

Cartagena de Indias D.T y C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2016-00153-01
Demandante	CRISTINA GUERRERO ORTIZ
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL DE MAHATES - BOLÍVAR
Tema	<i>Declaración de insubsistencia cargo de libre nombramiento y remoción – reten social – no existe prueba de los hechos alegados por la parte actora.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante¹, contra la sentencia proferida el 12 de julio de 2019², por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

3.1.1 Pretensiones⁴

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución No. JPS 2016-02-10-001 del 10 de febrero de 2016, por medio de la cual se declara la insubsistencia del nombramiento de la señora Cristina Guerrero, del cargo de Técnico Administrativo Código 367 grado 06.

SEGUNDO: Que, a título de restablecimiento del derecho, se disponga el reintegro de la accionante, al cargo que desempeñaba, a otro de igual o superior jerarquía, ordenándose el pago de los salarios y prestaciones dejadas de devengar desde cuando fue desvinculada.

¹ Folio 146-159 cdno 1 (fl. 176-189 dig)

² Folio 136-143 cdno 1 (fl. 158-173 dig)

³ Folio 1-11 cdno 1 (fl. 1-11 dig)

⁴ Folio 1 cdno 1 (fl. 1 dig)

13-001-33-33-011-2016-00153-01

TERCERO: Se ordene a la accionada el pago de la condena conforme a la ley, debidamente actualizada y se reconozcan las costas del proceso.

3.1.2 Hechos⁵

La señora Cristina Guerrero fue vinculada a la entidad demandada mediante Resolución 237 del 1 de noviembre de 2001, desempeñándose en el cargo de Técnico Administrativo Código 367 grado 06, con funciones de pagaduría, desenvolviéndose con idoneidad, responsabilidad y eficiencia.

Mediante Resolución No. JPS 2016-02-10-001 del 10 de febrero de 2016, la accionante fue desvinculada de la entidad, por declaratoria de insubsistencia de su cargo, sin tener en cuenta que la actora se encontraba protegida por el llamado reten social, pues era pre-pensionada, como quiera que tenía 23 años y 10 meses de cotizaciones (equivalentes a 1.212 semanas); además, contaba con 54 años de edad.

Destaca que, el empleo que desempeñaba la accionante era de aquellos de carrera, no de libre nombramiento y remoción, por lo cual el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

En la demanda se citan como normas violadas las siguientes: Constitución Política, artículos 25, 29 y 121; Ley 790 de 2002, Decreto 190 de 2003 y Decreto 785 de 2005.

En el concepto de violación la parte actora expresa que, la accionante era beneficiaria del sistema de reten social, puesto que le faltaban menos de 3 años para pensionarse, tanto por edad como por tiempo de servicio; siendo desconocido este hecho por parte de la Gerente de la ESE.

Manifiesta que existe una violación al derecho fundamental del debido proceso, por no dársele aplicación al artículo 12 del Decreto 790 de 2002; además, que existe falsa motivación del acto porque el cargo de Técnico Administrativo es de aquellos de carrera de acuerdo con el Decreto 785 de 2005, artículo 19, sin embargo, la resolución demandada lo catalogó como un empleo de libre nombramiento y remoción, siendo ello contrario a lo establecido en el artículo 125 de la carta política.

⁵ Folio 2-5 cdno 1 (fl. 2-5 dig)

3.2 CONTESTACIÓN

La entidad accionada no contestó la demanda.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 12 de julio de 2019, la Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena decidió negar las pretensiones de la demanda al considerar que la accionante había incumplido la carga de probar que se encontraba en la condición de pre-pensionada, toda vez que no aportó registro civil de nacimiento que probara su edad, ni la historia de semanas cotizadas en el respectivo fondo de pensiones.

Además, la Juez a quo sostuvo que, según las funciones atribuidas a la actora, como técnico administrativo – pagaduría, le era aplicable el artículo 5, numeral 2, ordinal c) de la Ley 909 de 2004, según el cual son empleos de libre nombramiento y remoción aquellos que impliquen la administración y manejo de bienes, dineros y /o valores del Estado. En ese orden de ideas, no era necesario motivar el acto administrativo de retiro.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, alegando que, la sentencia de primera instancia incurre en una vía de hechos, en la medida en que no analizó las pruebas oportuna y legalmente aportadas al proceso. Al respecto sostuvo que no estaban demostradas las funciones que desempeñaba la accionante en la ESE demandada, por lo que el fallador no podía concluir tal situación de los alegatos presentados por la entidad accionada en el proceso, puesta no era una prueba incorporada al proceso.

Afirma que, con los alegatos presentados en favor de su defendida, se logra demostrar que el empleo por ella ocupado es de carrera administrativa, conforme a la nomenclatura y clasificación del Decreto Ley 785/05; de esta norma también deduce que el cargo de pagador no existe en el nivel técnico; por el contrario, el cargo de tesorero, existe es en el nivel profesional no el técnico; por ello, no se le puede dar al empleo de la accionante un alcance que no tiene. En ese sentido, no puede considerarse que la actora tenga un cargo de administración y manejo de bienes de la administración, pues ello no es cierto.

⁶ Folio 136-143 cdno 1 (fl. 158-173 dig)

⁷ Folio 146-159 cdno 1 (fl. 176-189 dig)

13-001-33-33-011-2016-00153-01

Señala que, otro vicio de la sentencia de primera instancia es que esta no valora las certificaciones que demuestran el tiempo de servicio de la accionante, y, según las cuales, a esta la faltan menos de 3 años para adquirir el status de pensionada. Manifiesta que, la Corte Constitucional ha expuesto que lo que tiene que demostrarse es el tiempo de servicio, más no las cotizaciones al sistema.

Agrega, que tampoco se tuvo en cuenta el formato único de hoja de vida de la accionante, aportado al proceso, en el que se indica que la accionante nació el 1 de junio de 1961, y que por lo tanto prueba la edad de esta.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de acta del 13 de noviembre de 2019⁸, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que el recurso fue admitido por auto del 2 de marzo de 2020⁹, y el 9 de febrero de 2021 se corrió traslado para alegar de conclusión¹⁰.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 demandante: No presentó alegatos.

3.6.2 demandado¹¹: Presentó alegatos solicitando que se mantenga en firme la sentencia de primera instancia.

3.6.3 Ministerio Público: no presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

⁸ Folio 3 cdno 2 (fl. 3 dig)

⁹ Folio 5 cdno 2 (fl. 5 dig)

¹⁰ Folio 9 cdno 2 (fl. 9 dig)

¹¹ Folio 13-16 cdno 2 (fl. 13-16 dig)

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

¿Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, por medio del cual se declaró insubsistente el empleo que ocupaba la señora Cristina Guerrero Ortiz en la ESE Hospital Local de Mahate?

¿Existe en el proceso prueba suficiente que demuestre que la accionante es beneficiaria del retén social y que su cargo era de carrera?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará el fallo de primera instancia, al considerar que no es procedente la nulidad del acto administrativo demandado, por medio del cual se declaró insubsistente el empleo que ocupaba la señora Cristina Guerrero Ortiz en la ESE Hospital Local de Mahate, como quiera que en el proceso no existe prueba suficiente que demuestre que la accionante es beneficiaria del retén social y que su cargo era de carrera.

5.5 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.5.1 La función administrativa y el régimen general de carrera.

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra que el régimen general de carrera al indicar que, todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; con excepción, de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Adicionalmente, los funcionarios cuyo nombramiento cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, deben ser nombrados por concurso público.

La norma en cita también dispone que, el retiro del servicio de los empleados en carrera solo se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Por lo tanto, en ningún caso, la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

A su turno, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras

13-001-33-33-011-2016-00153-01

disposiciones, establece que todos los empleos regulados en dicha norma son de carrera, con excepción de los relacionados en el listado adjunto, tanto del nivel central como territorial y descentralizado.

Lo anterior reitera que, por regla general todos los empleos públicos son de carrera, con excepción de aquellos, que la ley disponga, en especial la Ley 909/04.

Así las cosas, la Ley 909 de 2004, en su artículo 5, establece que todos los empleos de que trata la misma son de carrera, con excepciones de los siguientes:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de 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 así:
(...)*

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

- 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 siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:
(...)*

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial: Presidente, Director o Gerente;

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. (...)

Que, conforme con el Decreto Ley 785 de 2005¹², “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por

¹² Compilado en el Decreto 1083/2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

13-001-33-33-011-2016-00153-01

las disposiciones de la Ley 909 de 2004", se tiene lo siguiente:

“ARTÍCULO 3º. Niveles jerárquicos de los empleos. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

ARTÍCULO 4º. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales: (...)

4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.

ARTÍCULO 19. Nivel Técnico. El Nivel Técnico está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación del empleo
335	Auxiliar de Vuelo
303	Inspector de Policía 3ª a 6ª Categoría
(...)	(...)
367	Técnico Administrativo

5.5.2. Del retiro del servicio de los empleados públicos.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece la facultad que tiene la administración de retirar del servicio a los empleados que se encuentren desempeñando cargos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, determinando que la misma se produce por los siguientes casos:

- Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- (Inexequible)
- Por renuncia regularmente aceptada;
- Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- Por invalidez absoluta;
- Por edad de retiro forzoso;
- Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

A su vez, la norma en cita determina que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es reglada, de conformidad con las causales

13-001-33-33-011-2016-00153-01

consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante **acto motivado**; por el contrario, la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto **no motivado**.

De acuerdo con la normatividad en comento, se tiene que, el nominador cuenta con discrecionalidad respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado; *a contrario sensu*, respecto de los empleos de carrera administrativa, la norma indica que el acto administrativo de desvinculación debe ser motivado.

Del contenido de la Ley 909 de 2004 se extraen dos consideraciones particulares sobre los cargos de libre nombramiento y remoción: **i)** debe tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, **ii)** ha de referirse a aquellos cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades. Es precisamente el grado de confianza que se exige para el ejercicio de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar las razones que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, los actos de desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

5.5.3 El retén social para los empleados de libre nombramiento y remoción

La Ley 790 de 2002¹³ «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.

Precisamente, con ocasión de la posible afectación de los derechos de aquellos que pudieran tener una situación que ameritara un trato especial, se creó el denominado «reten social». El mismo fue definido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:

¹³ Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.



13-001-33-33-011-2016-00153-01

«[...] *Protección especial.* De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley»¹⁴ [...]

Conforme la ley enunciada, no pueden ser retirados del servicio, entre otros servidores públicos, aquellos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de los 3 años siguientes a su promulgación, lo que busca proteger que estos no queden cesantes laboralmente y se afecte su derecho pensional.

Aunque en principio, el retén social fue concebido exclusivamente para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que la prerrogativa en cuestión no se origina en un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto, se expresó¹⁵:

«[...] Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los "prepensionados" no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, "opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público"; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse [...]» (Resalta la Sala).

Asimismo, la Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a aquellos que conforman un grupo de especial protección como los pre pensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad¹⁶. Estas fueron las conclusiones:

¹⁴Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Ver también Corte Constitucional sentencia T-186 de 2013.

¹⁶ Sentencia T-862 de 2009.

13-001-33-33-011-2016-00153-01

«[...] En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

3.8. Así las cosas, en los procesos de reestructuración, aún en los cargos de libre nombramiento y remoción, deberán respetarse los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento. [...]» (Subrayas de la Sala)

Al respecto, la Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos¹⁷, posición reiterada recientemente en la anterior providencia aludida¹⁸:

«[...] De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Radicado No. 250002325000201201184 01 (2130-2016).



13-001-33-33-011-2016-00153-01

legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento [...]»(Subrayas de la Sala)

Como se observa, las reglas jurisprudenciales definidas son: **(i)** la condición de prepensionado la tienen los funcionarios que les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos a la pensión. **(ii)** esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario y; **(iii)** la protección de estabilidad laboral de prepensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.

Por su parte, la Corte Constitucional ha protegido los derechos de las personas en esta situación, cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en cada caso concreto que la desvinculación pone en riesgo los derechos fundamentales del demandante, donde la edad de aquel es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse, junto con el hecho de que el sueldo sea la única fuente de ingresos de esta o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero¹⁹. Así lo ha indicado la Corte Constitucional²⁰:

«[...] En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros

¹⁹ T-357 de 2016.

²⁰ Corte Constitucional, Acción de tutela, Sentencia T-357 del 6 de julio de 2016.

13-001-33-33-011-2016-00153-01

conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero [...]].

Se hace necesario resaltar que en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional²¹ SU/003 de 2018 se sostuvo que los servidores prepensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad:

«[...] Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez [...]]. (Resaltado fuera de texto).

En cuanto a los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS advirtió:

«[...] Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión [...]]. (Subraya la Sala).

Se tiene entonces que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional circunscribió la calidad de prepensionados a quienes acrediten los dos requisitos (edad y semanas de cotización o capital necesario) para obtener el derecho a la pensión de vejez, pues cuando el único requisito faltante para ser beneficiario de la prestación es la edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada.

5.4 CASO CONCRETO

5.4.1 Hechos relevantes probados:

De acuerdo con el recurso, las pruebas relevantes para decidir la segunda instancia son las siguientes:

- Certificado del 26 de enero de 2000 expedido por el Secretario de Servicios Administrativos y de Personal del Municipio de Mahates, en el que hace constar que la demandante prestó sus servicios como Recaudadora de

²¹ Sentencia del 8 de febrero de 2018. Referencia: T- 5.712.990.

13-001-33-33-011-2016-00153-01

Impuestos en la Tesorería Municipal de Mahates, desde el 9 de septiembre de 1988 hasta el 30 de abril de 1998²².

- Resolución sin número del 1 de noviembre de 2001, por medio de la cual se nombra a la señora Cristina Guerrero Ortiz, en el cargo de cajero pagador de la ESE Hospital Local de Mahates²³.
- Acta de posesión de la accionante en el cargo anterior, de fecha 1 de noviembre de 2001²⁴.
- Resolución JPS 2016-02-10-001 del 10 de febrero de 2016, por medio de la cual se declara insubsistente a la accionante²⁵.
- Certificado de tiempo de servicios expedido por la ESE Hospital Local de Mahates, en el que consta que la señora Cristina Guerrero Ortiz laboró para dicha entidad desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 10 de febrero de 2016²⁶.
- Hoja de vida de la señora Cristina Guerrero Ortiz, en el que se advierte formato a mano diligenciado por la misma en el que reposan sus datos personales, de educación y de experiencia laboral; también se adicionan certificados de estudio²⁷.
- Oficio del 11 de marzo de 2005, por medio del cual el Coordinador de Recursos Humanos hace un llamado de atención a la accionante, manifestándole que se encuentran preocupados por su mal desempeño en el empleo puesto que, a pesar de los llamados de atención verbales, ya es reiterativo el hecho de que presentaba deficiencias en la elaboración de los cheques, toda vez que los mismos los expedía sin sellos, con nombres mal escritos, tachones, enmendaduras y valores mal liquidados; además, presentaba cuentas mal elaboradas, con errores en las sumas, en los nombres de los clientes, realizadas por fuera de las fechas límites para su elaboración, con valores numéricos diferentes a los expresados en letras²⁸.

Con los alegatos de conclusión, la parte accionada aporta un CD de pruebas que no pueden ser tenidas en cuenta porque no fueron aportadas en la oportunidad correspondiente.

²² Folio 13 cdno 1 (fl. 13 dig)

²³ Folio 16 cdno 1 (fl. 16-17 dig)

²⁴ Folio 14 cdno 1 (fl. 14 dig)

²⁵ Folio 18 cdno 1 (fl. 14 dig)

²⁶ Folio 53 cdno 1 (fl. 66 dig)

²⁷ Folio 60-78 cdno 1 (fl. 74-87)

²⁸ Folio 79 cdno 1 (fl. 88)

13-001-33-33-011-2016-00153-01

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el presente asunto se demanda la nulidad del acto administrativo, por medio del cual la ESE Hospital Local de Mahates retiró del servicio a la señora Cristina Guerrero Ortiz, declarando insubsistente su nombramiento, aduciendo la facultad discrecional de la Gerente para adoptar tal decisión, puesto que el cargo de la accionante era de libre nombramiento y remoción; también se argumentó el mejoramiento del servicio.

En la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la accionante, toda vez que la Juez a quo consideró que no se habían demostrado ninguno de los supuestos de hecho planteados en la demanda, es decir, que el cargo era de carrera y que la actora se encontraba próxima a pensionarse, puesto que le faltaban menos de 3 años para ello.

La señora Cristina Guerrero Ortiz, impugnó la decisión, afirmando que a través de la ley se podía constatar que el cargo por ella ocupado era de carrera, además, que no podían tenerse en cuenta las pruebas aportadas por la entidad accionada con los alegatos de conclusión, para efectos de deducir que su cargo era el de pagadora y en el mismo manejaba recursos públicos; además, que el formato de hoja de vida era suficiente para encontrar demostrada la edad de la accionante y con los certificados laborales, de tiempo de servicio se podía advertir que le faltaban menos de 3 años para pensionarse.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, es menester exponer que, no es cierto que en el proceso no existiera prueba del cargo ocupado por la actora, por en el contrario, este asunto se encuentra relacionado en uno de los hechos de la demanda, además, de la Resolución de nombramiento, expedida el 1 de noviembre de 2001, se puede advertir que la señora Cristina Guerrero Ortiz, ocupaba el cargo de cajero pagador de la ESE Hospital Local de Mahates²⁹, cargo designado como de libre nombramiento y remoción desde su nombramiento; que, se posesionó en dicho empleo el fecha 1 de noviembre de 2001³⁰ y que lo ocupó desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 10 de febrero de 2016³¹.

Por otra parte, si bien es cierto que en el proceso no existe prueba concreta de las funciones asignadas a la señora Cristina Guerrero, en calidad de cajero pagador, carga que era de la parte accionante; lo cierto es que con la hoja de vida allegada por el Municipio (dentro del periodo probatorio), por petición

²⁹ Folio 16 cdno 1 (fl. 16-17 dig)

³⁰ Folio 14 cdno 1 (fl. 14 dig)

³¹ Folio 53 cdno 1 (fl. 66 dig)

13-001-33-33-011-2016-00153-01

hecha por parte del Juzgado de Conocimiento, se trajo el Oficio del 11 de marzo de 2005, por medio del cual el Coordinador de Recursos Humanos hizo un llamado de atención a la accionante, manifestándole que se encontraban preocupados por su mal desempeño en el empleo, puesto que, a pesar de los llamados de atención verbales, ya era reiterativo el hecho de que presentaba deficiencias en la elaboración de los cheques, toda vez que los mismos los expedía sin sellos, con nombres mal escritos, tachones, enmendaduras y valores mal liquidados; además, presentaba cuentas mal elaboradas, con errores en las sumas, en los nombres de los clientes, realizadas por fuera de las fechas límites para su elaboración, con valores numéricos diferentes a los expresados en letras³².

Lo anterior, deja en evidencia a para este Tribunal el hecho de que la accionante, desde su cargo, efectivamente manejaba recursos públicos; si la parte actora pretendía probar otra cosa, debió traer al proceso los respectivos soportes que lo acreditaran (se aclara que esta prueba se toma únicamente en relación con las funciones que desempeñaba la accionante - puesto que no hay otra documental que lo indique - no se tiene en cuenta como causal de desvinculación teniendo en cuenta que la fecha del oficio es del año 2005 y no tiene relación directa con el acto demandado).

Así las cosas, al caso en concreto debe aplicársele la norma establecida en el artículo 5, numeral 2, ordinal c) de la Ley 909 de 2004, según el cual, son empleados de libre nombramiento y remoción de orden territorial del sector descentralizado, *"los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado"*.

Debe destacarse en esta oportunidad que, si bien el apoderado de la parte actora intenta en su recurso pretende demostrar, a través del Decreto Ley 785 de 2005, que el cargo de la accionante no es del nivel directivo, de conducción y orientación institucionales, ni de aquellos cuyo ejercicio implique especial confianza; sino que por el contrario su cargo del nivel Técnico (Técnico Administrativo Código 367 grado 06), lo cierto es que no logra desvirtuar que el mismo sea de aquellos que se encuentran clasificados en el numeral 2 literal c) de la Ley 909 de 2004, que también es catalogado como de libre nombramiento y remoción; independientemente de que sea cargo de confianza o directivo.

En ese orden de ideas, esta Corporación debe tener por no demostrado este argumento de apelación, como quiera que, no se probó que la Juez de primera instancia hubiera cometido algún error en la valoración de los

³² Folio 79 cdno 1 (fl. 88 dig)

13-001-33-33-011-2016-00153-01

documentos traídas al plenario, como quiera que, los soportes tenidos en cuenta fueron aquellos que fueron aportados por la parte accionante y los que se pidieron en el periodo probatorio, por solicitud de la actora; los cuales dan cuenta de los hechos que el a quo expuso en su providencia.

Frente al segundo argumento de apelación, es preciso exponer que el formato de hoja de vida diligenciado por la misma accionante no es la prueba idónea para encontrar demostrada su edad, puesto que, para ello es necesario tener a la mano un documento expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que es la entidad oficialmente encargada de registrar los datos de la vida civil de los colombianos.

En ese orden de ideas, debe concluirse que no se probó la edad de la demandante, lo cual era un elemento básico del litigio, y que se encontraba en cabeza de la parte actora soportar dicha carga; puesto que era ella quien estaba alegando la calidad de pre-pensionada a su favor³³.

Por otro lado, en cuanto a las semanas cotizadas, debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que al proceso se allegó el certificado del 26 de enero de 2000, expedido por el Secretario de Servicios Administrativos y de Personal del Municipio de Mahates, en el que hace constar que la demandante prestó sus servicios como Recaudadora de Impuestos en la Tesorería Municipal de Mahates, desde el 9 de septiembre de 1988 hasta el 30 de abril de 1998³⁴, para un total de 9 años, 7 meses y 21 días; además se aportó el certificado de tiempo de servicios expedido por la ESE Hospital Local de Mahates, en el que consta que la señora Cristina Guerrero Ortiz laboró para dicha entidad desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 10 de febrero de 2016³⁵, para un tiempo de servicios de 14 años, 3 meses y 9 días; lo cual daría un tiempo total de servicios de **23 años y 11 meses**; lo cierto es que dichos documentos no son sufrientes para probar la calidad de pre-pensionada de la accionante teniendo en cuenta que, se desconoce cuál es el régimen pensional de la señora Cristina Ortiz.

Debe tenerse en cuenta que en Colombia existen dos regímenes pensionales: el de prima media con prestación definida, y el de ahorro individual; los cuales constan de requisitos muy diferentes para la obtención de la pensión.

Así las cosas, se tiene que, el régimen de prima media con prestación definida establece que la pensión de vejes se obtiene con 57 años para las mujeres, y 62 años para los hombres. Adicionalmente, debe acreditarse la cotización de

³³ Artículo 267 del CGP

³⁴ Folio 13 cdno 1 (fl. 13 dig)

³⁵ Folio 53 cdno 1 (fl. 66 dig)

13-001-33-33-011-2016-00153-01

1.300 semanas, que equivalen a 25 años de servicio (artículo 33 de la Ley 100/93). Por otro lado, el régimen de ahorro individual con solidaridad, indica que, el afiliado tendrá derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre (artículo 64 de la Ley 100/93).

De igual forma, la Ley 100 de 1993, en su artículo 65, establece una garantía de pensión mínima de vejez, e indica que, los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

La Corte Constitucional³⁶ en sentencia SU/003 de 2018 citada, en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS advirtió:

*«[...] Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación **Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad**) y consolidar así su derecho a la pensión [...]».* (Subraya la Sala).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que, para efectos de poder verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la protección especial que la actora pretende, se hace necesario conocer, en primera medida, a qué régimen pensional esta pertenece, para luego sí, poder determinar si le faltan menos de 3 años para obtener el derecho a la pensión.

En ese orden de ideas, tales hechos no pueden probarse a partir de los certificados de tiempo de servicios, puesto que los mismos no consignan la información que para el tema se requiere, como es el régimen de pensiones

³⁶ Sentencia del 8 de febrero de 2018. Referencia: T- 5.712.990.

13-001-33-33-011-2016-00153-01

en el cual la interesada se encuentra adscrita, por lo tanto, aunque el apoderado de la parte actora no lo reconozca así; en el caso en concreto sí es esencial que se aporte el certificado o historia de cotización de la accionante al respectivo fondo de pensión al cual se encuentra afiliada, como quiera que, el mero tiempo de servicio no es indicativo del término que a esta le faltaba para pensionarse; más aún, si se tiene en cuenta que la sola edad no es suficiente para concluir que una persona tiene la calidad de pre-pensionado, según lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia en cita.

Frente a lo anterior, hay algo que llama la atención de la Sala y es que, tanto el apoderado demandante, como el Juzgado a quo, partieron del hecho de que la actora se encontraba afiliada al sistema de prima media con prestación definida, sin detenerse a analizar que este no es el único régimen que aplica en Colombia, y que, la accionante bien puede estar cotizando en el RAIS, para el cual es indiferente las semanas cotizadas, sino que prioriza es la cantidad de capital ahorrado por el trabajador.

En esa medida, considera esta Sala que en el caso bajo estudio no se demostraron los argumentos de apelación, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

5.4 De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas, a la parte demandante, en segunda instancia, como quiera que la sentencia de primera instancia fue confirmada y no se acogieron los argumentos de la apelación. Las costas serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones



13-001-33-33-011-2016-00153-01

expuestas en la parte motiva de esta providencia.

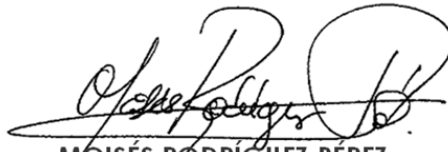
SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancias, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.020 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ