el Decreto ya citado número 388 de 1951, por el cual se establece el reglamento del Cuerpo de Bomberos de Bogotá. Allí se dice que la jerarquía comienza por el Alcalde Mayor de la ciudad. En tales condiciones el nombramiento y remoción de los empleados de la institución es voluntario de la Alcaldía, conforme al Código Político y Municipal; y su trabajo se rige por las normas legales de los empleados públicos y las de

carácter especial. Entre estas últimas está el decreto mencionado, que, como ya se dijo, estatuye que cuando el personal del Cuerpo de Bomberos se halle en servicio, estará sujeto a disciplina militar. Es decir que para el ejercicio de sus funciones dicho personal debe regirse por aquella disciplina militar que los obliga a trabajar según el reglamento. En ese reglamento (Decreto 388 de 1951) se obliga, entre otras cosas, al Comandante a pernoctar en la Estación (art. 58) y permanecer en ella “el mayor tiempo posible”.

(...)

El demandante no tiene derecho al pago de las horas extras por prohibición expresa del artículo 12 de la Ley 141 de 1948. Tampoco a la remuneración de la jornada nocturna, puesto que además de estar ella comprendida en el reglamento del Cuerpo, no hay prueba de que le hubiere servido continuamente. De los dos declarantes en su favor, el señor José Eduardo Velásquez dice que el comandante Vásquez pernoctaba en los cuarteles; pero el señor Obdulio Vega Mejía declara que pernoctaba en el cuartel “la mayoría de las veces”. Es decir que las declaraciones no son contestes. Tiene sí derecho a que se le reconozca el valor de los días feriados trabajados...».

*Alfonso Meluk, Jorge de Velásquez Álvarez,
Guillermo González Charry, José Urbano Múnera.*

HORAS EXTRAS Y TRABAJO EN FERIADOS Y FESTIVOS EN EL CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

No tienen derecho al pago de horas extras pero sí deben ser pagados por el Distrito Especial los días feriados y festivos que comprueben haber trabajado

17 de marzo de 1969

Radicación: CE-SEC2-1969-03-17

...«La jornada nocturna completa que se reclama se presta durante un espacio interdiario de 12 horas. Lo que se explica por la naturaleza del servicio de acuerdo con los reglamentos y las órdenes jerárquicas de los Comandantes del Cuerpo de Bomberos. Prestan un servicio de 24 horas continuas que se descomponen de acuerdo con la ley así: 8 horas de jornada diurna; 8 horas extras y 8 horas de jornada nocturna.

En efecto, trabajo diurno es el comprendido entre las 6 horas (6:00 a. m.) y las diez y ocho horas (6:00 p. m.), y trabajo nocturno es el comprendido entre las diez y ocho horas (6:00 p. m.) y las seis (6 a. m.), según el artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo. Trabajo suplementario o de horas extras, es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal (artículo 159 *ibídem*). Esto significa que en la jornada de trabajo de los demandantes como bomberos, sólo hubo una jornada ordinaria que correspondía a las 8 horas del día, y un trabajo suplementario o de horas extras que era el que excedía a esa jornada ordinaria (artículo 159 del Código Sustantivo del Trabajo). Pero es que no hay que perder de vista el descanso compensatorio por 24 horas, que se concedía a los demandantes y respecto de las cuales podría hacerse una distribución análoga a la que hace su apoderado tendiente a obtener el pago de las 8 horas posteriores a 16 que no califica como extras.

Está admitido que los bomberos de Bogotá tienen el carácter de empleados públicos, y por ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 141 de 1948, no tienen derecho al pago de horas extras,

como ya lo reconoció el Consejo de Estado en sentencia de fecha 25 de enero de 1963. Por consiguiente, la llamada por el demandante “jornada nocturna completa e interdiaria”, de conformidad con lo dicho antes, no es otra cosa que un trabajo suplementario o de horas extras que no les pueden ser pagadas por el Distrito en virtud de la prohibición del artículo 12 ya mencionado.

En esta parte debe aclararse el numeral 2º de la sentencia apelada porque a los actores les deben ser pagados por el Distrito Especial los días feriados y festivos que comprueben haber trabajado, sin tener en cuenta respecto de dichos días el descanso compensatorio porque en ellos, de acuerdo con la citada disposición, no estaban obligados a laborar ni se puede considerar que en dichos días haya trabajo suplementario o de horas extras...»

*Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez,
Andrés Holguín, Álvaro Orejuela Gómez.*

HORAS EXTRAS EN EL CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

Reconocimiento acorde a lo establecido en Decreto 1042 de 1978 para los empleados públicos territoriales

12 de febrero de 2015

Radicación: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13)

...«[P]ara la Sala no cabe duda que debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función, y no el Decreto 388 de 1951 por el cual se estableció el reglamento del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las siguientes razones:

(i) Porque la norma de carácter territorial no se ocupó de regular lo pertinente a la forma de remuneración de la jornada laboral especial para los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y en esos casos la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que ante la ausencia de una regulación sobre la jornada especial debe darse aplicación al Decreto 1042 de 1978.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales, que valga la pena aclarar, sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil. En este orden de ideas, es claro para la Sala que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición.

Aunado a ello, la Sala destaca que para la fecha de vinculación del actor -15 de mayo de 2000- se encontraba vigente el Decreto 1042 de 1978 por lo

tanto le era aplicable la jornada laboral allí prevista, en consideración a su calidad de empleado público del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

Insiste la Sala en que el establecimiento de una jornada especial de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas.

(...)

[S]e tiene que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

(...)

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes, tal y como se desprende de los turnos registrados en las planillas, a partir del 27 de noviembre de 2006, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda y lo ordenó la sentencia de primera instancia [...].

No le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que la liquidación que se venía realizando es más favorable al actor, pues como quedó demostrado, la misma no incluyó el reconocimiento de las horas extras laboradas»...

Gerardo Arenas Monsalve, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Carmelo Perdomo Cuéter, Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E.), Luís Rafael Vergara Quintero.

OTROS ASUNTOS LABORALES

NOMBRAMIENTO DE MIEMBRO EN JUNTA NACIONAL DE EMPRÉSTITOS

Falta de comunicación del acto de nombramiento no lo torna inexistente o inválido, ni faculta a la administración para designar a una persona en interinidad.

14 de agosto de 1924

Radicación: CE-SCA-EXP1924-N0814

...«En el Decreto acusado —685 de 1954— se afirma que por estar ausentes el General Alfredo Vázquez Cobo, miembro principal de la Junta Nacional de Empréstitos, y su suplente personal único don Luis Serrano Blanco; y siendo urgente la reunión de dicha Junta, se nombra miembro interino al señor don Julio Caro, lo cual se hace ejerciendo la facultad que al Presidente de la República confiere el inciso 11 del artículo 68 del Código Político y Municipal.

De lo expuesto anteriormente resulta que la afirmación de que, en la fecha que se expidió el Decreto acusado, el suplente del General Vázquez Cobo era don Luis Serrano Blanco, es inexacta, por cuanto el suplente personal que eligió el Congreso en su sesión de clausura, fue el doctor Arturo Hernández, ya que dicha elección no podría sufrir alteraciones posteriores, como se lleva dicho.

Y puesto que en el decreto que se revisa la circunstancia especial que se alega para nombrar el miembro interino de la Junta Nacional de Empréstitos no existe; si el suplente del General Vázquez Cobo no era, como se afirma, el señor Serrano Blanco; y si existía el suplente del General Vázquez Cobo que debía reemplazarlo en la Junta de Empréstitos, quien aceptó el cargo en oportunidad, síguese como consecuencia lógica y necesaria que el Ejecutivo hizo uso de una atribución legal fuera de los casos previstos por el legislador de modo expreso; que desconoció un nombramiento hecho por la Cámara de Representantes y que al nombrar al señor don Julio Caro en tales condiciones ejerció función que corresponde exclusivamente a la Cámara

de Representantes, todo lo cual vicia de nulidad el Decreto acusado, ya que los funcionarios públicos no pueden ejercer otras atribuciones que las que expresa y claramente les hayan conferido la Constitución y las leyes, que los poderes públicos son limitados y ejercen sus atribuciones separadamente, y que los actos administrativos son nulos cuando violan la Constitución o las leyes (artículos 20, 57 y 76 de la Constitución Nacional); (artículo 68, inciso 11, del Código Político y Municipal —Ley 4° de 1913— y artículo 78 y siguientes de la Ley 130 de 1913).

Los nombramientos de los empleados o de los funcionarios públicos tienen valor por el propio hecho de ser efectivos, reales, de haberse verificado en armonía con la ley, y no hay disposición alguna que imponga como requisito para la validez o existencia de un nombramiento o de una elección el que se hubieren comunicado.

Preceptúa el artículo 244 del Código Político y Municipal que «siempre que se provea un empleo se comunicará la elección al nombrado y a las oficinas que deben tener conocimiento del hecho» disposición muy importante, en verdad, para la buena marcha de la administración pública, pero completamente adjetiva, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad a quienes de ello fueren responsables, pero en ningún caso a las personas nombradas. La ley ha determinado los casos y las circunstancias en que se pierden los empleos públicos, y entre ellos no figura ni figurar podría, la circunstancia de no haber hecho saber el nombramiento a las autoridades oficiales.

Los empleos o cargos públicos se pierden de acuerdo con nuestras leyes, por actos u omisiones propios de los individuos nombrados. Tales preceptos desarrollan el principio general de que las personas son responsables por violación directa de la Constitución o de las leyes (artículo 20 de la Carta).

Los casos en los cuales se responde por hechos de terceros, también están acogidos y reglamentados en la ley, y entre ellos no se halla el contemplado en el presente asunto.»...

Sixto Zerda, Sergio Burbano, José Valverde, José María García Hernández.

PROVISIÓN DE VACANTES EN EL EJÉRCITO NACIONAL

Facultad discrecional del Gobierno dentro del marco de la Ley.

Preferencia por los oficiales en servicio activo no desconoce las expectativas legítimas de los oficiales retirados de reincorporarse a filas

23 de octubre de 1939

Radicación: CE-EXP1939-N1023

«...El señor Francisco López Mojica, ejerciendo la acción pública, demandó la revisión del artículo único del Decreto ejecutivo número 1972 de 3 de noviembre de 1938, Ministerio de Guerra. [...]».

«...El Decreto acusado dice así:

Decreto número 1972 de 1938 (noviembre 3), por el cual se dicta una disposición en el ramo de Guerra.—El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y considerando: Que en la actualidad el número de Oficiales que salen anualmente graduados de la Escuela Militar tiende a sobrepasar las necesidades de las fuerzas militares; Que como consecuencia de los contratos de fianza a que se somete el personal de alumnos al ingresar al citado instituto, resulta para el Gobierno la obligación de destinar a tropas aquellos que por sus calificaciones se hacen acreedores a obtener el grado de subtenientes efectivos del Ejército, decreta: artículo único: transitoriamente y mientras la situación contemplada en el primer considerando de la presente disposición subsista, suspéndanse las facultades otorgadas por el artículo 9° de la Ley 23 de 1916, en cuanto se refiere al llamamiento al servicio activo de oficiales retirados y al reconocimiento de grados e incorporación en el escalafón de actividad de ciudadanos que hayan cursado estudios en academias militares extranjeras (...).

«...El artículo 9° de la Ley 23 de 1916 da una norma para llenar las vacantes que dejen los oficiales superiores o inferiores, y dice que esas vacantes se

pueden llenar de dos maneras: 1- ascendiendo al oficial en servicio activo que, conforme a la misma ley, reúna las mejores condiciones para ser ascendido; y 2- llamando al servicio al oficial de grado correspondiente que se halle en uso de licencia y reúna las mejores condiciones para ocuparlo.

Es decir, el oficial en servicio y el oficial que esté en uso de licencia, pueden ser escogidos indistintamente para llenar la vacante, ascendiendo al primero o llamando al otro al servicio por tener el mismo grado del que dejó la vacante. Esta es una facultad discrecional para el Gobierno, pues lo imperativo para él es llenar la vacante con oficiales que pertenezcan al Ejército.

A los oficiales en licencia son asimilados, por el mismo artículo 9º, los que hayan hecho estudios en academias militares extranjeras y a quienes el Gobierno les reconozca algún grado.

El artículo único del decreto acusado —1972 de 1938— resuelve no hacer uso de la facultad de llamar al servicio activo a los oficiales retirados, y como consecuencia no reconocerá grado a los que hayan cursado en academias extranjeras, y naturalmente, fallando este requisito, no podrán esos ciudadanos ser incorporados en el escalafón de actividad.

Así pues, el Gobierno ha definido con el decreto acusado una situación que es la de llenar las vacantes con los oficiales activos; escoge una de las dos maneras que le indica la ley para llenar dichas vacantes, determinación ésta muy cuerda, puesto que si el Estado, por consideraciones de técnica militar, tiene una escuela especial para preparar los oficiales del Ejército, debe darles a esos ciudadanos entrada a la actividad militar preferentemente a los que ya se han retirado del Ejército o que han cursado en escuelas extranjeras.

Es verdad que sin el decreto, el Gobierno podría en cada caso abstenerse de llamar a ocupar la vacante al oficial retirado, pero con él se advierte que no lo hará más en lo sucesivo, aunque de manera transitoria, y cumple así con un deber de definir situaciones para no causar perjuicios con la expectativa irrealizable de los ciudadanos retirados del Ejército activo.»...

*Tulio Enrique Tascón, Elías Abad Mesa, Gustavo Hernández Rodríguez,
Ramón Miranda, Guillermo Peñaranda Arenas,
Ricardo Tirado Macías, Gonzalo Gaitán.*

HOJA DE SERVICIOS MILITARES

Debe tenerse en cuenta tiempo de servicio prestado por oficial en retiro en desarrollo de actividades administrativas en el Ejército

27 de febrero de 1941

Radicación: CE-EXP1941-N0227

...«No hay que perder de vista, para los efectos de la presente demanda, que la resolución acusada llamó al mayor Mejía Pérez al cargo de jefe del Archivo, lo que implícitamente significa que al estado jurídico de mayor de que estaba investido el demandante, agregó el ministerio una actividad material que lo colocó en el servicio activo del Ejército. Obsérvese que la resolución acusada, para negar la actividad del demandante, ha dicho textualmente: «...el jefe del Archivo general del Ejército puede ser desempeñado por un oficial del Ejército, que se encuentre en situación de retiro temporal», con lo cual el ministerio acepta que ese cargo o función administrativa no podía ser desempeñado sino por oficial del Ejército, en su condición de tal. Nada nuevo dijo la resolución en contra de los estatutos anteriores, como no fuera el simple cambio de sueldo, fenómeno éste que no puede influir en la naturaleza de ninguna función.

La resolución acusada, al negar al demandante como parte de su hoja de servicios el tiempo en que estuvo como ayudante de la sección de Archivos y luego como jefe de esta sección general, en su condición de mayor del Ejército, violó el artículo 1° de la Ley 75 de 1925, que estatuye que «son oficiales de actividad todos los que hacen servicio en los cuerpos de tropa, en una escuela militar, en un estado mayor, los que se encuentren en comisión en el exterior, los que se ocupan en la inspección general del Ejército, en el Ministerio de Guerra, o en la administración militar» (subraya el Consejo). Esta disposición está corroborada con el Decreto número 1450 de 1925, que exige que «serán desempeñados por oficiales del Ejército, con grado o empleo legalmente conferido, los puestos de jefes de departamento, de sección, ayudantes y oficiales auxiliares del Ministerio de Guerra».

Es, pues, evidente que el mayor Mejía Pérez entró a desempeñar los cargos de ayudante, primero, y Jefe, después, del Archivo general del Ejército, con carácter estrictamente militar y en ningún caso como empleado civil, en los términos que prescriben los Decretos 251 y 1705 de 1930; sirvió esos puestos como oficial de actividad, y sería injusto no computarle como tiempo de servicio el prestado al Ejército en la época indicada.»...

*Antonio Escobar Camargo, Jenaro Cruz, Gonzalo Gaitán,
Gustavo Hernández Rodríguez, Guillermo Peñaranda Arenas,
Carlos Rivadeneira, Tulio Enrique Tascón.*

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOGOTÁ

Al ser una entidad de derecho público los trabajadores vinculados a ella por nombramiento o por contrato son empleados públicos u oficiales

13 de diciembre de 1967

Radicación: CE-SEC2-EXP1967- N1213

...«[L]a Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, fue un Decreto legislativo, el número 632 de 16 de marzo de 1951, el que autorizó al municipio de Bogotá para comprar las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S. A., y fue también mediante un Decreto legislativo, el número 1128 de 1951, como se aprobó el contrato de fideicomiso celebrado entre el Municipio de Bogotá y varios bancos de la ciudad. Más tarde, mediante Decreto 744 de 1954, se autorizó al municipio para prorrogar el contrato de fideicomiso mencionado. Allí se estableció, según reza el artículo 69 de tal Decreto, que las empresas “se administrarán con criterio netamente comercial y son autónomas en el manejo de sus bienes por todo el tiempo que rija el contrato de encargo fiduciario”. Sin embargo, como ya se anotó, el hecho de que un establecimiento descentralizado, como la citada Empresa, adopte un criterio netamente comercial para su administración y el hecho de que sea autónomo en el manejo de sus bienes, no le hace perder su carácter de entidad oficial, ya que según el artículo 19 de la Ley 151 de 1959, “las empresas y establecimientos públicos descentralizados, *cualquiera que sea la forma de administración adoptada*, son parte de la administración pública”. Tales entidades aunque tengan autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, son sin embargo parte integrante de la administración pública y “sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público”.

Es cierto que en algunos establecimientos públicos descentralizados el empleado está vinculado con la entidad mediante un contrato de trabajo; y

es ello lo que ha llevado cierta confusión respecto de su situación jurídica, pensando algunos que ese vínculo contractual es igual al que rige las relaciones de los trabajadores con entidades particulares o privadas.

Ello no es así, sin embargo, porque, aunque medie tal clase de contrato, el vínculo de un trabajador con un instituto o establecimiento descentralizado, es de derecho público. Su relación con el instituto o establecimiento descentralizado, aunque en forma inmediata se origine en tal contrato, tiene su verdadero origen o raíz en la ley, el reglamento o el acuerdo que organiza esa clase especial de entidades públicas. La Corte Suprema ha dicho al respecto: “Tratándose de un trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, sus relaciones jurídicas de derecho individual no se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo sino por normas especiales vigentes conforme a lo mandado por el artículo 492”. (Sentencia de 9 de mayo de 1961, G. J., XCV, 1042).

Debe insistirse, además, en la circunstancia especial de que la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica está integrada, entre otras personas, por el Alcalde Mayor, el Personero del Distrito y dos miembros designados por el propio Concejo Distrital. Además, el Alcalde Mayor preside la Junta. En tales condiciones, es claro que la naturaleza de la Empresa es la de una entidad de derecho público, pues de otra manera no se entendería cómo funcionarios tales como el Alcalde y el Personero pudieran intervenir en su gestión administrativa en forma tan decisiva, ni tampoco cómo podría tener tan decisiva ingerencia en esa empresa el Concejo de la ciudad.

De acuerdo con las indicaciones hechas, tiene razón el demandante cuando expresa en su libelo:

“Por todo lo expuesto, se establece, sin lugar a dudas, que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, es una empresa pública descentralizada, con patrimonio público y de propiedad del Distrito Especial de Bogotá; administrada por delegación de autoridad por una junta en razón del fideicomiso establecido en favor de algunos bancos locales garantes del empréstito emitido para la adquisición del interés privado.

“Siendo lo anterior así, al disponerse por la gerencia de la Empresa que los trabajadores de ella son empleados privados y no oficiales y por consiguiente sujetos a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y no a las normas sobre trabajadores oficiales, está expresando ni más ni menos que

se trata de una entidad privada; y por tales aspectos viola flagrantemente los decretos legislativos y los acuerdos municipales comentados.

“Por otra parte, es bien sabido que los trabajadores oficiales o servidores públicos se dividen en dos categorías, a saber: Los denominados ‘Empleados Públicos’ cuya adscripción al servicio se hace mediante el sistema estatutario, es decir, mediante un nombramiento por decreto, resolución, etc., y la respectiva posesión; y aquellos que se adscriben al servicio mediante contrato de trabajo. Pero unos y otros son trabajadores oficiales, para los efectos legales y concretamente para los fines laborales (prestaciones sociales, etc.

Todas las consideraciones que preceden llevan a la Sala a la conclusión de que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es una entidad de derecho público; que sus trabajadores, vinculados a ella a por nombramiento o por contrato, son empleados públicos u oficiales; que la situación jurídica de tales funcionarios se rige, no por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, sino por las disposiciones que, como la Ley 4° de 1966, gobiernan a los trabajadores oficiales...»

*Ricardo Bonilla Gutiérrez, Andrés Holguín,
Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez.*

**EMPLEADOS DE LA JUSTICIA CASTRENSE PERTENECEN
A LA RAMA JURISDICCIONAL**

El tratamiento que el personal de la Justicia Castrense ha venido recibiendo en la legislación, lo equipara al de la Administración de Justicia, incluyéndolo dentro de la Rama Jurisdiccional

5 de junio de 1972

Radicación: CE-SEC2-1972-06-05

...«Los Decretos 343, 344 de 1969 repitieron que los funcionarios civiles de la Justicia Penal Militar y de su respectivo Ministerio Público, devengarán solamente las asignaciones y primas fijadas para los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. El 2029 de 1969 por el cual “se establecen equivalencias entre los funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público y los FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA JUSTICIA ORDINARIA” subráyase nuevamente y que subrogó el Decreto 343 en sus Artículos 1o. a 4o. dijo igualmente en su Artículo 5o.:

“Los funcionarios y empleados civiles de la Justicia Penal Militar y de su Ministerio Público, devengarán solamente las asignaciones y primas fijadas para los funcionarios y empleados de la RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO público”.

Recientemente se ha expedido además el decreto 2339 de 1971 “por el cual se dicta el estatuto del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional” y de él resulta, de una parte, que únicamente son empleados civiles del Ramo de Defensa “Las personas naturales que presten sus servicios en el despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional” y de la otra, que los funcionarios y empleados civiles de la Justicia Militar y de su Ministerio Público no devengarán otras asignaciones y primas que las fijadas para los funcionarios y empleados de la RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO (Art. 42). Repitiendo la disposición “En consecuencia no tendrán derecho a las

asignaciones, primas y subsidios consagrados en el presente estatuto para los empleados públicos del Ministerio de Defensa”.

Por lo demás, estatutos como el Decreto 250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar, citado por los demandantes) no impiden considerar a la Justicia Castrense como parte integrante de la Rama Jurisdiccional puesto que precisamente dicho Decreto en su Artículo 306 establece que: “la Jurisdicción Penal Militar es la potestad que tiene la República de administrar justicia en este Ramo”.

(...)

Hay que concluir también que como a partir del Decreto 1720 de 1960 ha sido constante la disposición según la cual los empleados civiles de la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público no disfrutarían de otras asignaciones, primas y subsidios distintos de los comunes a los empleados públicos en general y a los de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público en particular con quienes han estado nivelados la Ley 68 de 1963 no modificó favorablemente la situación del Personal de la Justicia Militar y su Ministerio Público en cuanto a dichas asignaciones y primas.

Es cierto que esta Ley dijo derogar las disposiciones de algunos Decretos que la precedieron “y demás disposiciones que le sean contrarias” pero ni se refirió al Decreto 1720 ni mucho menos podía comprender entre sus previsiones al personal de que se trata, por pertenecer este personal a la Rama Jurisdiccional.

(...)

Consiguientemente tampoco la anulación por el Consejo de Estado del Artículo 103 del Decreto reglamentario de dicha Ley No. 351 de 1964 pudo restablecer como se ha creído al personal de la Justicia Castrense en el goce de los subsidios y primas por ella establecida. Dichos suplementos salariales no les concernían.

Hay que entender por tanto que si se anuló aquel artículo fue por haber rebasado Ta Ley reglamentada que no contemplaba regulación ninguna al respecto. Pero que en modo alguno pudieron modificarse ni el Decreto 1720 ni las Leyes 4a. de 1962 y 24 de 1963 cuyo alcance es ya conocido y que por más veras el propio Artículo 103 mencionaba.

Conclúyese, finalmente, de todo lo anterior, que si el personal de la Justicia Castrense ha de reputarse pertenecer a la Rama Jurisdiccional

con cuyos funcionarios y empleados han estado nivelados en cuanto a asignaciones y primas, entonces el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le concedió la Ley 16 de 1968 bien pudo proveer, como proveyó, en relación con ese personal y en los términos de los Decretos 3045 de 1968, 343, 344 y 2029 de 1969, por lo mismo aplicables a los demandantes.

El Decreto 3045 de 1968, por lo demás, al adoptar provisionalmente el 697 de 1966 que reiteró los “ordenamientos del Decreto 1720 de 1960, Ley 4a. de 1962 y Ley 24 de 1963 en el sentido de que sobre las asignaciones fijadas para este personal (el castrense) no se liquidarían primas, bonificaciones ni subsidios adicionales distintos a los comunes a todos los empleados nacionales” no implicó tampoco la violación de normas superiores, ni el “prolongamiento” arbitrario de disposiciones llamadas a desaparecer con el levantamiento del estado de sitio, puesto que sí había facultad (la Ley 16) para proveer de modo permanente en cuanto a asignaciones y primas del personal de la Rama Jurisdiccional la había también para proveer transitoriamente al respecto. El acto no se expidió con fundamento en el Artículo 121 de la Constitución Nacional...»

*Álvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrán, Eduardo Aguilar Vélez,
Nemesio Camacho Rodríguez.*

EMPLEADOS DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES

Naturaleza jurídica

26 de marzo de 1973

Radicación: CE-SEC2- EXP1973- N0326

...«El Consejo de Estado, al absolver una consulta formulada por el gobierno, en relación con el Instituto, expresó claramente que no existía “duda sobre la pertenencia del I.C.S.S. al sector público, por el origen legal de su creación, por las disposiciones legislativas que regulan su organización, funcionamiento y tutela y por la naturaleza pública de los servicios que atiende”.

Si el mencionado Instituto pertenece al sector público, como lo expresa la consulta a que se ha hecho referencia, es necesario entonces encajarlo dentro de alguna de las categorías a que se refieren los decretos 1050 y 3130 de 1968, si bien la Ley 90 de 1946 y el Decreto 433 de 1971, le dan la denominación de “entidad de derecho social,” denominación que en opinión del Consejo no tiene finalidad distinta a la de señalar los objetivos a que se dedica, que no son otros que los relativos a la seguridad social, la cual por definición legal (Artículo lo. Decreto 433 de 1971), es “un servicio público orientado y dirigido por el Estado”.

Si el Instituto Colombiano de Seguros Sociales es una entidad social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no queda duda que puede encuadrarse en la noción de establecimiento público, de conformidad con los decretos que se citaron atrás y con la noción que en derecho administrativo colombiano se ha tenido de tales establecimientos.

Pero es que aún desde antes de la reforma administrativa del año de 1968, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales ha sido un establecimiento público. Así lo entendió el Consejero Alberto Hernández Mora, cuando

expresó en su salvamento de voto, después de estudiar las características de dichas entidades:

(...)

De conformidad con el artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, “las personas que prestan servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo”

Si las personas que prestan servicios a un Establecimiento Público son, por regla general, empleados públicos, las que prestan servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, salvo las que se precisan en los reglamentos que se vinculan por contrato de trabajo, tienen la calidad de empleados públicos, esto es, están vinculadas por una relación estatutaria, de derecho público.

Si las personas que prestan servicios en la mencionada entidad tienen la categoría de empleados públicos, es preciso también concluir que el tiempo allí laborado se acumula al de otras entidades oficiales para efectos de la pensión de jubilación.

Y además, es necesario afirmar que la competencia para dirimir los conflictos que se presenten entre sus empleados y el Instituto, la tiene la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y no la Justicia Laboral, pues se repite, sus empleados están vinculados por una relación estatutaria y no por un contrato de trabajo.

En el caso a estudio, como lo dice el Tribunal, no se revela en forma expresa la manera de vinculación del demandante con los Seguros Sociales, siendo así, lo lógico es considerarlo como empleado público, según lo dicho atrás...»

*Eduardo Aguilar Vélez, Nemesio Camacho Rodríguez
Álvaro Orejuela Gómez, Rafael Tafur Herrén.*

SUSTITUCIÓN PATRONAL NO CAMBIA LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por protección a los derechos adquiridos de los trabajadores

14 de septiembre de 1974

Radicación: CE-SEC2-EXP1974-N0914

«...Es bien claro: nuevamente opera una sustitución patronal con todas sus características; cambio de patrono; la Nación por un ente descentralizado; continuidad de las actividades de la empresa o establecimiento viene a realizarse uno de los fenómenos que fueron puestos en el laudo de 20 de marzo de 1970 en su Artículo 4o.: “Cuando por cualquier causa la Nación enajene , transfiere o cede los haberes que adquirió de la Compañía Colombiana de Electricidad”, fenómeno este que allí mismo se definió como “sustitución patronal”.

Y ello debe ser así, porque lo que la Ley laboral ha querido establecer es una desconexión completa entre la suerte de trabajadores y las operaciones de diversa índole que financiera, mercantil o administrativamente pueda tener la empresa. Así cualquiera mutación de la empresa no puede afectar los derechos de cada uno de los trabajadores, ni deben modificar sus contratos.

(...)

Así, aunque en el Laudo Arbitral de fecha 20 de marzo de 1970, no se hubiera declarado que cualquier mutación de patrono, por cualquier causa, daría lugar a otra sustitución patronal, ello resultaría claro de la misma Ley, ya que lo que ella quiere proteger es la continuidad de los contratos de trabajo contra cualquier cambio de patronos y, entonces resultaría esa protección inocua si se admitiera que el pasar del patrimonio de la Nación al de un ente descentralizado ya no rigieran las mismas disposiciones.

Finalmente debe aclararse la situación frente a las disposiciones que regulan el régimen de personal de los establecimientos públicos.

Es cierto como lo afirma el apoderado de la C.V.C. que el Decreto 3135 de 1968, Artículo 5o., estableció como regla general que las personas que presten sus servicios en los Establecimientos Públicos tienen el carácter de empleados públicos y que, por excepción pueden vincularse por medio de contratos de trabajo siempre y cuando se trate de trabajadores de la construcción o de mantenimiento de obras públicas, o que en los estatutos, la propia junta o consejo directivo haya clasificado el cargo como de aquellos que han de ser desempeñados por trabajadores oficiales.

Igualmente es cierto que el Decreto 1848 de 1969 ratificó el principio enunciado, ordenando a su turno a los establecimientos mencionados efectuar la clasificación de su personal entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

(...)

Así, pues, aparece claramente determinado por la misma Ley en sus diferentes manifestaciones la voluntad de preferir siempre la aplicación de la Ley más favorable al trabajador. Por otra parte y teniendo en cuenta que existía una decisión de Tribunal de Arbitramento (Laudo de 20 de marzo de 1970) vigente, deben respetarse los derechos que por él adquirieron quienes laboraban con la Antigua Compañía Colombiana de Electricidad o quienes se vincularon por contrato cuando la C.V.C. era administradora de los bienes de la Nación.

Cabe observar que cuando el Decreto 1994 de 1971 ordenó que se realizara la unificación de la administración y se estableciera la unidad de los aspectos laborales, desconoció claras disposiciones legales que no podían modificarse por un Decreto de la naturaleza del expedido por el Gobierno Nacional»...

Nemesio Camacho Rodríguez, Eduardo Aguilar Vélez (Salvamento de voto),
Álvaro Orejuela Gómez; Rafael Tafur Herrán (Salvamento de voto),
Pedro Gómez Valderrama (Conjuez).

ACTUALIZACIÓN O INDEXACIÓN EN LAS CONDENAS

El demérito monetario es un fenómeno económico, fácilmente perceptible y por lo tanto su efecto no necesita solicitud expresa en la demanda ni la prueba de su impacto

31 de julio de 1995

Radicación: CE-SEC2-EXP1995-N6301

...«No obstante, para la Sala, era criterio dominante que la actualización o indexación se hubiera pedido expresamente en la demanda, punto que ahora se recoge, para disponer que en casos como este, que tratan de suma fija, y por ende no tienen mecanismo alguno de actualización monetaria, ello pueda operar sin que expresamente se haya solicitado, con fundamento en las siguientes razones:

1) Es derrotero para la administración de justicia, señalado por el constituyente de 1991, mirar el derecho sustancial en juego, sobre las formalidades (art. 228). Se había movido con ese mismo sentido el legislador, al expedir el C.P.C., que en su artículo 4o. dice:

Artículo 4o. Interpretación de las normas procesales. - Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete al derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

2) La Carta de 1991 somete al Juez al imperio de la ley, pero autoriza el uso de la equidad como un criterio auxiliar para resolver problemas jurídicos y justamente el punto del cual ahora se ocupa la Sala, es un punto de equidad (art. 230).

3) En efecto, si se pide un restablecimiento que consiste básicamente en el pago de una suma de dinero, es fácil entender que se está solicitando ese valor para la fecha en que se produzca la condena, pues nadie pide menos valor del que le causa el perjuicio recibido, como un resultado lógico.

4) Un completo restablecimiento del derecho supone que cuando lo ordena un fallo, aquél debe guardar suficiente interés para el actor. Por eso el legislador ha conferido al juez administrativo la facultad para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, justamente con el objeto de restablecer el derecho particular en la misma proporción en que se causó el daño. Dicho en otros términos más sencillos, el restablecimiento del derecho debe ser justo, equitativo y razonable.

5) El demérito monetario es un fenómeno económico, fácilmente perceptible por todos, y por lo tanto su efecto no necesita solicitud expresa en la demanda ni la prueba de su impacto se precisa en el expediente.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de febrero 2 de 1990, con ponencia del Dr. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ:

La doctrina de la Corte entendiendo que las restituciones mutuas deben hacerse con apoyo en la equidad, ha venido manifestando que, cuando se declare la nulidad de un contrato, es pertinente disponer la corrección monetaria sobre el precio que se deba devolver en desarrollo de lo normado por el artículo 1746 del Código Civil, porque es un hecho real y notorio que en nuestro país el dinero no mantiene intangible su poder de cambio a causa del fenómeno inflacionario, y en estas circunstancias lo que vendría a recibir el comprador sería un dinero envilecido por el transcurso del tiempo, que no conserva la capacidad adquisitiva que tenía al momento del contrato. Considerando que la restitución en estas circunstancias no se ajustaba a las reglas de la simetría que debe regir en los contratos bilaterales, fue que la jurisprudencia de esta Corporación, echando mano a los principios generales del derecho, concretó a partir de fallos del 24 de abril y 9 de julio de 1979 la condena a pagar el reajuste monetario derivadas de determinadas obligaciones.

Hoy no solo es, pues, viable la revalorización como efecto de la nulidad declarada, ante la calidad de hecho público y notorio que ostenta la depreciación monetaria, sino que, en razón de la propia equidad que debe gobernar el proceso de las restituciones mutuas, esa determinación puede adoptarla el juez aún de oficio, sin que se constituya en decisión incongruente.

Además, como la declaración de nulidad conlleva unos pronunciamientos consecuenciales tendientes a retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato anulado, la Corte tampoco encuentra inconsonancia en que, al proceder así, el fallo hubiera dispuesto que el vendedor devolviera, con sus correspondientes intereses, los dineros recibidos como parte del precio. (Radicación 1698)»...

*Carlos Orjuela Góngora, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz,
Álvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

REVOCATORIA DIRECTA SIN CONSENTIMIENTO DEL PARTICULAR AFECTADO

Acto administrativo ilícito

16 de julio de 2002

Radicación: 23001-23-31-000-1997-8732-02(IJ-029)

...«La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porque, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.

(...)

Los criterios jurisprudenciales anteriores son perfectamente aplicables para interpretar el inciso segundo del artículo 73, ya que se requiere que se den unas condiciones especialísimas para que la administración enmiende la situación aberrante y antijurídica que se presenta en su acto ilícito. Y en esta intelección de la norma es necesario hacer énfasis en el hecho de que la ocurrencia de medios

ilegales debe ser debidamente probada. Es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y debidamente demostrada tal situación. Es por ello, que debe seguirse el procedimiento del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, el que a su vez remite a la actuación del artículo 28 (comunicación a los interesados de la actuación administrativa y citación) con el fin de que el administrado haga uso del derecho de defensa y contradicción.

Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello. En esa medida, en la motivación del acto revocatorio la administración está obligada a dejar constancia expresa acerca de los elementos de juicio que la llevaron a tal conclusión, previo, se repite, la comunicación y citación del particular afectado, con el fin de que pueda defenderse de tal decisión, como lo prevé el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. Resulta pertinente resaltar que además de la defensa en sede gubernativa, el administrado puede controvertir la decisión en sede contenciosa, si considera que la actuación de la administración lo ha lesionado en su derecho. (Destaca la Sala).

Se requiere pues para revocar el acto administrativo de carácter particular, sin autorización escrita del administrado, como ya lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación *“que se trate de una abrupta abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada...”*. Entendida tal actuación ilícita, como se dijo en párrafos antecedentes, como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo...»

Jesús María Carrillo Ballesteros, Presidente; Mario Alario Méndez (Salvamento de voto), Alberto Arango Mantilla, Camilo Arciniegas Andrade (Salvamento de voto), Germán Ayala Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Reinaldo Chavarro Buriticá, María Elena Giraldo Gómez, Alier E. Hernández Enríquez (Salvamento de voto), Ricardo Hoyos Duque, Jesús María Lemos Bustamante, Ligia López Díaz, Roberto Medina López, Gabriel E. Mendoza Martelo, Olga Inés Navarrete Barrero, Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez Maldonado, María Inés Ortiz Barbosa, Nicolás Pájaro Peñaranda, Juan Ángel Palacio Hincapié, Darío Quiñones Pinilla (Salvamento de voto), Germán Rodríguez Villamizar, Manuel Santiago Urueta Ayola.

NON REFORMATIO IN PEJUS

Implica que el juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del apelante único

27 de octubre de 2005

Radicación: 25000-23-25-000-2001-11149-01(1367-04)

...«[L]a Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la *reformatio in pejus*, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la *reformatio in pejus*.

Aunque en el inciso final del artículo 164 del C.C.A. no se consignó expresamente el término “prohibición”, es entendible que la norma se extiende al impedimento de agravar la situación del apelante único, pues la expresión “sin perjuicio” tiene este alcance, toda vez que al deber positivo para el superior jerárquico de declarar oficiosamente todos los medios exceptivos que encuentre probados – *aún los no propuestos*- con el cual inicia la frase, en lógica jurídica debe seguir el deber negativo de preservar el derecho obtenido por el apelante único.

De ahí que la omisión de prever el inciso final del artículo 164 del C.C.A. el término “prohibición”, no implica desconocer el fin querido por el legislador, consistente en preservar la situación del apelante único garantizándole, en consonancia con el canon constitucional (artículo 31), que del derecho obtenido en primera instancia no será despojado.

Acorde con lo precedente y atendiendo el carácter de apelante único que ostenta la demandante y que impide desmejorar su situación, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada.

En los anteriores términos, la Sala unifica el criterio dispar que sobre los poderes del juez de segunda instancia en asuntos similares se plasmó por las Subsecciones “A” y “B” de esta Sección...»

*Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Ana Margarita Olaya Forero,
Alejandro Ordóñez Maldonado, Jesús María Lemos Bustamante,
Jaime Moreno García.*

ACOSO LABORAL

Agresión verbal y psicológica a funcionarios

4 de julio de 2013

Radicación: 11001-03-25-000-2012-00301-00(1131-12)

«... Los funcionarios de la Oficina de Registro de Calarcá (Quindío) manifestaron en las declaraciones rendidas en el curso de la investigación, que la disciplinada los acosaba laboralmente porque los trataba de “indios”, “trogloditas”, “descerebrados”, “mongólicos”, y “empríricos”; los presionaba; no tenían libertad de hablar por teléfono; siempre los intimidaba; no les daba permiso para almorzar ni para atender sus citas médicas; no tenía ningún tipo de consideración con ellos; no existía armonía en el trabajo ni cordialidad en el diálogo; se sentían permanentemente vigilados por su superior jerárquico que, además, confundía el tono de la voz con “la agresividad verbal”.

Las pruebas recaudadas demuestran que la señora Trujillo Cortés incurrió en acoso por maltrato y persecución laboral, y que tanto ella como su apoderado han denunciado reiteradamente a los quejosos, desconociendo así lo previsto por el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que prohíbe la retaliación.

La falta gravísima cometida por la investigada es típica en cuanto vulneró los derechos, deberes y prohibiciones previamente enumerados en el auto de formulación de cargos; es antijurídica (violó su deber funcional) y fue cometida a título de dolo.

El comportamiento que asumió generó en los quejosos una lesión en su salud mental, intimidad, libertad y honra, todo lo cual venía perpetuándose hasta que ellos reaccionaron y buscaron la intervención del nivel central y de la Procuraduría General de la Nación, a efectos de proteger sus derechos.

En lo que tiene que ver con la caducidad, precisó que el artículo 18 de la Ley 1010 de 2006, que establece que las acciones derivadas del acoso laboral caducan en el término de 6 meses después de la fecha de la conducta; opera frente a comportamientos de ejecución instantánea y, en el caso concreto, los actos de acoso laboral nunca se suspendieron en el tiempo, fueron reiterados y cotidianos. Con todo, aún vencidos los 6 meses para haberse iniciado la acción, ello no impide que la Procuraduría asuma el proceso disciplinario, pero no por acoso laboral *strictu sensu* sino como un proceso ordinario, sujeto al término prescriptivo de 5 años establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

En ese sentido, la Ley 1010 de 2006, al regular el tratamiento sancionatorio de la falta gravísima de acoso laboral, remite al Código Disciplinario Único.

(...)

La señora Trujillo Cortés incurrió en conductas de acoso laboral en los términos de los artículos 2º y 7º de la Ley 1010 de 2006, al emplear con sus subalternos palabras ultrajantes y soeces de manera pública y reiterada, con el ánimo de infundirles miedo, intimidación, terror y angustia, lo cual generó perjuicio laboral y desmotivación en el trabajo.

(...)

Está acreditado en el plenario que la señora Trujillo Cortés fue sancionada con fundamento en el artículo 23 del Código Disciplinario Único, según el cual *“constituye falta disciplinaria, y por tanto da lugar a la acción, e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículos 28 del presente ordenamiento”*.

En efecto, se demostró en sede administrativa que la demandante no solo vulneró disposiciones relacionadas con los derechos, deberes y prohibiciones de los servidores públicos, contenidas en la Ley 734 de 2002, sino que también desconoció lo previsto en la Ley 1010 de 2006, en tanto que con su proceder acosó laboralmente a sus subalternos...»

Bertha Lucía Ramírez de Páez, Gerardo Arenas Monsalve.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS

La ejecución debe tramitarla el juez que conoció el proceso en primera instancia, así este no haya proferido la sentencia de condena

25 de julio de 2016

Radicación: 11001-03-25-000-2014-01534-00(4935-14) I.J. O-001-2016

En relación con la ejecución de las sentencias de condena a entidades públicas, se concluye lo siguiente:

Las sentencias judiciales tienen un procedimiento especial de ejecución que se sigue a continuación del proceso en el cual se origina el título, cuya regulación parte de los artículos 306 y 307 del CGP, y se complementa con las reglas propias del proceso ejecutivo previsto en el artículo 422 y siguientes del mismo estatuto.

Para ello y en el caso de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien obtenga una sentencia de condena a su favor puede optar por:

Iniciar el proceso ejecutivo a continuación del ordinario, para lo cual debe:

Formular demanda para que se profiera el *mandamiento ejecutivo* de acuerdo con lo expuesto en la parte resolutive de aquella y en la cual se incluyan los requerimientos mínimos indicados en el aparte 3.2.4. de esta providencia.

Es decir, el hecho de que se inicie el proceso ejecutivo a continuación del proceso ordinario no quiere significar que se pueda presentar sin ninguna formalidad y el ejecutante está en la obligación de informar si ha recibido pagos parciales y su monto.

En este caso no será necesario aportar el título ejecutivo, pues este ya obra en el proceso ordinario.

El proceso ejecutivo se debe iniciar dentro del plazo señalado en los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 306 y 307 del Código General del proceso.

Si lo prefiere el demandante, puede formular demanda ejecutiva con todos los requisitos previstos en el artículo 162 del CPACA, a la cual se debe anexar el respectivo título ejecutivo base de recaudo, es decir, la sentencia que presta mérito ejecutivo con todos los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley.

En este caso el objetivo será que la sentencia se ejecute a través de un proceso ejecutivo autónomo de conformidad con el Libro Tercero, Sección Segunda, Título Único del Código General del Proceso, relativo al proceso ejecutivo, en aplicación de la remisión normativa regulada por el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011

En cuanto al punto relacionado con la competencia, en ambos casos la ejecución debe tramitarla el juez que conoció el proceso **en primera instancia**, así este no haya proferido la sentencia de condena; lo anterior, con el fin de preservar los objetivos perseguidos con el factor de conexidad ya analizado.

Cuando se trate de títulos ejecutivos diferentes a la providencia judicial, la competencia sí se define por el factor cuantía previsto en los ordinales séptimos de los artículos 152 y 155 del CPACA. Tal es el caso de (i) un laudo arbitral, puesto que los árbitros no tienen competencia para la ejecución de sus providencias; (ii) los derivados de los contratos estatales que comprende la ejecución de los actos administrativos expedidos en su ejecución.

En estos casos, por no existir un juez contencioso administrativo del que provenga el título, será menester determinar la competencia con base en este criterio; esto es, si la cuantía excede de los 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes el asunto corresponderá al tribunal, de lo contrario, será de conocimiento de los juzgados administrativos.

Todo lo anterior difiere de la solicitud de requerimiento para el cumplimiento de la condena al pago de sumas de dinero prevista en el artículo 298 del CPACA en armonía con los ordinales 1.º y 2.º del artículo 297 ib.

Realizadas las anteriores precisiones, es oportuno señalar que en el campo de aplicación de las normas a las que ya se hizo referencia, se pueden

presentar los siguientes eventos al momento de determinar la competencia para conocer de un asunto:

Puede ocurrir que el Despacho que profirió la sentencia de condena haya desaparecido para el momento en que regresa el expediente del trámite de segunda instancia, caso en el cual la competencia la asumirá el que corresponda de acuerdo con la redistribución o reasignación que se haya dispuesto de los asuntos que este conocía, por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura.

Si el proceso se encuentra archivado y ocurre la desaparición del despacho que profirió la condena, la competencia para conocer del proceso ejecutivo le corresponderá a aquel que se determine de acuerdo con el reparto que efectúe la oficina encargada de ello, en el respectivo Circuito Judicial o Distrito Judicial, según el caso.

Ahora bien, en el caso de los procesos fallados en vigencia del régimen anterior, esto es, el Decreto 01 de 1984, pero cuya ejecución se inició bajo las previsiones del CPACA, el procedimiento a seguir es el regulado en este último y en el CGP, puesto que pese a que la ejecución provenga del proceso declarativo que rigió en vigencia del Decreto 01 de 1984, el proceso de ejecución de la sentencia es un nuevo trámite judicial.

Lo anterior, porque aunque se realiza a continuación y dentro del proceso anterior, tiene características propias y diferentes, en tanto que además de que originalmente no es de carácter declarativo, en el mismo se pueden presentar excepciones que originan un litigio especial que da lugar a un nuevo fallo o sentencia judicial (Art. 443 ordinales 3.º, 4.º y 5.º del CGP).

*William Hernández Gómez, Carmelo Perdomo Cuéter (Ausente con excusa),
Gabriel Valbuena Hernández, Luis Rafael Vergara Quintero,
Sandra Lisset Ibarra Vélez Presidenta.*

FUNCIONES DE EMPLEADO DE PERSONERÍA MUNICIPAL

*Competencia del Concejo Municipal y de la Jurisdicción de lo Contencioso
Administrativo*

16 de febrero de 2017

Radicación: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13)

[L]a excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4.º de la Constitución Política, según el cual «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)» y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Así mismo, partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente.

(...)

En esta sentencia, la Corte dejó en claro que el nuestro es un sistema de control de constitucionalidad calificado doctrinalmente como «mixto», ya que combina un control concentrado, ejercido por la Corte Constitucional, y difuso, en el que cualquier autoridad puede dejar de aplicar la disposición, por ser contraria a la Constitución. Incluso se ha dicho que constituye, más que un deber, una obligación de la autoridad correspondiente hacer uso de esta figura cuando así lo evidencie, como se dijo en la sentencia T-808 de 2007.

(...)

No cabe duda, como bien lo señaló el citado fallo C-122 de 2011, de la preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se adoptan a través de la excepción de constitucionalidad, teniendo en cuenta que la decisión última sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia la tiene la Corte Constitucional; de manera que todas las excepciones de constitucionalidad que aplique la autoridad –judicial o administrativa– pueden ser acogidas o no por el máximo tribunal constitucional, porque «no configuran un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción». Lo anterior, teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes*, se realiza de forma general y abstracta, hace tránsito a cosa juzgada, y determina en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico.

(...)

[B]ien 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.

Puede ser entendible, que no admisible jurídicamente, la aseveración que hace el recurrente en el sentido de indicar que pese a que no se hace referencia a un caso concreto, es viable efectuar la inaplicación en general para no tener que hacerlo cada vez que el personero auxiliar lleve a cabo un proceso disciplinario; sin embargo, eso es precisamente lo que diferencia el control de constitucionalidad por vía de excepción al ejercido por la Corte Constitucional, quien es la que decide, en forma definitiva, y de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si una norma es o no constitucional.

(...)

[E]s 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 Municipal.

Lo anterior no es óbice para que de conformidad con las disposiciones consagradas en la Ley 489 de 1998, respecto a la figura de la delegación, 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.

*William Hernández Gómez (en comisión), Rafael Francisco Suárez Vargas,
Gabriel Valbuena Hernández.*

ÍNDICE ANALÍTICO

A

ASIGNACIÓN DE RETIRO

- Principio de favorabilidad, 29
- Reajuste
 - Índice de precios al consumidor, 32

C

CARRERA ADMINISTRATIVA

- Supresión de cargo de carrera
 - Modificación a cargo de libre nombramiento y remoción, 179
- Término de inscripción
 - Efectos de expiración, 181

CARRERA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

- Empleados de responsabilidad administrativa y electoral, 203

CARRERA JUDICIAL

- Concurso de méritos
 - Curso de formación judicial
 - Número de participantes, 196
- Registro Nacional de Elegibles
- No es causal de exclusión la no aceptación del nombramiento, 190

CARRERA NOTARIAL

- Concurso cerrado
 - Efectos, 200

CONTRATO REALIDAD

- Coordinación de actividades
 - No conlleva subordinación, 209

Docente

- Reconocimiento de salarios y prestaciones sociales
 - A título de restablecimiento
 - Referente de liquidación, 228

Prescripción, 220

- Conteo de término, 228

Principio de la realidad sobre las formalidades

- Calidad de empleado público, 98, 220

Reconocimiento de salarios y prestaciones sociales

- Liquidación, 228

Prescripción

- Conteo de término, 228

Reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, 228

E

ESCALAFÓN DOCENTE

- Inscripción en primaria
 - No otorga derechos en escalafón docente de secundaria, 188

H

HUELGA

- Declaración de legalidad
 - Autoridad competente, 243
- Prohibición en servicios públicos, 241

J

JORNADA DE TRABAJO

- Descanso dominical
 - Prohibición de laborar día domingo
 - Sanción administrativa, 249
- Libertad de cultos y de conciencia
 - Supremacía del interés general, 251

O

OTROS ASUNTOS LABORALES

- Acoso laboral
 - Agresión verbal y psicológica, 590
- Actualización o indexación en la condenas, 583
- Cambio de naturaleza del empleo no vulnera derechos de carrera, 181
- Empleado de la EEEB
 - Naturaleza jurídica, 573
- Empleado de la justicia castrense
 - No pertenecen al Ministerio de Defensa Nacional, 576
- Empleado del ISS
 - Naturaleza jurídica, 579
- Funciones de empleado de Personería Municipal
 - Competencia, 595
- Hoja de servicio militar
 - Oficial en retiro
 - Tiempo de servicio
 - Actividades administrativas, 571
- Non reformatio in pejus*
 - Apelante único
 - No puede hacerse más gravosa la situación, 588
- Nombramiento de miembro en Junta Nacional de Empréstitos
 - Falta de comunicación, 567
- Procesos ejecutivos
 - Competencia, 592

Conocimiento de juez que conoció en primera instancia, 592

- Provisión de vacantes en el Ejército Nacional
 - Facultad discrecional, 567
- Revocatoria directa sin consentimiento
 - Acto administrativo ilícito, 586
- Sustitución patronal
 - No cambia condiciones del contrato de trabajo, 581

P

PENSIÓN

- Caducidad, 36
- Cesión del derecho
 - Negocio jurídico
 - Ilícitud del objeto, 38
- Derechos adquiridos, 38
- Fuerza Pública
 - Sueldo de retiro
 - Ejército Nacional
 - Aportes
 - Descuentos, 25
- Invalidez
 - Congresista
 - Aplicación de régimen especial
 - Requisitos, 104
 - Fuerzas Armadas
 - Principio de favorabilidad, 104
 - Principio de inescindibilidad, 104
 - Sistema integral de seguridad social
 - Aplicación, 104
- Incapacidad de origen no laboral, 101
- Miembro del Ejército
 - Ley retroactiva, 96
 - Pérdida de extremidad, órgano o función corporal, 94
 - Reconocimiento
 - Requisitos, 96

- Reconocimiento
 - Enfermedad de origen común, 98
- Reconocimiento post mortem, 98
- Jubilación
 - Congresistas
 - Acumulación de tiempo de servicio
 - Calidad senador representante o diputado, 3
 - Aplicación del régimen del régimen de transición, 5
 - Aplicación del régimen especial, 5
- Empleados del Congreso de la República
 - Beneficiarios, 10
 - Diferencias, 10
 - Régimen de transición pensional y plan de retiro compensado, 5
 - Requisitos, 5
 - Topes, 5
- Factores
 - No taxatividad, 110
- Fuerza Pública
 - Asignación de retiro
 - Incompatibilidad
 - Pensión de invalidez, 102
- Miembro de banda de música del Ejército
 - Reconocimiento, 18
 - Tiempo de servicio
 - Asimilación a militares, 23
- Recompensa militar
 - Muerte de militar
 - Enfermedad contraída en el servicio
 - Prueba, 21
- Reconocimiento
 - Cónyuge sobreviviente, 21
- Sueldo de retiro
 - Ejército Nacional
 - Liquidación, 25
- Reliquidación
 - Por reintegro al servicio, 27
- Principio de favorabilidad, 32
- Principio de seguridad jurídica, 119
- Rama judicial
 - Exmagistrados Altas Cortes
 - Reajuste especial, 133
 - Magistrados Altas Cortes
 - Régimen especial
 - Topes, 141
 - Magistrados Corte Suprema de Justicia y Magistrados de Tribunales Superiores
 - Tiempo de servicio
 - No acumulable el prestado como juez, 132
- Principio de favorabilidad, 132
- Tiempo de servicio
 - Cómputo
 - Prestado en el sector público y privado, 145
- Reconocimiento con base en norma territorial
 - Convención colectiva, 119
- Régimen de transición
 - Determinación del ingreso base de liquidación, 126
 - Principio de retroactividad de la ley, 76
 - Regreso al régimen de prima media con prestación definida, 118
- Requisitos
 - Cumplimiento de la edad en el curso del proceso, 132
- Salario
 - Concepto, 154
- Pensión gracia
 - Compatibilidad con pensión de invalidez, 73

- Compatibilidad con pensión ordinaria de jubilación, 62
- Docente de educación contratada por ser servicios prestados a la Nación
- Docente nacional, 53
- Ejercicio del cargo
 - Prueba, 53
- Empleados administrativos de las escuelas normales, 96
- Liquidación, 65
- Mala conducta
 - Delito doloso
 - Inasistencia alimentaria, 73
 - Hechos aislados
 - Suspensión por abandono del cargo, 43
- Mala conducta, 76
- Reconocimiento
 - No beneficiario docente nacional, 76
 - Requisito
 - Viudez o soltería, 43
 - Requisitos, 41
- Reconocimiento con menos de 20 años de servicio, 40
- Tiempo de servicio
 - Cómputo de tiempo no territorial, 46
 - En escuela primaria
 - Hora cátedra, 80
 - No cómputo en establecimiento de secundaria
 - Recursos del Sistema General de Participaciones, 92
 - Validación, 92
- Prestación gratuita, 40
- Recompensa
 - Conducta inhumana, 36
- Sobreviviente
 - Agente de la Policía Nacional
 - Principio de favorabilidad, 32
 - Principio de retroactividad, 32
- Sustitución
 - Asignación de retiro
 - Reconocimiento
 - Cónyuge y compañera permanente
 - Pago compartido, 164
 - Cónyuge de oficial del Ejército
 - Prescripción trienal, 161
 - Principio de retroactividad
 - Reconocimiento
 - Cónyuge, compañera permanente y pareja del mismo sexo, 155
 - Hija célibe de militares
 - Derecho a la igualdad, 171
 - Libre desarrollo de la personalidad, 171
 - Hijos menores e hijas célibes de militares, 157
 - Pareja del mismo sexo, 155
 - Viuda e hijos legítimos de militares, 158
 - Reconocimiento a compañera permanente
 - Mejor derecho frente a cónyuge, 155
 - Viuda e hijos de Congresista
 - Permanencia en estado de viudez, 158
- Vitalicia
 - Sustitución
 - Reconocimiento
 - Nietos legítimos de funcionario público de la época de la Independencia, 149

PRESTACIONES SOCIALES

- Bonificación especial o quinquenio
 - Contraloría General de la República, 386
- Pensión de jubilación
 - Factor salarial
 - Liquidación, 386

Bonificación por compensación

- Liquidación
 - Inclusión del auxilio de cesantía, 395
- Magistrados de Altas Cortes, 395

Cesantía

- Pago adicional por tiempo de servicio mayor a 20 años, 363
- Pago parcial
 - Compra de vivienda, 361
- Reconocimiento
 - A empleado retirado del servicio improcedencia, 350

Detectives

- Asimilación a personal uniformado de la Policía Nacional, 399

Prima de actividad

- Compatibilidad con asignación, 401
- Militares recluidos en lazaretos, 401

Prima de actualización

- Asignación de retiro
 - Factor pensional, 405
- Prescripción, 405

Prima de retiro por jubilación

- Naturaleza, 401

Prima de riesgo

- Factor pensional, 405
- Factor salarial, 410

Prima de servicio docente

- No consagración legal, 413

Prima especial

- Ingreso base de liquidación de prestación social, 408

Prima especial

- Fiscalía General de la Nación, 436

Prima técnica por formación avanzada

- Beneficiarios, 416

Empleados de carrera de la DIAN

- Ingreso automático, 416

Sanción moratoria

- Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
 - Procedencia, 365
- Cesantía anualizada, 373
- Cesantía retroactiva, 373
- Pago, 365
- Prescripción
 - Conteo del término, 365
- Proceso ejecutivo
 - Jurisdicción competente, 365

Subsidio familiar

- Liquidación, 419
- Oficiales y suboficiales pensionados por invalidez, 419

Viáticos

- No son factor de liquidación pensional, 422
- Son factor de liquidación pensional percibidos más de 180 días, 426

R

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Destitución de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

- Indignidad o mala conducta
 - Competencia, 283
- Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
 - Juez competente, 294
- Potestad sancionatoria
 - Prescripción
 - Conteo del término, 291
- Principio de proporcionalidad
 - Graduación de la falta, 300

Retiro del servicio

- Acción de nulidad y restablecimiento
 - Caducidad
 - Conteo del término, 302
- Sanción a Consejeros de Estado
 - Competencia, 277
- Sanción de retiro del servicio
 - Acción de nulidad y restablecimiento
 - Competencia, 294
- Sanción disciplinaria
 - Acción de nulidad y restablecimiento
 - Caducidad
 - Conteo del término, 302
 - Control judicial
 - Alcance, 308
- Sanción disciplinaria a Magistrados de Tribunal Administrativo del Atlántico
 - Orden de receso y suspensión de términos judiciales
 - Carnaval de Barranquilla, 287
- Suspensión funcionario de carrera
 - Falta a deberes profesionales, 280
 - Término para definir situación disciplinaria, 280

REINTEGRO AL SERVICIO

- Descuento de salarios y prestaciones
 - Doble asignación del tesoro público
 - No vulneración, 262
- Estado de embarazo
 - Indemnización especial, 265
- Funcionario pensionado
 - Excepción de percibir más de una asignación del tesoro público, 271
- Por orden judicial
 - No requiere posesión, 257
- Suspensión por orden judicial
 - Reintegro
 - Pago de salario y prestaciones, 288

RETIRO DEL SERVICIO

- Abandono del cargo
 - Calamidad doméstica, 433
- Declaración
 - No requiere proceso disciplinario previo, 436
 - Licencia remunerada, 433
- Calificación insatisfactoria
 - Debido proceso. Derecho de defensa, 438
 - Evaluación y actas de comisión de carrera
 - No son reservadas, 438
- Derecho a pensión de jubilación
 - Empleado de carrera, 481
 - Facultad administrativa, 481
- Destitución
 - Empleado de carrera directiva sindicato
 - Falta de moral en funciones sindicales, 442
 - Libre nombramiento y remoción
 - Conducta poco diligente y cuidadoso, 444
- Edad de retiro forzoso
 - Reconocimiento pensión de jubilación, 483
- Insubsistencia
 - Acto de insubsistencia
 - No debe ser motivado, 454
 - Competencia
 - Funcionario delegante, 461
 - Criterio de razonabilidad y proporcionalidad, 448
 - De empleado de carrera que desempeña cargo de libre nombramiento y remoción, 448
 - Docente pensionado llamado nuevamente al cargo
 - Procedencia, 452

- Empleado en provisionalidad
 - No debe ser motivado, 466
- Empleado en provisionalidad con limitación física
 - Retén social, 474
- Empleado en provisionalidad en vigencia de la Ley 909 de 2004, 477
- Empleado provisional, 477
- Falta de idoneidad en el desempeño del cargo
 - Improcedencia de sanción disciplinaria, 454
- Funcionario de la Rama Judicial
 - Inhabilidad sobreviniente
 - Medida de aseguramiento, 471
 - Motivado en sanción disciplinaria, 454
- Participación en huelga de servicio público, 464
- Por inconveniencia en el DAS
 - Improcedencia, 464
- Por supresión de cargo, 474
- Pretermisión de proceso disciplinario, 454
- Remoción de cargo
 - En interinidad de quien desempeña cargo en propiedad, 446
- Por derecho a pensión de jubilación
 - Potestad reglamentaria, 483
- Renuncia
 - Aceptación sin haber sido presentada, 490
 - Requisitos, 493
 - Retiro
 - No limita la facultad discrecional, 507
- Retiro del servicio de las Fuerza Militares
 - Facultad discrecional
 - Motivos de confianza y moralidad, 507
- Retiro del servicio de la fuerza pública
- Contencioso de nulidad
 - No da lugar a pago de salarios, 499
- Por facultad discrecional
 - Limites, 507
- Por invalidez relativa
 - No reconocimiento de sueldo de retiro, 501
- Retiro absoluto del servicio militar
 - Decretada por autoridad judicial, 497
 - Delito común o militar, 497
- Reintegro
 - Autorización del Senado de la República, 497
- Retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios
 - Desviación de poder, 510
 - Proporcionalidad, 510
- Supresión de cargo
 - Estudio técnico
 - Expedición, 520
 - Expedición irregular, 522
 - Oportunidad, 520
- Supresión de cargo de maestro ambulante
 - Competencia, 518
- Supresión del cargo
 - Empleada embarazada
 - Procedencia, 527
 - Prepensionado
 - Estabilidad laboral reforzada, 531
- Suspensión del cargo por orden judicial
 - Pago de salarios, 516
- Suspensión en el cargo
 - Denuncia penal, 514

S

SALARIO

- Empleados departamentales, 335

- Encargo
 - Remuneración, 335
 - Fijación. Competencia, 335
 - Incremento anual
 - Acto administrativo
 - Motivación, 350
 - Pago en moneda extranjera, 337
 - Pago por desempeño de dos cargos
 - Doble asignación del tesoro público
 - Excepción, 271
 - Rama Judicial
 - Incremento anual
 - Determinación en el régimen antiguo, 341
 - Empleados del régimen antiguo, 369
 - Reajuste del 20%
 - Soldado voluntario, 347
 - Reconocimiento
 - Miembro del Ejército con enfermedad de Hansen
 - Incompatibilidad con sueldo de retiro, 331
 - Reconocimiento, 331
 - Servidor del servicio exterior
 - Pago en moneda extranjera, 337
 - Sobresueldo
 - Militares trasladados a región amazónica, 337
- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN**
- Abandono del cargo
 - Declaración
 - No requiere proceso disciplinario previo, 436
 - Asignación de Retiro
 - Reajuste
 - Índice de precios al consumidor, 32
 - Bonificación especial o quinquenio
 - Pensión de jubilación
 - Factor salarial
 - Liquidación, 386
 - Bonificación por compensación
 - Liquidación
 - Inclusión del auxilio de cesantía, 395
 - Empleado en provisionalidad
 - No debe ser motivado, 474
 - Monto de las pensiones de jubilación del sector público, 119
 - Non reformatio in pejus*
 - Apelante único
 - No puede hacerse más gravosa la situación, 588
 - Pensión de invalidez
 - Fuerza Armadas
 - Sistema Integral de Seguridad Social
 - Aplicación, 104
 - Pensión de jubilación
 - Factores
 - No taxatividad, 110
 - Rama judicial
 - Exmagistrados Altas Cortes
 - Reajuste especial, 133
 - Magistrados Altas Cortes
 - Régimen especial
 - Topes, 141
 - Tiempo de servicio
 - Cómputo
 - Prestado en el sector público y privado, 145
 - Reconocimiento con base en norma territorial
 - Convención colectiva, 119
 - Pensión gracia

Empleados administrativos de escuela normal, 68

Reconocimiento con base en tiempo de servicio prestado como hora cátedra, 80

Prima de actualización

 Prescripción, 405

Prima de riesgo

 Factor pensional, 440

Prima de servicio docente

 No consagración legal, 413

Prima especial de la Fiscalía General de la Nación

 Ingreso base de liquidación de prestación social, 408

Prima técnica por formación avanzada

 Empleados de carrera de la DIAN, 416

Rama Judicial

 Incremento anual

 Empleados del régimen antiguo, 345

Régimen disciplinario

 Retiro del servicio

 Acción de nulidad y restablecimiento

 Caducidad

 Conteo del término, 302

 Sanción de retiro del servicio

 Acción de nulidad y restablecimiento

 Competencia, 294

Sanción disciplinaria

 Control judicial

 Alcance, 308

Salario

 Reajuste del 20%

 Soldado voluntario, 347

Sanción moratoria

Pago, 368

Supresión de cargo

 Estudio técnico

 Expedición irregular, 520

 Expedición, oportunidad, 522

Viáticos

 No son factor de liquidación pensional, 422

SINDICATO

Estatutos

 Modificación

 Competencia, 245

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Comisión de estudios

 Insubsistencia

 Procedencia, 544

Comisión de estudios en el exterior

 No renuncia de sueldos, 539

Licencia

 Otorgamiento

 Procedencia, 535

Licencia no remunerada

 Abandono de cargo. improcedencia, 546

Prórroga

 Justa causa, 542

 Prórroga, 546

Vacaciones

 Fraccionamiento

 Prohibición, 537

T

TRABAJO SUPLEMENTARIO

Hora extra

 No pago, 559

Reconocimiento, 563

Jornada de trabajo, 561

Jornada nocturna, 559

Trabajo en feriados y festivos, 561

TRASLADO

Cargo de inferior categoría, 551

Docente escalafonado

 Procedencia, 555

No desmejora categoría y sueldo, 553

LISTADO DE CONSEJEROS DE ESTADO 1817-2017

NOMBRE	INICIO DE PERIODO	NOMBRE	INICIO DE PERIODO
A			
Abad Mesa, Elías	1936	Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando	2009
Abadía Méndez, Miguel	1920	Benavides G., Gonzalo	1925
Abella Zárate, Jaime	1986	Benavides Melo, Guillermo	1986
Abello Noguera, Osvaldo	1971	Benavides Patrón, Juan	1966
Abello Salcedo, Rafael	1924	Bermúdez Bermúdez, Lucy Jeannette	2013
Acero Pimentel, Enrique	1966	Bermúdez, José Francisco	1828
Acosta A., Guillermo	1951	Betancourt, Antonio José	1817
Aguilar Vélez, Eduardo	1971	Betancur Cuartas, Jaime	1973
Aldana Duque, Hernán Guillermo	1986	Betancur Jaramillo, Carlos	1977
Alvarado Ardila, Víctor Hernando	2009	Betancur Rey, Miguel	1984
Alvarado Pantoja, Luis Antonio	1987	Bonilla Gutiérrez, Ricardo	1961
Álvarez Jaramillo, Luis Fernando	2005	Bonivento, José Alejandro	1984
Amaya Navas, Oscar Darío	2016	Borrero, Eusebio	1841
Andrade Rincón, Hernán	2010	Borrero, Vicente	1830
Anzola Escobar, Daniel	1950	Briceño de Valencia, Martha Teresa	2008
Anzola Linares, Aydée	1978	Briceño Méndez, Pedro	1821
Anzola, Nicasio	1926	Brion, Luis	1817
Aponte Santos, Gustavo Eduardo	2003	Buenahora, Manuel	1954
Arango Henao, Alfonso	1966	Buitrago de Valencia, Susana	2007
Arango Mantilla, Alberto	1999	Buitrago Hurtado, Samuel	1977
Arango Reyes, Samuel	1976	Bula Escobar, Germán Alberto	2013
Aranzazu, Juan de Dios	1840	Burbano, Sergio A.	1920
Araújo Oñate, Rocío	2015		
Arboleda Perdomo, Enrique José	2004	C	
Arboleda Valencia, José Enrique	1955	Caballero Sierra, Gaspar	1985
Arciniegas Andrade, Camilo	2000	Cáceres Corrales, Pablo	1990
Arciniegas Baedecker, Reynaldo	1984	Cáceres Toro, Tarcisio	2000
Arciniegas, Belisario	1968	Caicedo, Domingo	1830
Arenas Monsalve, Gerardo	2008	Camacho Rodríguez, Nemesio	1966
Ariza Muñoz, Ernesto Rafael	1991	Camacho Roldán, Salvador	1840
Arrieta Padilla, Carlos Gustavo	1990	Campuzano M., Arturo	1919
Arrieta, Carlos Gustavo	1960	Canabal, Eusebio María	1833
Ayala Mantilla, Germán	1996	Cancino, Junio E.	1930
Azuero, Vicente	1830	Cárdenas, Miguel Antonio	1977
		Carmona, Francisco	1831
B		Caro, Miguel Antonio	1886
Badel, Anfbal	1943	Carreño M., Gabriel	1943
Baralt, Luis Andrés	1828	Carrera, Arturo	1940
Barco, Constantino	1926	Carrillo Ballesteros, Jesús María	1996
Barreto Ruiz, Joaquín	1989	Carvajal Basto, Stella Jeannette	2016
		Casas, José Joaquín	1922
		Castilla Saiz, Alfonso	1971

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Castillo y Rada, José María	1821
Castro, Félix	1840
Castro, Ismael E.	1918
Caycedo y Flórez, Fernando	1828
Cepeda, Isaías	1936
Chahín Lizcano, Guillermo	1990
Charry, Arcadio	1926
Chavarro Buriticá, Reinaldo	1999
Chaves García, Milton	2017
Conde, Francisco	1817
Conto Díaz del Castillo, Stella	2010
Correa Palacio, Ruth Stella	2004
Correa Restrepo, Julio Enrique	1996
Correa, Ramón	1919
Corredor Rodríguez, Víctor	1985
Cortés, Félix	1929
Croatas Londoño C., Arturo	1966
Cuevas, Francisco Javier	1828

D

Dangond D., Manuel A.	1950
Dangond Flórez, Jorge	1978
Dávila Flórez, Manuel	1914
Dávila Hernández, Jorge	1971
De Greiff Restrepo, Gustavo	1990
De Guzmán, Diego Rafael	1905
De Icaza, Martín Santiago	1828
De Irisarri Restrepo, Antonio José	1986
De La Lombana de Magyaroff, Miren	1992
De la Torre, Alfonso Ángel	1979
De Márquez, José Ignacio	1830
De Sola R., Samuel	1966
Del Río, Juan García	1830
Díaz Bueno, Javier	1997
Domínguez Molina, Alejandro	1960

E

Escobar C., Antonio	1939
Escudero Castro, Silvio	1997
España, José	1817
Espinar, José	1828
Estevez, José María	1832
Estrada M., Jesús	1950

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

F

F, Andrés Augusto	1960
Fajardo Gómez, Mauricio	2006
Forero de Castro, Clara	1988
Franco V., Justo	1946

G

Gaitán Azuero, Gonzalo	1939
Galán R., Baudilio	1950
Galindo Pinilla, Carlos	1973
García González, María Elizabeth	2010
García Hernández, José María	1922
Gil Botero, Enrique de Jesús	2006
Giraldo Giraldo, William	2009
Giraldo Gómez, María Elena	1999
Giraldo López, Oswaldo	2017
Gnecco Laborde, José	1905
Gómez Aranguren, Gustavo Eduardo	2007
Gómez Leyva, Delio	1993
Gómez M., Hernando	1968
Gómez N., Pedro A.	1930
Gómez Parra, Pedro	1950
Gómez V., Pedro	1960
Gómez, Diego F.	1833
Gómez, Francisco Eladio	1960
Gómez, Román	1931
González Charry, Guillermo	1960
González López, Edgar	2016
González Rodríguez, Miguel	1988
Gori y Álvarez de Castro, José Joaquín	1840
Granados Motta, Esteban	1935
Gual, Pedro	1821
Guerrero de Escobar, Myriam	2007
Gutiérrez M., Ricardo	1956
Gutiérrez Moreno, Agustín	1831
Gutiérrez Velásquez, Amado	1988

H

Henaó Hidrón, Javier	1987
Hernández, Pedro	1817
Hernández Becerra, Augusto	2010
Hernández Enríquez, Alier Eduardo	1999
Hernández G., Luis	1927

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Hernández Gómez, William	2015
Hernández Mora, Alberto	1966
Hernández Pinzón, Maria Nohemí	2003
Hernández R., Gustavo	1939
Hernández Sáenz, Juan	1968
Hernández, Guillermo	1945
Holguín Holguín, Andrés	1967
Holguín, Jorge	1914
Hoyos Duque, Ricardo	1997
Hoyos Salazar, César	1996

I

Ibarra Vélez, Sandra Lisset	2014
-----------------------------	------

J

Jaramillo Mejía, Luis Eduardo	1992
Jaramillo V., Lucrecio	1971
Jiménez L., Manuel	1919
Jiménez Ochoa, Filemón	2003

L

Lamus Girón, Jorge	1944
Larrea, Modesto	1828
Latorre Rueda, Mario	1972
Lecompte Luna, Álvaro	1988
Lecuna, Vicente	1817
Lemos Bustamante, Jesús María	2000
Lleras Pizarro, Miguel	1969
Llorente, José A.	1915
Londoño Cardona, Euclides	1988
López Aldana, Francisco de Paula	1833
López Díaz, Ligia	2001
López, José Hilario	1830
López, Sr.	1831
Low Mutra, Enrique	1979
Lozano y Lozano, Carlos	1938

M

Malo, Antonio	1840
Manrique Guzmán, Daniel	1998
Marín, María Adriana	2017
Marmolejo, José M.	1971

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Márquez, Próspero	1914
Marriaga, Rafael	1955
Marroquín, José Manuel	1899
Martínez, Juan	1817
Martínez Conn, Carmelo	1980
Medina López, Roberto	1999
Meluk, Alfonso	1960
Méndez, Ildefonso	1953
Méndez, Mario Alario	1996
Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo	1999
Mendoza Pérez, Francisco	1833
Mesa, Luis A.	1899
Miranda, Ramón	1937
Monsalve, José Dolóres	1905
Montes de Echeverri, Susana	2002
Montes Hernández, Juan de Dios	1991
Montes, Rafael A.	1921
Montilla, Tomás	1817
Mora Osejo, Humberto	1971
Moreno García, Jaime	2005
Moreno Rubio, Carlos Enrique	2015
Mosquera y Arboleda, Joaquín Mariano	1828
Mosquera, Rafael	1832
Muñoz, Adriano	1914

N

Namén Vargas, Álvaro	2013
Navarrete Barrero, Olga Inés	1999
Neira M., Guillermo	1946
Núñez, Ricardo	1886

O

Obando, José María	1831
Olaya Forero, Ana Margarita	1999
Olmedo, José Joaquín	1828
Orbegozo, Francisco de P.	1840
Ordóñez Maldonado, Alejandro	2000
Orejuela Gómez, Álvaro	1968
Orjuela Góngora, Carlos Arturo	1994
Ortega, José María	1828
Ortiz Amaya, Bernardo	1974
Ortiz Barbosa, María Inés	2001
Ortiz de Rodríguez, Carmen Teresa	2010
Osorio Isaza, Luis Camilo	1995
Osorio, Alejandro	1828

NOMBRE	INICIO DE PERIODO
Ospina, Pedro Nel	1918
Ossa, José María	1817
Ostau De Lafont Pianetta, Rafael Enrique	2003

P

Pájaro Peñaranda, Nicolás	1997
Palacio Hincapié, Juan Ángel	2000
Palomino Cortés, César	2016
Pardo, Manuel	1831
Paredes Tamayo, Jaime	1978
París, Joaquín	1830
Payán, Eliseo	1886
Pazos Guerrero, Ramiro de Jesús	2013
Peñara de Arenas, Dolly	1990
Penen Deltieure, Jorge	1988
Peñalver, Fernando	1817
Peñaranda A., Guillermo	1937
Peraza, Luis	1817
Perdomo Cuéter, Carmelo	2015
Pereira, José Francisco	1840
Pérez Escobar, Jacobo	1979
Pérez Velasco, Mario Enrique	1978
Pérez Vives, Álvaro	1976
Pérez y Soto, Juan B.	1899
Pérez, Victor M.	1931
Perilla V., Jesús	1914
Pey, José Miguel	1830
Pineda de C., Álvaro	1950
Pinzón, Próspero	1893
Piñeros y P., Eduardo	1950
Piñeros, Marco	1978
Piza Rodríguez, Julio Roberto	2017
Polo Figueroa, Juan Alberto	1996
Porras, Demetrio	1886
Porras, José Ángel	1899
Portocarrero Mutis, Carlos	1965
Prieto, Antonio José	1950
Pumar, Miguel	1828
Pumarejo, Alberto	1936

Q

Quijano, Arturo	1917
Quijano, Manuel María	1831
Quintero Calderón, Guillermo	1899

NOMBRE	INICIO DE PERIODO
Quiñones Pinilla, Darío	1999
Quiñones, Pedro Martín	1930

R

Ramírez De Páez, Bertha Lucia	2006
Ramírez Ramírez, Jorge Octavio	2013
Rebollo, Manuel Benito	1832
Restrepo Briceño, Fernando	1924
Restrepo Piedrahita, Carlos	1975
Restrepo, Carlos Aníbal	1977
Restrepo, Félix	1821
Restrepo, José Manuel	1821
Restrepo, Juan Pablo	1886
Revenga, José Rafael	1828
Reyes Posada, Ignacio	1978
Rico, Luis Carlos	1886
Rieux, Sr.	1830
Rivadeneira, Carlos	1939
Rodríguez Arce, Flavio Augusto	1999
Rodríguez M., Mario	1974
Rodríguez Navas, Jaime Enrique	2016
Rodríguez Rodríguez, Libardo	1990
Rodríguez Rodríguez, Simón	1984
Rodríguez S., Gonzalo	1956
Rodríguez Villamizar, Germán	1998
Rodríguez, Gustavo Humberto	1981
Rodríguez, Pedro Alejo	1929
Rojas Arbeláez, Gabriel	1960
Rojas Betancourth, Danilo	2010
Rojas Lasso, María Claudia	2008
Rojas Serrano, Yesid	1992
Romero Díaz, Héctor	2004
Romero, Elías	1919
Rosales, Luis Felipe	1914
Rosales, Ramón	1920
Rueda Briceño, Rafael	1954

S

Saavedra Becerra, Ramiro	2003
Sáchica Aponte, Luis Carlos	1969
Salazar Tapiero, Gustavo	1968
Samper Madrid, Francisco	1937
Sánchez Luque, Guillermo	2015
Sánchez Sánchez, Hernando	2017

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Santamaría, Raimundo	1831
Santander, Francisco de Paula	1821
Santofimio Gamboa, Jaime Orlando	2010
Sanz Tobón, Martha Sofía	2006
Sarría Olcos, Consuelo	1987
Sedeño, Manuel	1817
Segovia, Lácides	1917
Sepúlveda Mejía, Diógenes	1939
Serrato Valdés, Roberto Augusto	2015
Soto Montes de Oca, Francisco	1831
Sotomayor, Juan Fernández	1830
Soublette, Carlos	1828
Suárez Franco, Roberto	1981
Suárez Hernández, Daniel	1991
Suárez Vargas, Rafael Francisco	2016
Suescún Monroy, Eduardo	1980

T

Tafur Herrán, Rafael	1971
Talavera, Mariano	1828
Tanco Armero, Nicolás M.	1828
Tapias P, Arturo	1966
Tascón, Tulio Enrique	1938
Tejada, Clodomiro	1886
Tirado Macías, Ricardo	1936
Torres Cuervo, Mauricio	2007
Torres Niño, Nicolás	1938
Torres, Jerónimo	1828
Tovar, Bernardino	1833
Trejos Jaramillo, Augusto	1997
Tribín, Adriano	1905
Trujillo Arroyo, Juan C.	1905

U

Urbano Múnera, José	1950
Urdaneta, Rafael	1828
Uribe Acosta, Julio César	1984
Uribe Escobar, Ricardo	1945
Uribe Holguín, Ricardo	1976
Uribe Restrepo, Miguel	1832
Urueta Ayola, Manuel Santiago	1996

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

V

Valbuena Hernández, Gabriel	2015
Valbuena, Gustavo A.	1946
Valdiviezo, J. Felis	1828
Valencia Arango, Horacio	1930
Valencia Arango, Jorge	1976
Valencia, Joaquín	1886
Valencia, Miguel Antonio	1840
Vallarino, José	1832
Valle de De la Hoz, Olga Mélida	2010
Valverde R., José A.	1925
Vanin Tello, Joaquín	1982
Vargas Ayala, Guillermo	2012
Vargas Rincón, Alfonso	2007
Vargas T., José A.	1926
Velasco Álvarez, Jorge	1960
Velásquez Rico, Marta Nubia	2015
Velásquez, Jorge A.	1961
Vélez Barrientos, Alejandro	1831
Vélez, Bonifacio	1914
Vélez, Jorge	1920
Velilla Moreno, Marco Antonio	2006
Vergara Quintero, Luis Rafael	2008
Vergara y Sanz de Santamaría, Estanislao	1828
Viana Patiño, Miguel	1993
Vieira Puerta, Rodrigo	1990

Y

Yepes Barreiro, Alberto	2011
Younes Moreno, Diego	1990

Z

Zambrano Barrera, Carlos Alberto	2011
Zambrano Cetina, William	2007
Zea, Francisco Antonio	1817
Zerda, Sixto A.	1918
Zuleta Ángel, Alberto	1967



**DISEÑO, DIAGRAMACIÓN
E IMPRESIÓN**

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia