CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: William Hernández Gómez

Bogotá, D. C., 19 de abril de 2018

Radicación:	25000-23-42-000-2013-03880-01
Número interno:	2586-2016
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Ana Mercedes Rojas Sánchez
Demandado:	Nación-Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-0048-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Ana Mercedes Rojas Sánchez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

Pretensiones[1]

1.- Declarar la nulidad del oficio 61308 MMDNSGDALGNG-1.10 de 4 de julio de 2004, que le negó el reconocimiento de la prima de actividad y subsidio familiar, prestaciones previstas en los artículos 38 y 49 del Decreto 1214 de 1990, para los empleados civiles no uniformados.

2.- Condenar a la demandada al pago de la prima de actividad, subsidio familiar y todos los demás haberes consagrados para el personal no uniformado al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, por todo el tiempo servido en el Ministerio de Defensa Nacional, en particular la prima de alimentación, cesantías y los tres meses de alta por retiro, que nunca le pagaron por pertenecer a la planta del comisionado nacional de la policía (artículos 39, 102, 114 y 115 del Decreto 1214 de 1990); sumas debidamente actualizadas con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

3.- Ordenar el reajuste de todos los «[…] haberes laborales, que se hubieran visto afectados en razón del no pago de sus derechos» y de los aportes al fondo de pensiones al que se encuentra afiliada.

4.- Se paguen intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.

5.- Se condene en costas a la demandada.

---

[1] Ff. 60 y 61.

Fundamentos fácticos[2]

1.- Mediante Decreto 1214 de 1990, se estableció el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional.

2.- La Ley 62 de 1993, creó el cargo de comisionado nacional para la Policía y el Decreto 1810 de 1994, determinó su planta de personal; posteriormente los Decretos 1932 de 1999, 1512 de 2000, 049 de 2003, modificaron la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y conservaron al aludido comisionado como dependiente directo del despacho del ministro.

3.- El Consejo de Estado a través de sentencia de 27 de octubre de 2011, anuló los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, por contener un régimen prestacional discriminatorio para el personal que prestaba sus servicios en la oficina del comisionado, habida cuenta que excluía las asignaciones, primas, subsidios y demás haberes laborales del Decreto 1214 de 1990, para el personal civil no uniformado al servicio de dependencias del Ministerio de Defensa.

4.- La demandante prestó sus servicios, desde el 24 de junio de 1996, en la oficina del comisionado nacional para la Policía, por la supresión de cargos del Decreto 3122 de 2007 fue incorporada en la dirección general de sanidad de la Policía Nacional y se retiró del servicio el 29 de febrero de 2008.

5.- Junto con otros funcionarios, pidió del Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de las prestaciones previstas en el Decreto 1214 de 1990 y demás haberes a que tienen derecho los empleados civiles no uniformados al servicio de dependencias del ministerio, que fueron negados por el oficio 61308 MDNSGDALGNG-1.10, del 4 de julio de 2012

[2] Ff. 61 y 62.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba[3].

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, a modo de antecedentes, se realiza el resumen de la audiencia inicial celebrada en el presente proceso.

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)[4]

Bien podría decirse que esta figura, esta figura insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo[5].

En el asunto *sub examine* en el folio 138, se observa que se declaró no probada la excepción de «indebida o incapacidad de representación del demandado», en razón a que la demanda está dirigida contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional. Respecto de la denominada «pago de lo no

---

[3] Hernández Gómez William, consejero de Estado, sección Segunda. Módulo: Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.
[4] Ff. 138 a 140 y CD en folio 140A.
[5] Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, sección cuarta. Módulo: El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

debido» se adujo que corresponde a un argumento de defensa que se resuelve con el fondo del asunto.

Contra dicha decisión no hubo pronunciamiento de las partes ni se presentaron recurso (f. 138).

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)[6]

Esta importante etapa procesal es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última[7].

En el presente caso a folio 138 en la audiencia inicial se fijó el litigio solo respecto al problema jurídico en los siguientes términos:

> […] determinar si a la señora Ana mercedes rojas Sánchez, le asiste el derecho a que se le reconozcan y paguen los haberes laborales contemplados en el Título III del Decreto 1214 de 1990, al haber laborado en la Oficina de (sic) Comisionado de la Policía Nacional, ante la anulación de los artículos 2º y 3º del Decreto 1810 de 1994, decretado por el Consejo de Estado en la sentencia de 29 de septiembre de 2011[…].

SENTENCIA APELADA[8]

El *a quo* profirió sentencia escrita, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

---

[6] Ff. 138 y CD en folio 140A

[7] Hernández Gómez William, consejero de Estado, sección segunda. Módulo: Audiencia inicial y audiencia de pruebas, 2015. EJRLB

[8] Ff. 141 a 159.

Después del recuento del marco jurídico, señaló que el Consejo de Estado mediante sentencia de 29 de septiembre de 2011[9], declaró la nulidad de los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, «por el cual se establece la planta de personal del Comisionado Nacional para la Policía», por considerar que el Gobierno Nacional a través de un decreto reglamentario no podía excluir del régimen prestacional de los Decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2002 al personal civil de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, es decir, determinar el régimen prestacional de estos empleados habida cuenta que dicha competencia era del congreso de la República.

En efecto, indicó que en la citada sentencia se determinó que la oficina del comisionado nacional para la Policía era una dependencia directa del despacho del Ministro de Defensa Nacional, sus funcionarios hacían parte del personal civil no uniformado del ministerio y eran beneficiarios de las prerrogativas contempladas en el título III del Decreto 1214 de 1990 y no del régimen prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutiva.

En las anteriores condiciones, la demandante prestó sus servicios en la oficina del comisionado nacional para la Policía Nacional, como profesional especializado, código 2028, grado 15, desde el 24 de junio de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2007, y fue reubicada en la dirección de sanidad de la Policía Nacional, como profesional de defensa, desde el 1.º de octubre de 2007, hasta el 1.º de marzo de 2008.

Así las cosas, en su condición de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad, desde el 24 de junio de 1996 hasta el 1.º de marzo de 2008 y los demás haberes contemplados en el Decreto 1214 «[…] de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos para acceder a los mismos por parte de la actora»; no ocurre lo mismo con el subsidio familiar, «[…] ya que no

[9] Con ponencia del entonces consejero de Estado Alfonso Vargas Rincón, radicado 0029-2009.

demuestra, a pesar que lo afirme en el escrito de demanda, que haya tenido hijos o contraído matrimonio».

Finalmente, indicó que en el presente asunto no operó la prescripción porque, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, las prestaciones reconocidas a la demandante fueron exigibles a partir de la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad de los artículos 2.º y 3.º del Decreto 1810 de 1994 (29 de septiembre de 2011), y, toda vez, que presentó la petición el 11 de mayo de 2012, no transcurrieron más de los 4 años que señala el Decreto 1214 de 1990.

Por tanto: (i) declaró la nulidad parcial del Oficio 61308 MDNSGDALGNG-1.10 del 4 de julio de 2012; (ii) ordenó al Ministerio de Defensa Nacional reconocer y pagar a la demandante, de forma indexada, la prima de actividad y los demás haberes contemplados en el Decreto 1214 «[…] de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos para acceder a los mismos por parte de la actora»; (iii) negó el reconocimiento del subsidio familiar; y (iv)ordenó a la demandada, reconocer y pagar las diferencias que resulten de la liquidación de las prestaciones recibidas como consecuencia del impacto que sobre ellas pueda tener el reconocimiento de la prima de actividad.

RECURSO DE APELACIÓN[10]

Inconforme con la decisión el apoderado de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, solicitó «[…] se NIEGUEN las pretensiones de la demanda, revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia absolver a la Policía Nacional de toda responsabilidad», para lo cual arguye:

i) Que el medio de control está afectado de caducidad, habida cuenta que el oficio demandado es del 4 de julio de 2012, la «convocatoria» a la conciliación

[10] Ff. 165 a 172.

fue el 2 de noviembre siguiente, la audiencia se llevó a cabo el 4 de febrero de 2013 y la demanda contenciosa se radicó el 13 de febrero siguiente, por lo que estima que esta se instauró a los 4 meses y 7 días.

ii) El acto administrativo demandado contenido en el oficio 61308 MDNSGDALGNF-1.10 de 4 de julio de 2012, fue suscrito por el director de asuntos legales del Ministerio de Defensa Nacional y no por ninguna de las direcciones o comandos de la Policía Nacional, por lo que este organismo (Policía Nacional) no puede ser ni vinculado ni declarado responsable, en virtud a la figura de la desconcentración administrativa.

Alude, que si bien la Policía Nacional es una organización administrativa que depende del Ministerio de Defensa Nacional, la oficina del comisionado nacional para la Policía nunca hizo parte de su estructura y cita la normativa que le atañe a esta dependencia, de donde colige que hizo parte de la estructura orgánica del referido ministerio y no de esa institución policial.

iii) Menciona, que la demandante requiere los haberes que no le pagaron por pertenecer a la planta de la oficina del comisionado nacional de la Policía, pero no cuando laboró al servicio de la Policía Nacional-dirección de sanidad, por lo que considera es al Ministerio de Defensa ante quien debe reclamarlos y cita el artículo 6 del Decreto 1512 de 2000, que modifica la estructura de esta cartera.

iv) Con fundamento en el numeral 4.º del artículo 133 del Código General del Proceso, pide se declare la nulidad procesal por indebida representación de la parte demandada y, para remediarlo, se llame al Ministerio de Defensa, con el ánimo de no vulnerar su derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y de defensa, que tienen todas las instituciones del Estado.

v) Reitera la excepción de «pago de lo no debido», en consideración a que la demandante no tenía vínculo laboral con la Policía Nacional, porque el

Decreto 1810 de 1994, estableció la planta de personal del comisionado nacional para la Policía y el Decreto 1512 de 2000, que modificó la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, la incluyó en el despacho del ministro y no de la Policía Nacional, por lo que no es esta última la llamada a responder.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante[11]: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda encaminados a que (i) ninguna reubicación laboral puede desmejorar los derechos de un funcionario y (ii) el régimen de sanidad militar o de policía no es aplicable a los funcionarios reubicados de otras dependencias; cita de manera confusa apartes de algunas sentencias relacionadas con el tema.

Parte demandada[12]: El apoderado de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda y el recurso de apelación, para que (i) se anule el proceso por indebida representación, (ii) se decrete la caducidad de la acción y (ii) se revoque la sentencia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones.

Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto en segunda instancia, como se observa en el informe de secretaría en folio 225.

[11] Ff. 201 a 215.
[12] F. 246.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[13], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo preceptuado por el artículo 328 del Código General del Proceso (CGP)[14], el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

En ese orden, el problema jurídico que se decide en esta instancia se circunscribe únicamente a los aspectos planteados en el recurso de alzada[15].

Manifestación de impedimento

---

[13] «El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia».

[14] «Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.
Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.
En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.
El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.
En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia».

[15] Ver las consideraciones de la sentencia de la sección segunda, subsección A, de 18 de enero de 2018, consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicación 19001-33-31-000-2011-00305-01(1733-16), demandante: Juvencio Chilito Chilito y demandado: departamento del Cauca.

El Consejero de Estado doctor Rafael Francisco Suárez Vargas manifestó su impedimento para conocer del presente proceso[16], por cuanto en su calidad de procurador delegado ante el Tribunal de Cundinamarca, actuó en el asunto de la referencia.

La Subsección encuentra fundadas las razones aducidas por el citado funcionario para separarse del conocimiento del presente asunto y configurada la causal prevista en el ordinal 2.º del artículo 141 del Código General del Proceso , teniendo en cuenta que visible a folio 140 de la actuación se advierte claramente que en su calidad de agente del Ministerio Público compareció a la audiencia inicial.

En consecuencia, se separará del conocimiento de la controversia de la referencia al Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas.

Cuestión previa

De la lectura del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación-Ministerio de Defensa Policía Nacional, se colige que (i) insiste en la nulidad por indebida representación de una de las partes, e (ii) interpone un nuevo medio exceptivo, el de caducidad.

Frente a la primera, observa la Sala que la misma argumentación se planteó en la contestación de la demanda, y el *a quo* resolvió en la audiencia inicial en la etapa de excepciones previas la denominada excepción de "indebida o incapacidad de representación del demandado", la cual declaró no probada al considerar que la demanda está dirigida contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional. Se resalta, que la decisión no fue objeto del recurso de apelación, al tenor del inciso cuarto del numeral 6.º del artículo 180 del CPACA, por lo que quedó en firme.

[16] Folio 225

No obstante, en razón a que el artículo 207 del CPACA prevé que el juez debe realizar el control de legalidad en cada etapa, para sanear los vicios que acarrean nulidades, estima la Sala que la petición de nulidad que presenta nuevamente la demandada, con base en el numeral 4.º del artículo 133 del CGP, es improcedente, comoquiera que el inciso quinto del artículo siguiente, esto es, el 134 *eiusdem*, determina que la «nulidad por indebida representación […] solo beneficiará a quien la haya invocado». Quiere decir lo anterior, que si, en gracia de discusión, en el *sub lite* fuera menester decretarla quien se beneficiaría con ello sería el Ministerio de Defensa y no la Policía Nacional, de donde se concluye que es dicha cartera la que estaría legitimada para alegarla.

En este sentido, al examinar el expediente, se concluye que: (i) la demanda se dirigió contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional (ff. 60 a 75); (ii) en el auto admisorio de 15 de agosto de 2013, se ordenó notificar al «señor MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, o a quien se haya delegado la facultad de recibir notificaciones» (f. 86); y (ii) el 27 de septiembre siguiente se radicó en el Ministerio de Defensa Nacional, oficina de gestión documental, bajo el número 33398, el aviso de notificación al ministro de Defensa Nacional, de conformidad con el artículo 320 del CPC.

Indica lo anterior, que el Ministerio de Defensa Nacional fue debidamente convocado y notificado a comparecer como demandado, sin embargo ha guardado silencio, pues quien contestó la demanda fue el apoderado designado por el secretario general de la Policía Nacional, en uso de las facultades conferidas en la Resolución 3969 de 30 de noviembre de 2006, con base en las que otorgó poder especial para representar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, quien ha representado al extremo pasivo de la Litis.

Así las cosas, por este aspecto no encuentra la Sala irregularidad alguna que impida pronunciar decisión de fondo en el asunto *sub examine*.

Respecto de la excepción de caducidad que se invoca en el recurso de alzada, la apelación no es la oportunidad procesal para proponerla, sino en la contestación de la demanda, en razón a que se debe decidir en la audiencia inicial, como lo ordena el numeral 6.º del artículo 180 del CPACA.

Problema jurídico.

Conforme al recurso de apelación, el problema jurídico que se resuelve en esta instancia, es en lo desfavorable a la parte demandada y se resume en el siguiente interrogante:

> ¿La demandante por haber laborado en la oficina del comisionado nacional para la Policía, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad del artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, toda vez que su situación jurídica no se encontraba consolidada al momento de la declaratoria de nulidad de los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, norma que la sometía al régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: la demandante tiene derecho a la prima de actividad como ex empleada de la oficina del comisionado para la oficina del comisionado nacional para la Policía, con base en los argumentos que se exponen a continuación

Naturaleza jurídica de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía

-La Ley 62 de 12 de agosto de 1993, creó el cargo de comisionado nacional para la Policía, con funciones de veeduría ciudadana y vigilancia del régimen

disciplinario de la Institución, la cual, en su artículo 21[17], ordenó al Gobierno Nacional determinar la estructura orgánica de su oficina, así como las funciones inherentes a su cargo.

-El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo antes referido, expidió el Decreto 1588 de 1994, que fijó la estructura interna de la oficina del comisionado nacional para la Policía y determinó las funciones de sus dependencias, definiéndola como una oficina especial de control de la Policía Nacional, y le otorgó autonomía presupuestal, con un rubro específico en el presupuesto general de gastos de la Nación.

-Posteriormente, el Decreto 1810 de 1994, previó la planta de personal de la aludida oficina del comisionado nacional para la Policía Nacional, que en sus artículos 2 y 3 señaló que sus funcionarios, estarían sometidos al régimen prestacional de los empleados públicos de la rama ejecutiva de que tratan los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y demás normas que los modifican o adicionan.

-Empero, estos artículos fueron declarados nulos por la sección segunda de Consejo de Estado, mediante sentencia de 29 de septiembre de 2011[18], por considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al excluir del régimen prestacional de los Decretos 1214 de 1990 y 1792 de 2002 al personal civil de la oficina del comisionado nacional para la Policía Nacional. Textualmente, señaló:

---

[17] El citado artículo, señala: «Créase el cargo de Comisionado Nacional para la Policía, el cual tendrá por objeto ejercer la vigilancia del régimen disciplinario y operacional y tramitar las quejas de la ciudadanía, sin perjuicio de la vigilancia que les corresponde a los organismos de control. El Comisionado Nacional para la Policía ejercerá las funciones de veeduría ciudadana y vigilancia del régimen disciplinario y opresiones policiales, verificando el estricto cumplimiento de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, directivas, disposiciones, órdenes y demás normas expedidas por el Director General para el correcto funcionamiento de las unidades orgánicas estructurales de la Institución y de ésta en conjunto. Estas actividades se cumplirán con dependencia funcional de la Dirección General, en los aspectos operativos y de coordinación en lo relacionado con el régimen disciplinario. El Gobierno Nacional determinará la estructura de la oficina del Comisionado Nacional para la Policía Nacional, así como las funciones inherentes a su cargo».

[18] Con ponencia del entonces consejero de Estado Alfonso Vargas Rincón, radicado interno 0029-2008.

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

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

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

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

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

[…]

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

Comisionado Nacional para la Policía, pues se atribuyó una competencia reservada a la Ley. Se anularán, los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994.

-En ese sentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación[19], en la sentencia de nulidad los efectos se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada, esto es, aquellas situaciones particulares que al momento de la ejecutoria del fallo que declaró la nulidad se debatieron ante las autoridades administrativas o que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo decidió sobre la legalidad de los actos proferidos con fundamento en la norma declarada nula.

-Por su parte, el Decreto 1512 de 11 de agosto 2000, modificó la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y señaló que la oficina del comisionado nacional para la Policía, es una dependencia del despacho del ministro. Asimismo, el artículo 1.º del Decreto 1792 de 14 de septiembre de 2000, determinó como personal civil, entre otros, aquellos que prestaran sus servicios para el Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional.

-En virtud de lo anterior, como la oficina del comisionado nacional para la Policía Nacional, hace parte de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional, se trata de una dependencia de esa cartera y sus empleados son considerados como personal civil del precitado ministerio, conforme los Decretos 1214 de 1990 y 1512 de 2000.
De la argumentación precedente se colige lo siguiente aplicado al presente asunto:

---

[19] Ver entre otras sentencias del Consejo de Estado, las siguientes: i) sección segunda, subsección A, de 9 de marzo de 2017, consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 4295-2013; y ii) sección primera, de 18 de septiembre de 2014, consejera ponente María Claudia Rojas Lasso, radicación 52001233100020050142101.

1.- En primer lugar, como se precisó en el acápite anterior, los efectos de la sentencia proferida por la sección segunda de Consejo de Estado el 29 de septiembre de 2011, son *ex tunc*, es decir, se retrotraen al momento en que entraron en vigor los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, declarados nulos por dicha sentencia.

En el mismo sentido, la declaratoria de nulidad afecta la situación jurídica de la demandante, en la medida que no se encontraba consolidada su situación, toda vez, que precisamente fue con base en este fallo que pidió de la administración el pago, entre otras, de la prima de actividad consagrado en el Decreto 1214 de 1990, sin que exista prueba que permita colegir que su situación jurídica hubiera sido resuelta en vigencia de las normas excluidas del ordenamiento jurídico, es decir, los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994.

2. Por tanto, la consecuencia de la declaratoria de nulidad, es que se le aplique el régimen salarial y prestacional del Decreto 1214 de 1990, en su condición de empleada de la oficina del comisionado nacional para la policía, como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Ahora bien, la **prima de actividad**, se encuentra reglamentada en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, así:

> […]
> Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones […].

De acuerdo con lo anterior, los beneficiarios de la prima de actividad son los empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional, es decir, la persona natural a quien legalmente se le nombre para

desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal y se posesione en el empleo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda[20].

En el presente caso, según las certificaciones visibles en folios 110 a 126, se tiene como probado que la demandante prestó sus servicios en la oficina del comisionado nacional para la Policía, desde el 24 de junio de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2007, y en la Policía Nacional-dirección de sanidad, desde el 1.º de octubre de 2007 hasta el 1.º de marzo de 2008, por lo que se hace acreedora a este beneficio prestacional, del 24 de junio de 1996 al 1.º de marzo de 2008, en los términos del artículo 38 del Decreto 1214 de 1990.

Por otra parte, frente a la prescripción del artículo 129 del Decreto 1214 de 1990[21], como lo ha señalado esta Corporación en asuntos similares[22], no operó para el personal de la oficina del comisionado nacional para la Policía, por cuanto existía un impedimento legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actividad y demás prestaciones, en tanto, el derecho a devengarlos surgió a partir de los efectos *ex tunc* de la sentencia que declaró la nulidad de los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994, esto es, 29 de septiembre de 2011, fecha de su ejecutoria.

Así las cosas, como la señora Ana Mercedes Rojas Sánchez presentó reclamación ante el Ministerio de Defensa Nacional, el 11 de mayo de 2012[23], y la sentencia a partir de la cual se hace exigible el derecho es de 29 de septiembre de 2011, se puede concluir que no se afectó por el fenómeno extintivo de la prescripción.

---

[20] Artículo 4 del decreto 1214 de 1990.

[21] El citado artículo señala: «El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual».

[22] Sentencias del Consejo de Estado, sección segunda: (i) subsección B, de 27 de julio de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 1146-2015; ii) subsección B, de 21 de abril de 2017, consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter, número interno: 0934-2014; y iii) subsección A, de 24 de noviembre de 2016 (número interno: 2448-2014) y 12 de octubre de 2017 (número interno 4055-2015), ambas del consejero ponente William Hernández Gómez.

[23] F. 4.

Por último, con relación a los reajustes solicitados por la demandante, el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, señala que «a partir de [su] vigencia», la prima de actividad, entre otras, son partidas computables para liquidar las «pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho». Por tanto, como lo señaló el *a quo* se han de tener en cuenta para su liquidación y pago.

En conclusión: La demandante, en su condición de ex empleada de la oficina del comisionado nacional para la Policía, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad del artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, toda vez que su situación jurídica no se encontraba consolidada al momento de la sentencia proferida por la sección segunda del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de los artículos 2 y 3 del Decreto 1810 de 1994.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas.

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez[24] sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

[24] Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA*- a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.

b) Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[25], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

---

[25] "**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(…)"

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas en segunda instancia a la entidad demandada, en la medida que conforme el ordinal 3.º del artículo 365 del CPACA, resulta vencida en el proceso y la demandante intervino en esta instancia. Las costas serán liquidadas por el *a quo* de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Aceptar el impedimento manifestado por el doctor Rafael Francisco Suárez Vargas y, en consecuencia, se le declara separado del conocimiento del proceso de la referencia.

Segundo: Confirmar la sentencia de proferida el 15 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Ana Mercedes Rojas Sánchez contra la Nación – Ministerio de Defensa y Policía Nacional.

Tercero: Condenar en costas en la segunda instancia a la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales serán liquidadas por el *a quo.*

Cuarto: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ