



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 25 OCT 2017

Demandante	Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado	Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente	15001333301420130022801
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Apelación de sentencia –confirma

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante (Fls 576 a 600), en contra de la sentencia del 07 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (Fls 557 a 574).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (Fls. 3 a 48).

La señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad de la Resolución No. 0687 de 09 de mayo de 2013 por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera código 0040 grado 16 de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá y nulidad de la comunicación 100 de fecha 09 de mayo de 2013, mediante la cual se comunica la Resolución No. 0687 del 09 de mayo de 2013.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía y salario al que desempeñaba, así como la indemnización de los perjuicios causados con las decisiones administrativas materializadas en el pago de los sueldos causados, las prestaciones sociales por el tiempo laborado, primas legales y extralegales, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y demás prestaciones que hubiere podido devengar si no hubiese sido desvinculada del cargo.

De igual forma solicitó que las sumas adeudadas sean debidamente indexadas y se ordene el pago de los intereses moratorios a que haya lugar. Así mismo solicitó se condene a la entidad demandada a la reparación del



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

daño moral como consecuencia de la desvinculación el cual estimó en 100 salarios mínimos mensuales vigentes.

Finalmente solicitó que se declare que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio desde la fecha en la cual fue desvinculada y hasta aquella en que efectivamente sea reintegrada y se declare para todos los efectos legales que no constituye doble asignación recibida del Tesoro Público, lo que reciba la parte demandante desde la fecha del retiro del servicio y hasta el reintegro efectivo.

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Aseguró que ingresó a laborar al servicio de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá desde el 15 de noviembre de 1995 y hasta el 08 de mayo de 2013, desempeñando los siguientes cargos:

- Como asesora de la Subdirección Administrativa y Financiera desde el 15 de noviembre de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1997 vinculada a través de contratos de prestación de servicios.

- Como Profesional Universitario código 3020 grado 13 en provisionalidad a través de la Resolución No. 557 de 24 de septiembre de 1997, desde el 01 de octubre de 1997 hasta el 07 de diciembre de 2009, tiempo durante el cual fue encargada para desempeñar algunos cargos de la entidad.

- Mediante Resolución No. 1676 de 07 de diciembre de 2009, la demandante fue nombrada en el cargo de Profesional Especializado en el Área de Presupuesto, el cual desempeñó hasta el 05 de enero de 2011.

- Posteriormente a través de Resolución No. 0055 de 06 de enero de 2011, fue nombrada en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la entidad demandada, desde el 06 de enero de 2011 y hasta el 08 de mayo de 2013, tiempo durante el cual fue encargada de la Secretaría General y Jurídica de la entidad.

Indicó que teniendo en cuenta que el 28 de junio de 2012, la demandante cumplió los requisitos para obtener la pensión de jubilación, presentó ante el Instituto de Seguros Sociales, los documentos que acreditaban los requisitos para acceder a tal derecho.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Adujo que el día 01 de agosto de 2012, la demandante a través de oficio da a conocer a la Oficina de Gestión Humana de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, copia de oficio radicado en el Instituto de Seguros Sociales donde hacía entrega de los documentos exigidos para acceder a la pensión de jubilación; adicionalmente señaló que con fecha 04 de septiembre de 2012 informó al director general de la entidad demandada, respecto al trámite para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Aseguró que el día 21 de noviembre de 2012, el señor Ricardo López Dulcey Director General de CORPOBOYACÁ, de manera verbal le solicitó a la demandante la renuncia al cargo de subdirectora administrativa y financiera de la entidad; en respuesta a tal petición, la demandante con fecha 22 de noviembre de dicha anualidad presentó escrito en el que expresaba su negativa a renunciar al cargo, en razón a que se encontraba en trámite la solicitud de reconocimiento pensional.

Indicó que posteriormente la demandante presentó solicitud a fin de se le concedieran las vacaciones correspondientes a un año de servicio, petición que fue aceptada mediante Resolución No. 0211 de 21 de febrero de 2013, donde se dispuso como periodo para las vacaciones desde el 01 de marzo al 08 de mayo de 2013.

Adujo que sorpresivamente el día 09 de mayo de 2013, una vez la demandante se presentó para reincorporarse a su cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera, nuevamente el Director de la entidad demandada le solicitó la renuncia al cargo, petición que fue rechazada por la demandante.

Señaló que el día 09 de mayo de 2013, el Director de CORPOBOYACÁ a través de la Resolución No. 0687 declaró insubsistente a la demandante, decisión que carece de motivación legal o jurídica; en tal sentido indicó que la insubsistencia no se hizo con un criterio de buen servicio ni respetando la condición especial de la demandante al pertenecer al grupo de población especial como lo es los pre pensionados.

Adujo que la declaratoria de insubsistencia de la demandante se dio sin que la entidad administradora del Sistema General de Pensiones, esto es, el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, le hubiere reconocido o notificado el derecho pensional, tal como lo ordena la ley.

Afirmó que como consecuencia de su desvinculación y sin el reconocimiento de su pensión de jubilación, se vulnera su derecho a la seguridad social en salud por cuanto se encontraba afiliada a medicina pre-pagada lo cual ya no podrá sufragar.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Adujo que la demandante al venir desempeñando en forma normal, competente y honesta sus funciones, aunado a tener la condición de pre pensionada tenía derecho a permanecer en el empleo, hasta tanto no fuese incluida en nómina de pensionados, tal como lo establece la ley.

Aseguró que a partir del 30 de junio de 2013, se nombró en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera a la doctora Ahilix Rojas Sarmiento, quien si bien cuenta con la preparación académica requerida, no cuenta con la experiencia específica necesaria para el cargo, experiencia con la que sí cuenta la demandante, quien laboró por más de 16 años al servicio de CORPOBOYACÁ.

1.2 Normas violadas

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones: artículos 2, 13, 25, 29, 48, 49, 53, 121 al 125, 209 de la Constitución, artículos 1, 9, 13, 21 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 41 literal e) de la Ley 909 de 2004, Ley 82 de 1988 aprobatoria del Convenio 159 de la OIT, artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, artículos 107, 109 a 111 del Decreto 1950 de 1973, Ley 734 de 2002.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término procesal correspondiente, la entidad demandada presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, con fundamento en los siguientes argumentos (Fls 389 a 396):

En primer lugar, indicó que en el presente caso no hay duda que la demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción como Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, al cual se vinculó mediante acto de nombramiento contenido en la Resolución No. 0055 de 06 de enero de 2011.

Señaló que el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, obedece a la facultad discrecional del nominador, sin que para el ejercicio de esta facultad, que en todo caso debe ejercerse dentro de los límites de la discrecionalidad, deba mediar motivación alguna, tal como acontece en el presente caso.

Respecto a la presunta desviación de poder, indicó que en caso concreto y revisado el material probatorio obrante en las presentes diligencias, no se encuentra sustento que permita inferir que el acto expedido por el señor Director General de CORPOBOYACÁ, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, fue expedido por razones



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

distintas al buen servicio público, y por tanto, no existe razón alguna que permita desvirtuar la presunción de legalidad que éste reviste.

Adujo que en relación con el buen desempeño de la demandante como garantía de permanencia en el ejercicio, tal situación no otorga por sí solo la prerrogativa de estabilidad laboral, puesto que tal comportamiento y aptitudes son apenas las exigencias contenidas en la Constitución y la ley, para quienes desempeñan un empleo público.

Señaló que el Director General de la entidad demandada analizó la conveniencia de declarar la insubsistencia de la demandante el 09 de mayo de 2013, cuando habían pasado casi 7 meses de haberse posesionado en el cargo como director, ello en atención a que la relación profesional entre el nominador y la aquí demandante era insostenible, debido a que nunca coincidieron en el estilo de trabajo y por tanto el ambiente laboral entre los dos, era muy tenso.

Aunado a ello refirió que la persona que reemplazó a la demandante es una persona profesional, idónea y con la experiencia en lo relacionado con la administración y las finanzas para el desempeño del cargo, por lo que la decisión del Director de la entidad demandada, se inspiró en el buen servicio y el interés general.

En cuanto a la condición de pre-pensionada que aduce la aquí demandante, señaló que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado en tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción, estar próximos a consolidar el status pensional con el cumplimiento de la edad requerida no produce ningún fuero de estabilidad relativa en el empleo.

Indicó que a la señora Elsa Yaneth Izquierdo, se le canceló por parte de COLPENSIONES la suma adeudada con carácter de reajuste, desde el momento en que adquirió su derecho a la pensión y que fue incluida en nómina desde el pasado mes de diciembre de 2013.

Finalmente propuso las siguientes excepciones:

i) Legalidad del acto cuya nulidad se demanda: La Resolución No. 0687 del 09 de mayo de 2013 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, en virtud de la discrecionalidad que le asiste al nominador, goza de presunción de legalidad, razón por la cual corresponde a la parte demandante desvirtuar dicha presunción.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ii) Discrecionalidad del nominador y ausencia de fuero: Adujo que no existe ninguna protección legal que le conceda fuero de inamovilidad al empleado que ostenta un cargo de libre nombramiento y remoción, ni que le impida al nominador removerlo de su cargo; señaló que no le basta a la demandante establecer que era una buena funcionaria ni que había radicado ante COLPENSIONES la solicitud de reconocimiento de la pensión, pues estas circunstancias no prueban la presunta infracción de normas constitucionales, sino que la demandante tiene la carga de probar sin lugar a dudas que el nominador actuó movido por fines distintos a los del buen servicio.

3.- SENTENCIA APELADA (Fls 557 a 574)

El Juzgado Catorce Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, mediante sentencia de fecha 7 de abril de 2016, resolvió negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar indicó el a quo que la comunicación 100 del 09 de mayo de 2013, es un simple acto de trámite que solo se limita a comunicar a la demandante lo resuelto por la administración a través de la Resolución No. 0687 de 9 de mayo de 2013 y por ende no es demandable ante la Jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien después de hacer referencia a las pruebas allegadas al plenario, indicó que se encuentra probado que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, fue declarada insubsistente en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, cargo que corresponde a aquellos de libre nombramiento y remoción pues dada las funciones que desempeña y el nivel jerárquico, involucra cierta confianza, razón por la cual, en principio el Directos de CORPOBOYACÁ podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular.

En cuanto a la condición de pre-pensionada de la demandante como causal de motivación del acto o de permanencia y estabilidad en el empleo, señaló que el denominado “reten social para pre-pensionados”, de acuerdo a lo normado en el artículo 1 del Decreto 190 de 2003 y el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, busca permitir a los trabajadores a quienes les hace falta el cumplimiento de algunos de los requisitos para acceder al reconocimiento del derecho pensional, los cumplan antes de que se verifique su retiro del servicio, ello en el contexto del proceso de liquidación de las entidades sometidas a procesos de renovación.

En el presente caso, la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, no reúne ninguna de las dos condiciones para ser beneficiario al retén social para pre-



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

pensionados; en efecto en primer lugar la demandante ya no tiene la condición de pre-pensionada por cuanto ya había reunido las condiciones de edad y tiempo de servicio, para obtener el derecho a su pensión, al punto que radicó el 18 de julio de 2012, la solicitud ante COLPENSIONES para obtener su reconocimiento pensional, es decir que su expectativa pensional ya se había materializado.

Adujo que si bien no se desconoce que entre la fecha del retiro y la fecha en que le fue reconocida y cancelada la pensión a la señora Izquierdo Fonseca, transcurrieron algunos meses, tal situación era posible preverse por la demandante, quien no podía dejar de lado la precariedad de la estabilidad de su empleo al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción.

De igual forma adujo que en cuanto a la figura del retén social la cual se aplica cuando el retiro del servicio sucede dentro del programa de renovación de la administración pública, la misma no resulta aplicable al presente asunto.

Finalmente en cuanto a la presunta vulneración de los derechos a la salud y a la seguridad social, reiteró que la demandante era una empleada de libre nombramiento y remoción y por tanto su retiro del servicio podía efectuarse en uso de la facultad discrecional y en consecuencia bien podía considerar la posibilidad de ser retirada del servicio en cualquier momento.

Precisó que es importante tener en cuenta que a la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, le fue reconocida su pensión a través de la Resolución No. GNR 315162 de 22 de noviembre de 2013 con efectos a partir de su retiro, es decir, a partir del 9 de mayo de 2013, la cual fue reliquidada mediante la Resolución No. GNR 170977 de 11 de junio de 2015, de donde se advierte que desde el momento mismo de su desvinculación fue vinculada al sistema de seguridad social, a través de COLPENSIONES, quien asumió el pago de los aportes a salud.

4.- RECURSO DE APELACION

4.1 Parte demandante (Fls 576 a 600)

Con escrito de 19 de abril de 2016 la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la decisión proferida por el *a quo*, solicitando revocar la misma, para lo cual argumentó lo siguiente:

En primer lugar en cuanto al argumento expuesto por el juzgado de primera instancia en el sentido de que al ser el cargo de subdirector administrativo y financiero de CORPOBOYACÁ un cargo de libre nombramiento y remoción,



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

tal situación implica una limitación en la estabilidad del empleo, señaló la apelante que no se tuvo en cuenta que el presente caso comporta una situación especial que no fue valorada en debida forma, esto es, que la demandante había iniciado los trámites para el reconocimiento de su pensión de jubilación ante el Instituto de Seguro Social, situación que fue comunicada al empleador.

Adujo que la discrecionalidad frente a los empleados de libre nombramiento y remoción no puede ser absoluta, toda vez que el nominador no puede desconocer derechos fundamentales del empleado, como por ejemplo que se trataba de una persona próxima a obtener el reconocimiento pensional, es decir, se estaba en presencia de un sujeto de especial protección del Estado por ser pre-pensionado.

Señaló que la señora al pertenecer a un grupo de protección especial como pre-pensionada, el acto administrativo que la declaró insubsistente de su cargo como Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, debió ser motivado.

Adujo que siendo la obtención de la pensión de jubilación o vejez una causal de retiro del servicio, sin distinguir si se trata de empleado de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, ese retiro o declaratoria de insubsistencia no se puede dar sin que el empleado se le haya notificado debidamente su inclusión en la nómina de pensionados, ello por cuanto no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional.

Indicó que en el presente caso no se reclamó el carácter de pre-pensionada dentro del concepto de retención social, como lo entendió el *a quo*, toda vez que se trata de conceptos distintos; al respecto señaló que la sentencia de primera instancia se fundamentó en el concepto de reten social el cual no resulta aplicable en el presente caso.

Adujo que el *a quo* fundamentó su sentencia en un fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual resulta inaplicable al presente asunto toda vez que allí se analizó la protección al pre-pensionado pero ligado al concepto de reten social, situación diferente a la aquí debatida donde únicamente se pretende la protección constitucional al pre-pensionado.

Indicó que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los pre-pensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, razón por la cual resulta aplicable en cada uno de los



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo.

Adujo que el reconocimiento pensional a la demandante se produjo a partir del 22 de noviembre de 2013 a través de la Resolución No. GNR 315162 proferida por COLPENSIONES, es decir, seis meses después de su desvinculación con la entidad demandada, la cual fue reliquidada posteriormente el 11 de junio de 2015; en éste punto asevera que no es de recibo la tesis del a quo según la cual con la reliquidación de la pensión se le reconoció el derecho pensional a la demandante a partir del día siguiente a la desvinculación del cargo que ejerció en la entidad demandada, pues lo que aquí se debate es la ilegalidad de los actos administrativos que desvincularon a la demandante en contravía de la Constitución y la ley.

Finalmente indicó que en el presente caso se encuentra probado que la demandante con anterioridad a la declaratoria de insubsistencia, informó a la entidad demandada la iniciación del trámite de reconocimiento pensional por cumplir los requisitos y fue éste hecho el que determinó su retiro del servicio.

5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Parte demandante (Fls 620 a 643)

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la apoderada de la parte demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos factico jurídicos plasmados en el recurso de apelación.

En efecto adujo que i) CORPOBOYACÁ no actuó conforme a derecho en uso de la facultad discrecional la cual no es absoluta, ii) La causal de retiro con derecho a la pensión de jubilación o vejez, previsto en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, también cobija a los empleos de libre nombramiento y remoción y está condicionada a que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se notifique en debida forma la inclusión en la nómina de pensionados, razón por la cual es ilegal la terminación unilateral de la relación laboral sin esperar a que se configure el precitado supuesto.

De igual forma reiteró que el acto administrativo que declaró insubsistente del cargo de la demandante debió estar motivado en tanto ésta pertenecía a un grupo de especial protección por el Estado.

5.2 La parte demandada (Fls 644 a 646)



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la apoderada de la parte demandada, presentó escrito de alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos factico jurídicos plasmados con la contestación de la demanda.

Adujo que para desvirtuar la presunción de legalidad del poder discrecional, le corresponde la parte demandante la carga probatoria de llevar al juzgador a la convicción plena de que el fin perseguido con la decisión discrecional de retiro por declaratoria de insubsistencia, se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos en la norma.

Señaló que en el presente caso no obra en el expediente prueba alguna tendiente a desvirtuar los motivos que inspiraron la declaratoria de insubsistencia, es decir, la demandante no demostró que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos apartándose de ésta manera del buen servicio.

Indicó que respecto a la condición de pre-pensionada de la demandante como causal de permanencia y estabilidad en el empleo, por encontrarse dentro del denominado “reten social”, resaltó que el retiro del servicio de la señora Izquierdo Fonseca tuvo como causa el ejercicio del poder discrecional contenido en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción desempeñado por ella y no el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión.

5.3 El Ministerio Público guardó silencio

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto, así como la lectura de la sentencia apelada, la Sala deberá abordar el siguiente problema jurídico.

¿La Resolución No. 0687 de 09 de mayo de 2013, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca quien se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción como Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, adolece de nulidad por haberse expedido con anterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez que había solicitado?



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Como sub problemas jurídicos que abordan la cuestión aquí planteada corresponde a la Sala i) determinar si el acto administrativo demandado fue expedido con falsa motivación, es decir, si se encuentra probado que fue expedido con una finalidad diferente a la del mejoramiento del servicio y ii) ¿La señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca probó la calidad de pre pensionada que le otorgaba un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba en la Corporación Autónoma Regional de Boyacá?

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en los recursos de apelación, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su decisión se encaminó a negar las pretensiones de la demanda por considerar que de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, indicó que se encuentra probado que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, fue declarada insubsistente en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, cargo que corresponde a aquellos de libre nombramiento y remoción pues dada las funciones que desempeña y el nivel jerárquico, involucra cierta confianza, razón por la cual, en principio el Director de CORPOBOYACÁ podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular.

En cuanto a la condición de pre-pensionada de la demandante como causal de motivación del acto o de permanencia y estabilidad en el empleo, señaló que el denominado “reten social para pre-pensionados”, de acuerdo a lo normado en el artículo 1 del Decreto 190 de 2003 y el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, busca permitir a los trabajadores a quienes les hace falta el cumplimiento de algunos de los requisitos para acceder al reconocimiento del derecho pensional, los cumplan antes de que se verifique su retiro del servicio, ello en el contexto del proceso de liquidación de las entidades sometidas a procesos de renovación.

En el presente caso, la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, no reúne ninguna de las dos condiciones para ser beneficiario al retén social para pre-pensionados; en efecto en primer lugar la demandante ya no tiene la condición de pre-pensionada por cuanto ya había reunido las condiciones de edad y tiempo de servicio, para obtener el derecho a su pensión, al punto que radicó el 18 de julio de 2012, la solicitud ante COLPENSIONES para



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

obtener su reconocimiento pensional, es decir que su expectativa pensional ya se había materializado.

De igual forma adujo que en cuanto a la figura del retén social la cual se aplica cuando el retiro del servicio sucede dentro del programa de renovación de la administración pública, la misma no resulta aplicable al presente asunto.

Finalmente en cuanto a la presunta vulneración de los derechos a la salud y a la seguridad social, reiteró que la demandante era una empleada de libre nombramiento y remoción y por tanto su retiro del servicio podía efectuarse en uso de la facultad discrecional y en consecuencia bien podía considerar la posibilidad de ser retirada del servicio en cualquier momento.

Precisó que es importante tener en cuenta que a la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, le fue reconocida su pensión a través de la Resolución No. GNR 315162 de 22 de noviembre de 2013 con efectos a partir de su retiro, es decir, a partir del 9 de mayo de 2013, la cual fue reliquidada mediante la Resolución No. GNR 170977 de 11 de junio de 2015, de donde se advierte que desde el momento mismo de su desvinculación fue vinculada al sistema de seguridad social, a través de COLPENSIONES, quien asumió el pago de los aportes a salud.

b) Tesis argumentativa propuesta por la parte demandante/ apelante

Su inconformidad radica particularmente en los siguientes puntos:

En primer lugar indicó que pese a que el cargo de Subdirector Administrativo y Financiero de CORPOBOYACÁ es un cargo de libre nombramiento y remoción, el *a quo* no tuvo en cuenta que en el presente caso existía una situación especial que no fue valorada en debida forma, esto es, que la demandante había iniciado los trámites para el reconocimiento de su pensión de jubilación ante el Instituto de Seguro Social, situación que fue comunicada al empleador, es decir, se encontraba dentro del grupo de especial protección como lo son los pre-pensionados.

Adujo que la discrecionalidad frente a los empleados de libre nombramiento y remoción no puede ser absoluta, toda vez que el nominador no puede desconocer derechos fundamentales del empleado, como por ejemplo que se trataba de una persona próxima a obtener el reconocimiento pensional, es decir, se estaba en presencia de un sujeto de especial protección del Estado por ser pre-pensionada, razón por la cual el acto administrativo de insubsistencia debía ser motivado.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En segundo lugar adujo que siendo la obtención de la pensión de jubilación o vejez una causal de retiro del servicio, sin distinguir si se trata de empleado de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, ese retiro o declaratoria de insubsistencia no se puede dar sin que el empleado se le haya notificado debidamente su inclusión en la nómina de pensionados, ello por cuanto no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional.

Indicó que en el presente caso no se reclamó el carácter de pre-pensionada dentro del concepto de retención social, como lo entendió el *a quo*, toda vez que se trata de conceptos distintos; al respecto señaló que la sentencia de primera instancia se fundamentó en el concepto de reten social el cual no resulta aplicable en el presente caso.

Indicó que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los pre-pensionados no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, razón por la cual resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo.

Adujo que el reconocimiento pensional a la demandante se produjo a partir del 22 de noviembre de 2013 a través de la Resolución No. GNR 315162 proferida por COLPENSIONES, es decir, seis meses después de su desvinculación con la entidad demandada, la cual fue reliquidada posteriormente el 11 de junio de 2015; en éste punto asevera que no es de recibo la tesis del *a quo* según la cual con la reliquidación de la pensión se le reconoció el derecho pensional a la demandante a partir del día siguiente a la desvinculación del cargo que ejerció en la entidad demandada, pues lo que aquí se debate es la ilegalidad de los actos administrativos que desvincularon a la demandante en contravía de la Constitución y la ley.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

Ésta Sala confirmará la sentencia de primera instancia por considerar en primer lugar que la demandante no logró desvirtuar la presunción legal según la cual el acto administrativo que la declaró insubsistente del cargo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba, fue expedido para mejorar la prestación del servicio y el interés general.

De igual forma dirá la Sala que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca no ostenta la condición de pre pensionada, toda vez que de acuerdo con el criterio expuesto por el Consejo de Estado y que es asumido por ésta Sala



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

de Decisión en ésta oportunidad, a efectos de aplicar el concepto de pre pensionado que dé lugar a una estabilidad laboral relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción, la parte demandante debe probar que le faltan tres 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, al momento del retiro del servicio, toda vez que si ya cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación y se esté únicamente a la espera de su reconocimiento, no es dable predicar la aplicación del referido concepto de pre pensionado.

En suma como quiera que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca no demostró la calidad de pre pensionada al momento de la expedición de la Resolución No. 0687 de 09 de mayo de 2013 por medio de la cual fue declarada insubsistente en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, fuerza concluir que la expedición de dicho acto administrativo no requería de motivación, en tanto se presume que decisión que se presume expedida en aras del buen servicio.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: el i) Facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, ii) Pruebas allegadas al plenario y iii) Caso concreto.

2. FACULTAD DISCRECIONAL EN LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

En primer lugar el artículo 125 de la Constitución Política, dispone lo siguiente respecto a la carrera administrativa:

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

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

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

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



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

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

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

Precisamente como desarrollo legal del mandato constitucional contenido en el referido artículo, el legislador expidió la Ley 443 de 1998, en donde de manera diáfana se instituyó que la carrera administrativa es la regla general de ingreso al servicio público de la administración; dicha norma reiteró la distinción constitucional entre cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; a su turno el artículo primero de la Ley 909 de 2004 (que derogó la Ley 443), dispuso que los empleos que hacen parte de la función pública son a) empleos públicos de carrera, b) empleos públicos de libre nombramiento y remoción, c) empleos de periodo fijo y d) empleos temporales.

Como se advierte de la lectura del artículo 125 constitucional y tal como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado¹, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera; sin embargo, también ha sostenido la jurisprudencia que hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello, es decir, lo que se conoce como empleos de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, los empleos de libre nombramiento y remoción responden a uno de los siguientes criterios:

- Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices.
- 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.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 29 de febrero de 2016, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza.

En esa medida y dadas las particularidades del empleo de libre nombramiento y remoción, es el empleador quien tiene la facultad de nombrar discrecionalmente a la persona que cumpla con los requisitos para el empleo, pero también goza de libertad para dar por terminada la relación laboral en cualquier momento sin que le sea exigible motivar la decisión que así lo disponga, ello particularmente en razón a que el elemento determinante en éste tipo de empleo es la confianza entre empleador y empleado.

Al respecto el Consejo de Estado en reciente providencia de 02 de marzo de 2017², respecto a la desvinculación de los empleos de libre nombramiento y remoción, precisó lo siguiente:

“(...)Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios 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.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, señala la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación,

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017).



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad³(...). (Destacado por la Sala)

Como se advierte, el Consejo de Estado ha sostenido que quien ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente, sin necesidad de exponer motivación alguna en el acto de desvinculación, en tanto se presume que el acto de insubsistencia fue expedido con el propósito de mejorar el servicio; en efecto la Alta Corporación en providencia de 09 de febrero de 2012, indicó lo siguiente:

“(...) El acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinen la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonado no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera (...).” (Destacado por la Sala)

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia SU 446 de 2011, respecto al desarrollo de la facultad discrecional del empleador respecto a los empleos de libre nombramiento y remoción, precisó lo siguiente:

“(...) La estabilidad entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, ‘pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

En concordancia con tal planteamiento, la Corte Constitucional en sentencia T-372 de 2012, indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad; en

³ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad: 25000-23-25-000-2001-10005-01 (0389-09).



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

efecto ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En tal virtud, el referente fundamental de los cargos de libre nombramiento y remoción es el mantenimiento de las **condiciones de fidelidad y confianza entre el jefe y subordinado, las cuales se pueden alterar en cualquier momento al margen del ejercicio laboral**, calificación obtenida en la evaluación del desempeño o de gestión si se realiza, la que no desnaturaliza al empleo⁵, y **que autorizan al nominador a disponer el retiro del servicio en circunstancias que solo obedecen a su fuero interno.**

3. DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Mediante Resolución No. 0687 de 09 de mayo de 2013, el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera código 0040 grado 16 de dicha entidad (FI 109).
- A través de comunicación de fecha 09 de mayo de 2013 fue notificado el contenido del acto administrativo de insubsistencia a la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca (FI 108).
- La Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá a través de constancia de fecha 31 de mayo de 2013, laboró al servicio de esa entidad, a través de las siguientes vinculaciones y periodos (FI 110):
 - Órdenes y Contratos de Prestación de Servicios: Desde el 15 de noviembre de 1995 al 30 de septiembre de 1997.
 - Nombramiento en provisionalidad: Desde el 01 de octubre de 1997 al 05 de enero de 2011.
 - Nombramiento en empleo de libre nombramiento y remoción: Del 06 de enero de 2011 al 08 de mayo de 2013.

⁵ Sentencia del 2 de septiembre de 2003, Sala Plena del Consejo de Estado. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación número: 23001-23-21-000-1997-8661-01(S-531).



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Dentro del nombramiento en el empleo de libre nombramiento y remoción denominado Subdirectora Administrativa y Financiera, de acuerdo con la constancia vista a folio 117, la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, tenía asignada entre otras las siguientes funciones:

"1. Formular e implementar políticas, planes y programas relacionados con los procesos de Gestión Humana y de Gestión y Administración de Recursos Físicos y Financieros.

2. Participar en la formulación de los diferentes instrumentos de planificación, en coordinación con los diferentes procesos de la Institución, efectuar el control y seguimiento y proponer a la Dirección General los ajustes necesarios.

3. Realizar control y seguimiento a la ejecución de las políticas financieras y presupuestales establecidas en la Corporación.

4. Dirigir la elaboración de estudios y aplicación de políticas relacionadas con la racionalización administrativa, mejoramiento de procesos y procedimientos, desarrollo del Talento Humano y administración de recursos físicos y financieros.

5. Coordinar la programación, elaboración y consolidación del presupuesto anual de la Corporación con la Subdirección del Planeación y Sistemas y con la participación de las demás dependencias (...)"

- Copia de la Hoja de vida de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca (Fls 120 a 247).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, donde se indica que nació el 28 de junio de 1957 (FI 254).
- Copia de la petición presentada por la aquí demandante de fecha 18 de julio de 2012, con destino al extinto Instituto de Seguros Sociales, mediante el cual solicitaba el reconocimiento de la pensión de jubilación, por haber cumplido los requisitos legales para tal efecto; petición que fue reiterada el día 01 de marzo de 2013 (Fls 256, 257).
- La Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES mediante oficio de fecha 01 de marzo de 2013, informó a la aquí demandante que dada la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, la carpeta pensión no ha sido remitida a dicha entidad, lo cual es



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

necesario para dar trámite a las solicitudes de reconocimiento pensional (FI 255).

- La señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca mediante escrito de fecha 01 de agosto de 2012, informó al señor Jorge Eduardo Suárez Garzón en su condición de Técnico Administrativo de Gestión Humana de CORPOBOYACÁ, respecto al trámite para el reconocimiento de la pensión de jubilación ante el Instituto de Seguros Sociales (FI 301).
- Mediante oficio de fecha 04 de septiembre de 2012, la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca informó directamente al Director General de CORPOBOYACA, respecto al trámite que adelantaba para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación (FI 302).
- A través de memorial de fecha 22 de noviembre de 2012, dirigida al Director General de CORPOBOYACA, la aquí demandante manifestó lo siguiente: *"En atención a sus solicitud de presentar la renuncia del cargo de Subdirector Administrativo y Financiero (...) como quiera que estoy en trámite de obtener mi pensión de jubilación (...) le solicito al señor Director que una vez obtenga mi resolución de reconocimiento de la pensión, presentaría la renuncia a mi cargo (...)".* (FI 303).
- Mediante petición de fecha 29 de enero de 2013, la señora Yaneth Izquierdo Fonseca solicitó la autorización para el disfrute de vacaciones correspondientes a un año de servicios prestados entre el 01 de octubre de 2009 al 30 de septiembre de 2010 (FI 305).
- El Director General de CORPOBOYACÁ a través de la Resolución No. 0211 de 21 de febrero de 2013, dispuso conceder el disfrute de 45 días hábiles de vacaciones a la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, ello en razón a que tenía pendiente tres periodos de vacaciones (FI 307).
- Mediante la Resolución No. 0688 de 09 de mayo de 2013, se encargó de las funciones de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá a partir del 09 de mayo de 2013 8 (FI 342).
- La Administradora Colombiana de Pensiones mediante Resolución No. GNR 315162 de 22 de noviembre de 2013, reconoció pensión de vejez a favor de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2013 (FIs 513 a 517).



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Mediante la Resolución No. GNR 3614 del 08 de enero de 2015, la Administradora Colombiana de Pensiones ordenó reliquidar la pensión de vejez reconocida a la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca a partir del 09 de mayo de 2013, resolución frente a la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. GNR 170977 de 11 de junio de 2015 en donde se ordenó reliquidar nuevamente la pensión de vejez, en donde se ordenó el pago de un retroactivo por valor de \$54.504.515 (Fls 518 a 522).
- En desarrollo de la audiencia de pruebas celebrada el día 02 de diciembre de 2015, se recibió el testimonio de la señora María del Pilar Jiménez Mancipe quien se desempeñaba como Secretaria General y Jurídica de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, donde en lo pertinente indicó lo siguiente (Minuto 12:33 al minuto 31:45 de la grabación:

“(...) Me consta que la Dra. Janeth Izquierdo trabajaba en la Subdirección como Coordinadora Administrativa y Financiera, luego cuando llegó el ingeniero Ricardo López Dulcey que es el actual director de la Corporación, ella continuaba trabajando allá; él hizo unos cambios en el nivel directivo dentro de los cuales luego de 7 meses de iniciar su gestión retiró del servicio a la Dra. Janeth Izquierdo, por cuanto la manera de dirección del Director era muy compatible con la manera realizar sus funciones la Dra. Janeth, no hubo empatía en la relación laboral de ellos dos y por eso se generó el cambio de la Dra. Janeth.

Más adelante indicó: “En la Corporación se llevan a cabo muchos procedimientos y había algunas diferencias entre el Director y la Subdirectora Administrativa y Financiera, porque el Director quería hacer algunos cambios y la Dra. Janeth llevaba un tiempo en la Corporación y las cosas venían haciéndose así y por efecto que que así se hacen y esa es la costumbre, no había esa laxitud de decir cómo lo vamos a hacer, sino que ella era tajante en el cumplimiento de su función, entrando en algunos roces y choque con el Director porque él no quedaba satisfecho con lo que se estaba haciendo (...) se trataba de la manera de dirigir y direccionar la entidad.

Al ser preguntada por el trámite de la pensión de jubilación de la demandante, la testigo adujo que “La doctora (demandante) cuando llegó el Director manifestó que ella había radicado sus papeles para la pensión y que estaba en trámite”.

Al ser preguntada si el Director de la entidad le manifestó al Consejo Directivo molestia alguna con la actitud de la señora Janeth Izquierdo, señaló: “Sí, nosotros en la Corporación hacemos generalmente cada semana comité de dirección para revisar los avances o las cosas pendientes



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

(...) siempre se reúne el nivel directivo y en esas reuniones había algunas inconformidades del Director, por cuanto no había como empatía y no había como esa confianza entre el Director y la Subdirectora Administrativa para tratar de acomodar y hacer las cosas de acuerdo a la nueva dirección que había en la Corporación, por ese motivo siempre había inconformidad y un ambiente un poco tenso (...) esto jamás se manifestó en malos tratos por cuanto tanto el ingeniero Ricardo como la Dra. Janeth son dos personas cultas, pero sí se notaba la tensión entre los dos, lo cual era conocido por todos los funcionarios de la Corporación (...) motivo por el cual la Dra. Janeth salió a vacaciones un tiempo y antes de que llegara de vacaciones, como 8 días antes, el personal de la Corporación solicitó una reunión con el Director para varios temas de carácter administrativo y funcionamiento de la Corporación y uno de los temas más relevantes fue las dificultades entre la Dirección y la Subdirección Administrativa para hacer diferentes procedimientos en la Corporación (...)"

Al ser preguntada respecto a si conoce a la persona que reemplazó en el cargo a la demandante Janeth Izquierdo como Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, afirmó que *"Si se porque actualmente se está desempeñando todavía como subdirectora administrativa y financiera, es economista Aidis Rojas Rincón, ella está desde el mes de mayo de 2013 en la Corporación, ella es economista, tiene una especialización, una maestría y en éste momento es candidata a doctora en economía"*.

Con base en las pruebas antes relacionadas se procede a resolver los problemas jurídicos planteados.

4.- CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto reitera la Sala los problemas jurídicos que resuelven los cargos formulados por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia.

1. ¿La Resolución No. 0687 de 09 de mayo de 2013, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca quien se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción como Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, adolece de nulidad por haberse expedido con anterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez que había solicitado?
2. Como sub problemas jurídicos que abordan la cuestión aquí planteada corresponde a la Sala i) determinar si el acto administrativo demandado fue expedido con falsa motivación, es decir, si se encuentra probado que fue expedido con una finalidad diferente a la del mejoramiento del servicio y ii)



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

¿La señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca probó la calidad de pre pensionada que le otorgaba un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba en la Corporación Autónoma Regional de Boyacá?

4.1 Declaratoria de insubsistencia de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca del cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá

En primer lugar ha de indicar la Sala que de acuerdo con el material probatorio allegado al proceso, no existe discusión en cuanto a que el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá en el que se desempeñaba la demandante, es de libre nombramiento y remoción, ello por cuanto así aparece certificado por la entidad demandada tal como se advierte en la constancia de fecha 31 de mayo de 2013 vista folio 110.

Aunado a lo anterior, ha de advertirse que el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, de acuerdo con la constancia vista a folio 117, tenía asignadas entre otras, las siguientes funciones:

*“1. **Formular e implementar políticas, planes y programas** relacionados con los procesos de Gestión Humana y de Gestión y Administración de Recursos Físicos y Financieros.*

*2. Participar en la **formulación de los diferentes instrumentos de planificación**, en coordinación con los diferentes procesos de la Institución, efectuar el control y seguimiento y proponer a la Dirección General los ajustes necesarios.*

*3. Realizar **control y seguimiento a la ejecución de las políticas financieras y presupuestales establecidas en la Corporación.***

4. Dirigir la elaboración de estudios y aplicación de políticas relacionadas con la racionalización administrativa, mejoramiento de procesos y procedimientos, desarrollo del Talento Humano y administración de recursos físicos y financieros.

*5. Coordinar la programación, elaboración y consolidación del presupuesto anual de la Corporación con la Subdirección del Planeación y Sistemas y con la participación de las demás dependencias (...).
(Destacado por la Sala)*

Vistas las funciones que tenía a su cargo la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca en el desempeño del empleo como Subdirectora Administrativa y



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Financiera de CORPOBOYACÁ y confrontarlas con los criterios fijados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, a efectos de determinar si un empleo puede ser considerado como de libre nombramiento y remoción, fuerza concluir que dicho empleo tiene ésta última connotación, ello por cuanto dicho cargo implicaba dirección, coordinación y formulación de políticas, planes y programas al interior de la entidad demandada relacionada con los recursos físicos y financieros de ésta.

El haberse determinado que el empleo de Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ desempeñado por la aquí demandante es de libre nombramiento y remoción, implica que el acto administrativo de insubsistencia no debe contener una motivación expresa, en tanto opera una presunción legal, esto es, que el acto tiene como fundamento el mejoramiento del servicio y el interés general.

Ello por cuanto tal como se indicó en precedencia, el elemento característico por excelencia de los empleos de libre nombramiento y remoción, está dado por la especial confianza que debe existir entre el Director de la entidad y su empleado, circunstancia que de acuerdo con la prueba testimonial practicada en desarrollo de la audiencia de pruebas no existía entre el señor José Ricardo López Dulcey en su condición de Director General de la Corporación y la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca como Subdirectora Administrativa y Financiera de dicha entidad.

En efecto la declaración rendida por la señora María del Pilar Jiménez Mancipe quien se desempeñaba como Secretaria General y Jurídica de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, fue debidamente aducida al proceso, en tanto fue objeto de contradicción por la parte demandante en desarrollo de la audiencia de pruebas, y además no fue tachada, lo cual permite que sea tenida en cuenta en el presente asunto.

En dicha declaración la señora María del Pilar Jiménez Mancipe fue consistente en afirmar que la salida de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca del cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ se debió a la incompatibilidad de la manera de dirección del Director respecto a la manera realizar sus funciones la Dra. Janeth, así como que no había *“empatía en la relación laboral de ellos dos y por eso se generó el cambio de la Dra. Janeth”*.

Precisamente al ser preguntada si el Director de la entidad le manifestó al Consejo Directivo molestia alguna con la actitud de la señora Janeth Izquierdo, señaló: *“Sí, nosotros en la Corporación hacemos generalmente cada semana comité de dirección para revisar los avances o las cosas pendientes (...) siempre se reúne el nivel directivo y en esas reuniones había algunas inconformidades del Director, por cuanto no había como empatía y no había como*



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

esa confianza entre el Director y la Subdirectora Administrativa para tratar de acomodar y hacer las cosas de acuerdo a la nueva dirección que había en la Corporación, por ese motivo siempre había inconformidad y un ambiente un poco tenso (...) esto jamás se manifestó en malos tratos por cuanto tanto el ingeniero Ricardo como la Dra. Janeth son dos personas cultas, pero sí se notaba la tensión entre los dos, lo cual era conocido por todos los funcionarios de la Corporación (...) motivo por el cual la Dra. Janeth salió a vacaciones un tiempo y antes de que llegara de vacaciones, como 8 días antes, el personal de la Corporación solicitó una reunión con el Director para varios temas de carácter administrativo y funcionamiento de la Corporación y uno de los temas más relevantes fue las dificultades entre la Dirección y la Subdirección Administrativa para hacer diferentes procedimientos en la Corporación (...)". (Destacado por la Sala)

Como se advierte, de acuerdo con la declaración rendida por la señora María del Pilar Jiménez Mancipe, entre el señor José Ricardo López Dulcey en su condición de Director General de la Corporación y la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca como Subdirectora Administrativa y Financiera de dicha entidad, no existía una relación de confianza, necesaria en un cargo de libre nombramiento y remoción como el que desempeñaba la demandante.

Lo anterior desvirtúa la afirmación de la parte demandante cuando afirma que su salida de la entidad demandada se debió a que informó que estaban adelantado los trámites ante el Instituto de Seguros Sociales para obtener su pensión de jubilación; al respecto, si bien es cierto que el Director de CORPOBOYACÁ fue informado del trámite pensional adelantado por la demandante, ese hecho en sí mismo no prueba que el móvil para la declaratoria de insubsistencia, haya sido el tener los requisitos para la pensión de jubilación.

Por el contrario, la Sala encuentra que desde el momento en que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca informó del trámite pensional a la entidad demandada, lo cual ocurrió el 03 de julio de 2012, según da cuenta la certificación vista a folio 310, y en momento en que fue declarada insubsistente (mayo de 2013), transcurrieron 11 meses; además, durante dicho periodo de tiempo se dispuso por parte del Director de la entidad, el disfrute de unos periodos de vacaciones que se adeudaban a la demandante, es decir, no puede deducirse una relación de causalidad entre la declaratoria de insubsistencia y el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión.

Aunado a lo anterior, la parte demandante en modo alguno probó que la persona que la remplazó en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, no tuviera los requisitos exigidos para el cargo; de hecho únicamente se limitó a afirmar que la nueva empleada no



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

contaba con la experiencia específica requerida para el cargo, no obstante no allegó ningún medio de prueba que así lo evidenciara.

En suma la parte demandante no logró desvirtuar la presunción según la cual la expedición de la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente a la demandante en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de CORPOBOYACÁ, que como se indicó era de libre nombramiento y remoción, se fundamentó en el mejoramiento del servicio y el interés general, razón por la cual el presente cargo no tiene vocación de prosperidad.

Ahora bien el cargo fundamental de la parte demandante y por el cuál considera que se debe declarar la nulidad del acto administrativo que la declaró insubsistente del cargo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba en la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, tiene que ver con que previo a que así fuera dispuesto por la entidad, inició los trámites a efectos de obtener la pensión de jubilación, situación que fue dada a conocer por la aquí demandante previo a la declaratoria de insubsistencia, razón por la cual considera que le asiste una protección especial dada su condiciones de “pre pensionada”, lo cual implicaba la obligación de motivar el acto administrativo de insubsistencia, aspecto que será desarrollado en el siguiente acápite.

4.2 Del fuero de estabilidad laboral relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción derivado de la condición de pre pensionado.

En éste punto corresponde a la Sala determinar si la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca probó la calidad de pre pensionada que le otorga un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción que desempeñaba en la Corporación Autónoma Regional de Boyacá.

Desde ahora, la Sala sostendrá la tesis que la demandante no probó la condición especial de pre pensionada que la hiciera beneficiaria de una estabilidad laboral relativa, tal como pasa a exponerse.

En primer lugar ha de indicarse que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, gozan de una protección especial por parte del Estado, las personas en situaciones particulares de vulnerabilidad, entre los cuales se encuentran aquellos que están próximos a obtener los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, grupo poblacional que ha sido denominado como “pre pensionados”, el cual dada su condición de sujetos de especial protección, obtienen en su favor una garantía de estabilidad laboral relativa.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En esa medida, la Corte Constitucional en la sentencia T-089 de 2009, se refirió al concepto de pre pensionado, en los siguientes términos:

*“(...) 7.- Encuentra pues la Sala que la noción de “pre pensionados” se refiere de manera general a aquellas personas trabajadoras de entidades estatales en proceso de liquidación, dentro de los programas de renovación de la administración pública, **a quienes les falten 3 años o menos para cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión** (...). (Destacado por la Sala)*

Posteriormente en la sentencia T-824 de 2014, la Corte Constitucional respecto al alcance del concepto de pre pensionado y su incidencia en la estabilidad laboral que de ello se deriva, señaló lo siguiente:

“(...) Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de explicar que en los procesos de renovación institucional, debe evitarse al máximo la restricción de los derechos de los grupos sociales que puedan verse afectados, cuando la reforma implique la modificación de la estructura de las plantas de personal. En ese contexto, se expidió la Ley 790 de 2002, que prevé mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos tercero y cuarto del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y, en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002 se conocen como retén social (...).

*La regulación legislativa del retén social, ha generado una diversidad de discusiones sobre la interpretación de sus disposiciones, las cuales han girado principalmente en torno de su límite temporal, su naturaleza y al **concepto de pre pensionado**.*

*6.4.2.2. De otro lado, en relación con su naturaleza, cabe señalar que, **en la sentencia C- 795 de 2009, la Corte fue enfática en aclarar que el amparo laboral especial contemplado en la Ley 790 de 2002, se deriva de mandatos especiales de protección incluidos en la Constitución Política, entre los que se encuentra el principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Por lo tanto, sin que importe si una institución hace parte o no del plan de renovación de la administración pública (PRAP), le son absolutamente vinculantes los mandatos de protección reforzada contenidos en distintos artículos constitucionales**, así como la obligación de implementar medidas especiales de protección se acuerdo con lo preceptuado por el artículo 13 de la Constitución Política.*

Enfatizó la Corte:

“(...) 23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

desarrollo del programa de renovación de la administración pública, **la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supra legal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores;** se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección puedan llegar a verse conculcados. En suma, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho (...). (Destacado por la Sala)

En tal sentido, de acuerdo con la Corte Constitucional el fundamento de la estabilidad laboral reforzada de los pre pensionados no deviene de un mandato legal particular y concreto, sino que el mismo tiene su sustento en normas constitucionales, es decir, que se materializa en aquellos eventos en que con ocasión del retiro del servicio público se vean comprometidos derechos fundamentales de grupos de especial protección, es decir, que no se reduce únicamente a eventos en los cuales media un proceso de renovación de la administración pública.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de 02 de marzo de 2017, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, con Radicado interno No. 0294-14, precisó lo siguiente:

“(...) 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 restructuración 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.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los pre pensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los pre pensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión⁶ (...). (Destacado por la Sala)

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ ha sostenido de manera reiterada que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status

⁶ Así lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia T-186 de 2013.

⁷ Al respecto ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero,



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

pensional con el cumplimiento de los requisitos legales no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo, razón por la cual será en cada caso particular y concreto donde se analice la situación particular del trabajador, ello a fin de realizar una ponderación y adecuación del ejercicio de la facultad discrecional.

En esa medida, en palabras del Consejo de Estado⁸, 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, es decir que si la persona ya cumplió los requisitos para tal fin no es dable considerar que se encuentra dentro del grupo especial de pre pensionados.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 29 de febrero de 2016, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve Radicado interno No. 3685-2013, sostuvo la tesis según la cual, cuando una persona ya tiene consolidado su estatus pensional no es dable la aplicación del concepto de pre pensionado; en efecto allí se indicó:

“(...)En el presente caso, partiendo del concepto de “pre pensionado”, la Sala advierte que el señor Edgar Augusto Arias Bedoya no se encuentra en el supuesto fáctico de lo que puede considerarse sujeto de especial protección por no estar próximo a pensionarse y no encontrarse en el contexto de procesos de renovación de la administración pública.

Lo anterior, por cuanto “no le faltaban 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”, puesto que al momento del retiro (12 de enero de 2012) ya tenía consolidado su estatus pensional; hecho que se desprende de la Resolución No. 025613 de 14 de septiembre de 2012 (fl. 105 y 106), por la cual el ISS le reconoció pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985 (aplicable por transición), al contar con más de 55 años de edad (fecha de nacimiento 09/12/1956) y acreditar el tiempo de servicios requerido. Es decir, el actor ya tenía consolidado el status pensional cuando se produjo su retiro del servicio público.

Ahora bien, se tiene que el reconocimiento pensional del actor, contenido en la Resolución 025613 de 14 de septiembre de 2012 se ordenó a partir del día siguiente del retiro (13 de enero de 2012) aunque el demandante consolidó el estatus pensional desde el 9 de diciembre de 2011, razón por la cual “la presunta desprotección económica” carece de sustento probatorio,

número interno 1816-2009, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013 y Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, número interno 0294-14.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, número interno 0294-14.



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

en tanto que no existió solución de continuidad entre el salario mínimo percibido y el reconocimiento y pago de la pensión, dado que ésta se produjo con efectos retroactivos desde el 13 de enero de 2012 (...).

Además, en el presente caso, **el demandante no era sujeto de la protección especial de estabilidad laboral reforzada, toda vez que, no se encontraba en los supuestos de hecho de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia como “pre pensionado” sujeto de la especial protección del Estado, toda vez que ya había consolidado su status pensional al momento del retiro del servicio, teniendo a su alcance las garantías establecidas en la Ley 797 de 2003 para reclamar el reconocimiento de la pensión de jubilación (...).** (Destacado por la Sala)

Criterio reiterado recientemente por el máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de sentencia de 02 de marzo de 2017, citada en precedencia, en donde se precisó lo siguiente:

“(...) De lo anterior se colige que la señora Nubia Elsy Martínez Castañeda no probó que se encuentra en el supuesto fáctico de lo que puede considerarse sujeto de especial protección, por cuanto no allegó documentos que demostraran que al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento le faltaran tres 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 el contrario, de los oficios remitidos al empleador y de las pruebas obrantes en el expediente para determinar dicha calidad se colige:

1.- Que al momento de la declaratoria de insubsistencia contaba con el requisito de edad si se tiene en cuenta que nació el 11 de diciembre de 1955, es decir, tenía 56 años.

2.- Respecto del tiempo de servicios, se concluye que contaba con más de 20 años de servicios, tal como se desprende de los certificados laborales expedidos por los diferentes empleadores y que constan en el cuaderno de antecedentes administrativos.

3.- Que se encontraba a la espera del reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del I.S.S., toda vez que remitió la documentación requerida, sin que exista prueba que la solicitud haya sido rechazada por la falta de algún requisito.

Es decir, a la demandante no le faltaban los tres años de edad o de servicios que señaló la Corte Constitucional para ser considerada como pre-pensionada, toda vez que la estabilidad relativa se origina únicamente cuando falte el tiempo indicado para consolidar el estatus pensional, sin que sea admisible adquirir la protección cuando se cumplan los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación y se esté a la espera de su reconocimiento. (Destacado por la Sala)

En suma, de acuerdo con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
 Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
 Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

las sentencias vistas en precedencia, y que es asumido por ésta Sala de Decisión en ésta oportunidad, a efectos de aplicar el concepto de pre pensionado que dé lugar a una estabilidad laboral relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción, la parte demandante debe probar que le faltan tres 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, al momento del retiro del servicio, toda vez que si ya cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación y se esté únicamente a la espera de su reconocimiento, no es dable predicar la aplicación del referido concepto de pre pensionado.

La consecuencia entonces de considerar que un caso concreto no se está en presencia de la figura del pre pensionado frente a un empleo de libre nombramiento y remoción, es considerar que no existe restricción o límite para el ejercicio de la facultad discrecional prevista en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, particularmente la contenida en su literal a, aunque tal como lo ha indicado el Consejo de Estado en las sentencias referidas en precedencia "(...) si goza de otro tipo de garantía otorgada por el 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 (...)".

En el presente caso, de acuerdo a los elementos de prueba allegados al plenario, encuentra la Sala que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, mediante comunicaciones de fecha 01 de agosto de 2012 (FI 301, 302), reiterada el 04 de septiembre del mismo año, informó a la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, el trámite que adelantaba ante el Instituto de Seguros Sociales a efectos de obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, de donde se infiere que ya había cumplido con los requisitos de tiempo y edad para tal efecto.

En esa medida, concluye la Sala que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca no probó que en efecto se encuentra en el supuesto fáctico de lo que según se expuso en precedencia, puede considerarse sujeto de especial protección, por cuanto no allegó documentos que demostraran que al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento le faltaran tres 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 el contrario de acuerdo con el oficio radicado ante el Instituto de Seguros



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Sociales así como de la lectura de los documentos que anunció como anexos en dicha oportunidad, particularmente del registro civil de nacimiento de la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca, donde se evidencia que para el momento de la desvinculación (09 de mayo de 2013) cumplía con el requisito de edad si se tiene en cuenta que nació el 28 de junio de 1957, es decir tenía 55 años.

Adicionalmente respecto al tiempo de servicios, igualmente contaba con 20 años laborados en el sector público, tal como se desprende de los certificados de historia laboral donde se da cuenta que laboró al servicio de la Industria de Licores de Boyacá desde el 02 de julio de 1979 al 30 de marzo de 1995 (fl 289) y en la Corporación Autónoma Regional de Boyacá desde el 15 de noviembre de 1995 hasta el 08 de mayo de 2013 (fl 110).

Así las cosas, a la demandante no le faltaban los tres años de edad o de servicios que señaló la Corte Constitucional para ser considerada como pre-pensionada, toda vez que la estabilidad relativa se origina únicamente cuando falte el tiempo indicado para consolidar el estatus pensional, sin que sea adquirir tal protección cuando ya se tienen cumplidos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación y se esté a la espera de su reconocimiento.

En suma como quiera que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca no demostró la calidad de pre pensionada al momento de la expedición de la Resolución No. 0687 de 09 de mayo de 2013 por medio de la cual fue declarada insubsistente en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, fuerza concluir que la expedición de dicho acto administrativo no requería de motivación, en tanto se presume que decisión que se presume expedida en aras del buen servicio.

Aunado a lo anterior, no pasa por alto la Sala que uno de los argumentos expuestos por la apoderada de la parte demandante tanto en la demanda como en el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, radicó en que con la declaratoria de insubsistencia se le causó una vulneración a sus derechos fundamentales, en tanto aún no se le había reconocido ni incluido en nómina de pensionados, lo cual ocurrió seis meses después.

Al respecto ah de advertirse que en el proceso se encuentra probado que a la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca en un primer momento por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones a través de la Resolución No. GNR 315162 de 25 de noviembre de 2013, se ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 01 de diciembre de 2013; sin embargo,



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

posteriormente a través de las Resoluciones No. GNR 3614 de 08 de agosto de 2014 y No. GNR 170977 de 11 de junio de 2015, COLPENSIONES ordenó la reliquidación de la pensión reconocida a la aquí demandante, a partir del 09 de mayo de 2013, esto es, el día siguiente al retiro del servicio, esto en aplicación de la Ley 33 de 1985, ordenado el pago de un retroactivo por valor de \$54.504.515, situación que de manera evidente, le permitió recuperar el ingreso para asegurar su subsistencia y la de su familia ante el retiro del servicio por la declaratoria de insubsistencia.

En decir, queda desvirtuada la presunta afectación a derechos fundamentales como el mínimo vital en razón de “la presunta desprotección económica”, en tanto no existió solución de continuidad entre el salario percibido y el reconocimiento y pago de la pensión, dado que ésta se produjo con efectos retroactivos desde el 09 de mayo de 2013.

Teniendo en cuenta lo anterior los cargos formulados en el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual se impone confirmarla en su integridad.

5. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, se condenará a la parte recurrente, por confirmarse la providencia apelada⁹, y por cuanto en el expediente aparece que se causaron, de conformidad con lo previsto en el ordinal 8° del Artículo 365 del C.G.P.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Corporación Autónoma Regional de Boyacá ejerció actuaciones procesales en segunda instancia. En consecuencia, **se condenará a la parte vencida al pago de las mismas** en un porcentaje del 3% de las pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2013.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de decisión Oral No 5, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁹C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)



Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá
Expediente: 15001333301420130022801
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja con fecha 07 de abril de 2016, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte recurrente, liquídense por Secretaría. Se fija como agencias en derecho el 3% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen. Déjense las anotaciones que sean del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente: 15001333301420130022801
Demandante: Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca
Demandado: Corporación Autónoma Regional de Boyacá

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

NOTIFICACION POR ESTADO

El auto en poder de notificación por estado

Nº. 178 de 27 OCT 2017

