



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, junio veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la **sentencia** de primera instancia proferida el **30 de noviembre de 2017**, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que **negó** las pretensiones de la demanda presentada por el señor Daniel Octavio Molina Mora contra el Municipio de Chinavita – Concejo Municipal.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Demanda. (f. 2 a 8 c.1):

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Daniel Octavio Molina Mora, a través de apoderada judicial, pidió declarar la nulidad del **Acta No. 065 del 10 de diciembre de 2013** (fs. 26 a 33), proferida por el Concejo Municipal de Chinavita, mediante la cual lo **removió del cargo** de Secretario de la Corporación.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- * Se reintegre al cargo que ocupaba antes de su retiro, o a otro de igual o mayor categoría.
- * Se indemnice por los perjuicios causados con la decisión administrativa cuya nulidad se depreca, a través del pago de los sueldos, primas, subsidios, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos que hubiese podido percibir desde el 1º de enero de 2014 y hasta el día en que sea efectivamente reintegrado. Así mismo, se repare el daño moral sufrido por el demandante.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Daniel Octavio Molina Mora

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

- * *Que las anteriores sumas de dinero sean debidamente indexadas y se cobren los intereses moratorios correspondientes a la tasa más alta permitida por la ley.*
- * *Que, se declare que no existió solución de continuidad en la prestación personal del servicio del demandante.*
- * *Que se condene en costas a la entidad demandada.*

Señaló como hechos relevantes los siguientes:

- * *El señor Daniel Octavio Molina Mora ejerció como Secretario del Concejo Municipal de Chinavita del 07 de febrero de 2011 al 31 de diciembre de 2013.*
- * *En el interregno en que tuvo vigencia la relación laboral, el médico Dr. Ernesto Alejandro Esteban Caicedo, adscrito a la EPS Famisanar-Colsubsidio, le diagnosticó una **"RESECCIÓN DE TUMOR DE LA BASE DEL CRÁNEO-FOSA MEDIA-POR VÍA TRANSESFENOIDAL"** (f. 2).*
- * *El neurólogo Dr. Carlos Martínez, con ocasión al diagnóstico referido, lo remitió a neurocirugía con carácter prioritario, valoración en la cual se determinó la necesidad de realizarle una cirugía.*
- * *A la fecha de presentación de la demanda, no había sido posible practicar la referida intervención quirúrgica al accionante, por cuanto la decisión de retiro del servicio conllevó a la desafiliación del Sistema de Seguridad Social en Salud y, no posee los recursos económicos propios requeridos para sufragar los gastos médicos de alto nivel derivados de su diagnóstico.*
- * *El Concejo Municipal de Chinavita en sesión de 10 de diciembre de 2013, decidió dar por terminada la vinculación laboral del demandante, y designó en su remplazo a Nohora Rosa Herrera Riaño. Lo anterior, sin tener en cuenta i) su condición de vulnerabilidad a causa del grave estado de salud en que se encontraba y, ii) su calidad de prepensionado.*
- * *Los ingresos del demandante provenían única y exclusivamente del sueldo que devengaba como Secretario del Concejo Municipal de Chinavita, el cual correspondía a la suma aproximada de \$900.000.*

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Daniel Octavio Molina Mora

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

- * *La decisión administrativa acusada, desconoció la especial protección que la Constitución y la ley consagran para los prepensionados, pues a la fecha de retiro, al demandante solo le faltaba algo más de un año para cumplir los 62 años requeridos para acceder a la pensión y, ya tenía el número suficiente de semanas cotizadas. Adicionalmente, no medió una justa causa para el efecto.*
- * *En ese contexto, el demandante promovió acción de tutela, cuyo conocimiento correspondió a la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Tunja, la cual mediante fallo de 03 de abril de 2014 decidió amparar los derechos fundamentales a la salud y a la vida del accionante. Sin embargo, no tuteló el derecho fundamental al trabajo, decisión respecto de la cual, la Magistrada María Julia Figueredo Vivas decidió salvar su voto.*

*Como **normas vulneradas y concepto de violación** señaló los artículos 1, 2, 6, 25, 29, 53, 123 y 209 de la Constitución Política; la Ley 712 de 2001; los artículos 44, 137, 138 y 164 del Código Contencioso Administrativo, la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.*

Refirió las Sentencias T- 191 de 2009, T-531 de 2011 y T-864 de la misma anualidad, para manifestar que con la decisión administrativa demandada, se desconoció el amplio precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la especial protección que se debe brindar no solo a los prepensionados, sino a los servidores en condición de discapacidad.

Adujo que de conformidad con el ordenamiento jurídico laboral, no está permitido despedir o desvincular a un trabajador cuando se encuentra enfermo o en estado de discapacidad, salvo que medie una justa causa y una autorización de la Oficina de Trabajo, comoquiera que en ese momento el individuo es titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Señaló que la autonomía administrativa que le asiste al Concejo Municipal de Chinavita no es absoluta e ilimitada, pues con sus actuaciones no puede desconocer los principios propios del Estado Social de Derecho, cuyos postulados propenden por la prevalencia del ser humano. Por lo anterior, el concejo no podía bajo el argumento de la expiración del plazo pactado— contrato a término fijo de un año—, dar por terminada la relación laboral con el demandante, sin que mediase una justa causa para ello y, una correlativa autorización por parte del Ministerio del Trabajo, pues se trataba de un sujeto de especial protección.

Citó la sentencia de 09 de septiembre de 2009 proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente con número de radicación 76001-23-31-000-2009-00670-01(AC), para indicar que el despido de un empleado en razón a sus condiciones de debilidad constituye un trato discriminatorio y; que la carga de la prueba de la no discriminación corresponde al empleador, quien deberá demostrar que el despido en realidad obedeció a causas objetivas.

Por último, transcribió el salvamento de voto de la Magistrada del Tribunal Superior de Tunja, Doctora María Julia Figueredo Vivas, mediante el cual se apartó de la decisión adoptada en el fallo de tutela.

1.2. Contestación de la demanda (f. 267 a 282 c.1):

El Municipio de Chinavita – Concejo Municipal, por medio de apoderado judicial, contestó la demanda en los siguientes términos:

Aseveró que el Acuerdo No. 014 del 06 de diciembre de 2011, por medio del cual se fija el reglamento interno del Concejo Municipal de Chinavita, dispone que el cargo de Secretario de la Corporación tiene periodos fijos a un (01) año, legalmente definidos por el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, con posibilidad de reelección, lo cual no quiere decir que se trate de una relación sin solución de continuidad o con prorrogas automáticas como cualquier relación laboral ordinaria.

Que, el periodo del actor en el cargo se respetó y cumplió hasta el 31 de diciembre de 2013 y, que él tenía pleno conocimiento de los detalles y particularidades del tipo de su vinculación, pues los mismos le fueron comunicados en el acta de posesión correspondiente.

Aseguró que la Corporación no tenía conocimiento del estado de salud del demandante, circunstancia que impide la configuración de la denominada estabilidad laboral reforzada con que cuentan las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. En ese sentido, resaltó que no obran en el expediente pruebas suficientes para determinar la causalidad entre la referida condición de debilidad y la desvinculación laboral, razón por la cual el acto de autoridad de retiro del servicio no puede erigirse como discriminatorio o constitutivo de abuso del derecho, pues el móvil de la desvinculación no fue la condición misma del individuo. Y, añadió:

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

“Así señor Juez, resulta de mayúscula importancia aclarar que al señor Molina Mora no se le extinguió su relación laboral por voluntad de la Administración Municipal o del Concejo Municipal, sino por agotamiento natural del mismo al vencerse su periodo legal. Tal aseveración equivale a afirmar que el Alcalde Municipal puede prorrogar su periodo constitucional por estar en embarazo, o por estar enfermo o por estar en situación de pre-pensionado, lo cual a todas luces es un despropósito legal.” (f. 96)

Sobre la desafiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud del demandante, dijo que es obligación de la Corporación reportar al Sistema la novedad de retiro una vez vencido el periodo legal establecido para el cargo, sin embargo, aclaró que el retiro no impedía en ningún caso que el señor Molina Mora siguiera cotizando a salud, tramitara su afiliación al régimen subsidiado, o inclusive soportara el pago en salud con los dineros obtenidos por concepto de liquidación, con la finalidad de dar continuidad a sus tratamientos médicos y propender por conservar su salud. Concluyó que, como ello no se llevó a cabo, *“opera más la negligencia del demandante o la aspiración de lucrarse indebidamente de la administración a través de este tipo de acciones, como opera en el colectivo que generalmente trabaja con la administración pública.” (f. 96)*

Reiteró que el concejo municipal no tuvo como móvil del retiro el estado de salud o la edad del demandante, pues la designación de la señora Nohora Rosa Herrera Riaño en el cargo de Secretaria de la Corporación, atendió a un procedimiento debidamente reglado.

Que, en la sesión en la cual se llevó a cabo la designación del nuevo Secretario, el accionante tomó el uso de la palabra y agradeció a la Corporación, sin que en ningún momento manifestara la obligación de reelegirlo por razón a su edad y estado de salud.

Agregó que, el hecho de tener una determinada edad no genera por sí sola la condición de prepensionado y, que no obra en el expediente prueba alguna que acredite las semanas de cotización a pensión del demandante.

Finalmente, adujo que la designación de la Secretaria para la vigencia 2014, no implicó la expedición de un acto administrativo que creara, modificara o extinguiera un derecho del señor Molina Mora, por tanto no hay razones de hecho o de derecho que le permitan solicitar la nulidad del acta referida, máxime si se tiene en cuenta que la misma incorpora temas de vital importancia para el municipio y, no tiene por fin único la designación del nuevo Secretario. Concluyó:

“ ... no puede declararse la nulidad del Acta N° 65 de 10 de diciembre de 2013, por no existir argumentos que indiquen que la misma resulta ilegal, pues se

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

trata de un documento que contiene una gran cantidad de disposiciones que afectan directamente la vida de la Administración Municipal, ajenas por completo al tema in citu del libelo de demanda, sin dejar de mencionar que omite por completo cita alguna de las causales previstas en el Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, lo cual advierte otra imposibilidad de éxito en la pretensiones planteadas por no formular la acción que en derecho corresponde.” (f. 99)

Invocó como excepciones: improcedencia de la acción por defectos sustantivos en su formulación, caducidad, falta de concreción de la causa litis, inaplicabilidad del principio de estabilidad laboral reforzada a favor de servidores públicos de periodo fijo y, la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia de **30 de noviembre de 2017**, **negó** las pretensiones de la demanda presentada por el señor Daniel Octavio Molina Mora (f. 391 a 404 c.2).

Contrajo el problema jurídico a determinar si “la Sesión ordinaria No 065 realizada por el Concejo Municipal de Chinavita, en fecha 10 de diciembre de 2013, en el orden del día No 8 denominada “elección del secretario del concejo municipal vigencia 2014”, se encuentra viciada de nulidad, por violación de preceptos constitucionales, relacionados con la presunta omisión del CONCEJO MUNICIPAL, de atender la situación especial del demandante, debido a su estado de salud y calidad de prepensionado; y en caso afirmativo determinar si hay lugar al restablecimiento del derecho solicitado”(f. 395 vto.)

En ese sentido, refirió el artículo 313 de la Constitución; el inciso cuarto del artículo 126 ibídem, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015 y el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, para señalar que la ley no ha regulado la elección para el caso concreto de los Secretarios de los concejos municipales, razón por la cual, cada Corporación cuenta con un margen de autonomía para el efecto, dentro de los límites dados por principios mínimos generales, tales como la publicidad y el mérito.

Manifestó que el constituyente de 1991 consagró el trabajo como un derecho fundamental y, que por tal razón, la Corte Constitucional ha desarrollado la tesis de la estabilidad laboral para quienes “se encuentran ad portas de adquirir el status de pensionado (...) por lo tanto, debe aplicarse en aquellos eventos donde exista tensión entre los mecanismos que permiten el despido del empleo con los derechos a la igualdad y al mínimo vital de las personas.” (f. 397 vto.)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Daniel Octavio Molina Mora

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

Que, la estabilidad laboral se entiende como la garantía de los trabajadores tanto del sector público como del sector privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues por la edad en que se encuentran les es difícil ingresar de nuevo al mercado laboral y, obtener su sustento y el de su familia. Sin embargo, no basta la mera calidad de prepensionado para demandar la protección especial, pues se requiere que la desvinculación o el retiro del cargo ponga en riesgo sus derechos fundamentales.

Mencionó la Ley 790 de 2002 mediante la cual se pretendió garantizar el empleo a los prepensionados que laboraban para las entidades a reestructurarse por parte del Estado y, las Sentencias C-795 de 2009, T-768 de 2005, T-034 de 2010, SU-897 de 2012 y T-824 de 2014 de la Corte Constitucional, las cuales dispusieron la aplicación de la mentada ley -retén social- en un término de 3 años, a todos los servidores públicos, tanto de libre nombramiento y remoción, como en provisionalidad.

Afirmó, que si bien es cierto que la estabilidad laboral reforzada ha sido desarrollada por la ley y la jurisprudencia, no lo es menos que su origen radica en los principios consagrados en la constitución, razón por la cual, aunque la Ley 790 de 2002 institucionalizó la reestructuración y el retén social para la Rama Ejecutiva a nivel central, la misma se ha venido aplicando a otros entes y servidores con independencia del sector o de la forma de vinculación.

En cuanto a los enfermos de cáncer, señaló que son sujetos que por su condición de salud se encuentran en una posición de desventaja respecto a la generalidad de las personas, razón por la cual, cuentan con una especial protección por parte del Estado, que busca evitar la proliferación de actos discriminatorios y, garantizar su estabilidad en el empleo, y la continuidad en su tratamiento de salud.

Al descender al caso concreto, señaló que se encuentra acreditado en el plenario que el demandante:

- Se desempeñó como Secretario General del Concejo Municipal de Chinavita durante las vigencias 2011, 2012 y 2013.*
- Nació el 09 de abril de 1953 y, para la fecha en que se efectuó el nombramiento del Secretario General del Concejo para la vigencia 2014, contaba con 60 años de edad.*

- *El 28 de octubre de 2013, le fue diagnosticado “TUMOR BENIGNO (Sic) DE LA HIPOFISIS”.*
- *Tenía un total de 1401 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensión: un bono pensional por valor de \$ 10.110.551 por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 1973 y el 30 de mayo de 1990 y; un saldo de \$ 19.355.833 en el régimen de ahorro individual.*

Precisó que de conformidad con el artículo 37 de la Ley 136 de 1994 y a los artículos 43 y subsiguientes del Acuerdo 014 de 2011 expedido por el concejo municipal, el cargo de Secretario General del Concejo es un cargo de naturaleza pública por periodo fijo a un año.

Una vez establecida la naturaleza del cargo, señaló que la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al principio de estabilidad laboral reforzada en favor de servidores públicos de periodo fijo mantiene una postura en virtud de la cual, la desvinculación del servidor ante el cumplimiento del periodo o el vencimiento del plazo, no representa una conducta discriminatoria por parte del empleador.

Que, sin perjuicio de lo anterior, los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de estabilidad laboral reforzada tienen una tendencia a la protección de los trabajadores tanto del sector público como del sector privado – incluyendo a los de periodo fijo - , que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta, siempre que i) reúnan las condiciones que la ley disponga y; ii) la condición sea puesta en conocimiento del empleador.

Citó la sentencia proferida el 29 de febrero de 2016 por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, dentro del proceso radicado No. 05001-23-33-000-2012-00285-01 (368513), con ponencia del Consejero Doctor Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se estableció que la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no limita la facultad discrecional de la administración para retirar del servicio a un empleador de libre nombramiento y remoción, pues se debe realizar un ejercicio de ponderación que permita armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos del su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Comoquiera que el simple hecho de tener una determinada edad no implica per se la calidad de prepensionado y, que se requiere que en efecto exista proximidad para consolidar el derecho a la pensión, el a quo analizó los requisitos para acceder a tal

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Daniel Octavio Molina Mora

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

derecho, en cada uno de los dos regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensión, cuales son: i) el de Prima Media con Prestación Definida y, ii) el de Ahorro Individual con Solidaridad.

Precisó, que en el sub examine se acreditó que el demandante se encontraba afiliado al fondo Protección Pensiones y Cesantías desde octubre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2013 con un saldo de \$ 19.355.833 en su cuenta de ahorros individual, circunstancia que permite concluir que por lo menos los últimos 12 años de su vida laboral, cotizó al régimen de ahorro individual.

Examinó los requisitos para el reconocimiento de la pensión en el mentado régimen, e indicó que la consolidación del derecho depende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, el cual debe permitir obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente; sin que sean requisitos la edad y el número de semanas cotizadas.

En ese contexto, aseveró que dada la naturaleza de la vinculación laboral y las particularidades del régimen de pensiones de ahorro individual al que se encontraba afiliado el demandante para la fecha en que el Concejo Municipal de Chinavita efectuó el nombramiento de la Secretaria para la vigencia 2014, no ostentaba la calidad de prepensionado, pues la suma en su cuenta de ahorros era de \$19.355.833 más un bono pensional de \$10.110.551; valores que en todo caso no alcanzan a cubrir el capital necesario para obtener el derecho a la pensión mínima en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993¹.

Adicionalmente, manifestó que el demandante tampoco cumplió con los requisitos previstos en el artículo 65 *ibidem* para acceder a la garantía de la pensión mínima de vejez, pues optó por la devolución de saldos en los términos del artículo 66 *idem*, trámite que se encuentra plenamente acreditado en el plenario. Así pues, si bien el empleador tenía conocimiento de la edad y las semanas cotizadas por el actor, desconocía cual era monto del capital ahorrado, a fin de determinar si estaba próximo o no a pensionarse.

Ahora bien, en cuanto a la enfermedad que padecía el demandante, el a quo afirmó que si bien se probó y, en consecuencia se presume una debilidad manifiesta, no

¹ El a quo realizó lo que él denominó un “cálculo hipotético del monto del ahorro conforme el artículo en cita, para indicar que “el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual para obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de retiro del demandante y teniendo en cuenta la expectativa de vida en Colombia, asciende a un monto aproximado de \$ 81.523.200 (132 meses x \$ 677.600).” (f. 402 vto.)

puede perderse de vista que no logró acreditarse en ninguna forma que el Concejo Municipal de Chinavita en calidad de empleador, conociese la condición de salud del actor, pues se advierte que para el año 2013 se encontró incapacitado en diferentes oportunidades, estas señalaban una enfermedad general.

Destacó, que el señor Molina Mora participó el proceso de selección del secretario de la Corporación para la vigencia 2014 y, en la sesión de 10 de diciembre de 2013, en la cual se eligió por voto de los integrantes de la Corporación al nuevo Secretario General, no obstante no ejerció oposición alguna ante el nombramiento, sino que se limitó a agradecer la oportunidad a los concejales.

Finalmente, concluyó:

*“(...) es claro que el demandante, no ostentaba la calidad de prepensionado (por no reunir los requisitos para pensionarse en el régimen de Ahorro individual), y **per se (Sic) a encontrarse enfermo de cáncer, no manifestó al CONCEJO MUNICIPAL su especial situación, a efectos de que en el momento de efectuar la elección del Secretario del Concejo Municipal para el año 2014, dicha corporación tomara una decisión teniendo en cuenta la condición que alega el demandante y que por tanto merecía un tratamiento especial, y que en su caso el Concejo Municipal no le dio por terminado su nombramiento, si no que llegado el plazo y culminado el periodo para el cual fue nombrado, en efecto su relación laboral debía concluir, debido precisamente a la naturaleza del cargo.**” (f. 403 vto.) – Negrilla fuera del texto original –*

Por lo anterior, negó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN².

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Manifestó que la sentencia recurrida debe revocarse en tanto el operador judicial pasó por alto la obligación a su cargo, de leer las normas jurídicas en consonancia con el “manto axiológico contenido en el Preámbulo Constitucional” (f. 408) y, en consecuencia, desconoció los preceptos allí consagrados.

Indicó que el actor a la fecha de retiro de su cargo, si ostentaba la calidad de prepensionado por cuanto tenía 1401 semanas cotizadas al régimen pensional de prima media. Así pues, con independencia a que se hubiese trasladado al régimen de ahorro individual -sin consentimiento debidamente informado para el efecto- y, que

² Visto a folios 406 a 413 del cuaderno 2.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Daniel Octavio Molina Mora

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

hubiese optado por recibir la “indemnización sustitutiva”, el demandante “tenía además 60 años de edad, más si se tiene en cuenta el art. 65 de la ley 100 de 1993, citado por el a quo, y que manda lapidariamente a que el Estado le garantice el goce de una pensión mínima de vejez al cumplimiento de los 62 años (le faltaban menos de dos) por tener más de 1.150 semanas cotizadas. Luego, ineludible es que era un prepensionado” (f. 408).

En cuanto a la enfermedad, afirmó que el a quo desconoció la Sentencia T-986 de 2012, según la cual, la información al empleador de la condición médica del trabajador no es necesaria para demandar protección especial por parte del Estado, providencia que si bien estudia el padecimiento de VIH, resulta aplicable al caso concreto.

Que, si aun en gracia de discusión se admitiera que al demandante le asistía la obligación de informar su grave estado de salud al empleador, no puede perderse de vista que previo a la finalización de la relación laboral, es decir, antes del 31 de diciembre de 2013, el demandante promovió una acción de tutela con fundamento en los mismos hechos que convocan el presente estudio, circunstancia que permite colegir que si le informó a la entidad territorial su grave situación médica y, que la misma tuvo la opción de proteger sus derechos, pero no lo hizo.

Citó nuevamente el salvamento de voto de la Magistrada María Julia Figueredo Vivas, quien se apartó del fallo de tutela referido, pues a su juicio, tal manifestación parte de un análisis de la situación desde la óptica que corresponde, es decir a partir de los principios constitucionales y la humanización de la justicia.

Adujo que la sentencia apelada forzosamente resulta legal, pero no constitucional, pues va en contravía de los principios, valores y fines que rigen el Estado Social de Derecho. Y, planteó el siguiente cuestionamiento:

“¿ es justo, humano, correcto y coherente con los principios y valores que entraña el Estado Social de Derecho, que a un anciano de 61 años de edad, enfermo grave y sin ningún ingreso adicional sino solo su salario, del cual dependía no solo su subsistencia personal sino familiar, la Administración Municipal lo despida por el simple prurito del vencimiento del año para el cual fue nombrado como Secretario del Concejo Municipal a pesar de que las causales que motivaron su nombramiento no hubieran desaparecido, despido que la Justicia mediante la sentencia hoy apelada considera legal a pesar de ir contra los principios, valores, fines y metas Superiores tal y conforme lo evidenció el pretranscrito Salvamento de Voto al fallo de tutela que intentó el actor antes del 31 de diciembre de 2013, fecha en que expiraba el año para el cual fue designado, y que se constituye en plena prueba que si le informó a su empleador – el Municipio – de sus especiales condiciones personales antes de que expirará (Sic) tal año, información que reitero la jurisprudencia constitucional considera inexistente.”(f. 410)

Finalmente, refirió las sentencias T-426 de 1992, T-395 de 2016, T-017 de 2012, T-531 de 2011 y T-077 de 2014 de la Corte Constitucional. Agregó que ante la existencia de dos interpretaciones, el fallador tiene la obligación de considerar la más favorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, lo cual no hizo el a quo en la providencia apelada.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió el recurso de apelación³ y sin que se hubiese presentado solicitud probatoria alguna, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.

4.3. Alegatos de conclusión:

4.3.1. Parte demandante: No se pronunció.

4.3.2. Municipio de Chinavita: No se pronunció.

4.3.3. Ministerio Público: No emitió concepto.

VI. CONSIDERACIONES.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017, por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja que accedió negó las pretensiones de la demanda.

6.1. Del recurso de apelación:

Las inconformidades del recurrente se contraen a los siguientes argumentos:

- i. El actor contaba con 1401 semanas cotizadas y 62 años de edad, por consecuencia, era prepensionado y ostentaba una estabilidad laboral reforzada así hiciera parte del régimen de ahorro individual e “independientemente que se

³ Visto a folio 423 del expediente.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

hubiese traslado -sic. - sin consentimiento debidamente informado al de ahorro individual” (f. 408)

- ii. *Antes del 31 de diciembre de 2013, se informó al Concejo Municipal el estado de salud que padecía el demandante, por medio de una acción de tutela presentada el 20 de diciembre de la misma anualidad.*
- iii. *Citó la sentencia T-986 de 2012 proferida por la Corte Constitucional y manifestó que si bien se trata de un caso de VIH, aplica para el caso bajo análisis, en el sentido que no era obligatorio informar a su empleador sobre su condición.*
- iv. *Debe aplicarse el principio de favorabilidad.*

No obstante ser estos los cargos de apelación, el carácter del empleo que desempeñaba el demandante, asunto del cual se ocupó el a-quo, no puede pasarse por alto.

Frente a los argumentos de cargo de período, la parte demandante no manifestó inconformidad, y el análisis del juez de instancia, que esta Sala comparte, concluyó que el cargo de Secretario del Concejo Municipal de la entidad demandada era de un año.

Se ocupará la Sala, en consecuencia, del alcance de la estabilidad reforzada, cuando se ocupa un empleo de período, pues resulta ser este un aspecto sustancial a fin de determinar, a su vez, la existencia de la protección que deprecia el demandante.

6.2. De la estabilidad laboral reforzada de los empleados públicos que ejercen cargos de periodo fijo:

La Corte Constitucional reconoce que la disminución física y psíquica que imponen una situación de debilidad manifiesta debe ser protegida en igualdad de condiciones tanto en el ámbito privado como en el público, sin embargo, en aquellos cargos públicos de periodo fijo, ha decantado un criterio específico que pasa a desarrollarse.

*En sentencia T-834 de 2012⁴, la Corte se pronunció sobre la estabilidad laboral reforzada de una empleada que ejercía el cargo de **personera municipal**. Sobre la estabilidad laboral reforzada de los **funcionarios de periodo fijo**, señaló que, si bien en principio la empleada sería beneficiaria de una protección especial, el hecho de que su permanencia en el cargo dependiera **de la culminación de un periodo fijo***

⁴ Esta sentencia también fue citada por el a-quo

impedía hacerle extensivos los beneficios asociados a la protección, en ese caso, de la maternidad. Así mismo, coligió que **no se configuraba una vulneración del derecho a la igualdad**, toda vez que el cargo que desempeñaba (**de periodo fijo**), se sujetaba a unas pautas especiales de acceso y retiro del servicio, que buscaban facilitar el correcto ejercicio de la función pública, antes que garantizar la estabilidad en el empleo de sus servidores. Si bien aquella se analizó bajo los parámetros del estado de gravidez, la ratio decidendi de esta providencia resultan ser aplicables al caso que ahora examina la Sala, en tanto también se trataba de una causal de estabilidad laboral reforzada. En esa sentencia, la Corte sostuvo:

*“...La accionante **no fue despedida**. Simplemente, **terminó su vínculo con la administración, a raíz de la finalización del periodo que el legislador le asignó a su cargo**. De ahí que no sea posible, por sustracción de materia, verificar si el despido se llevó a cabo durante el embarazo o el término de la licencia de maternidad; si el empleador conocía del estado de embarazo al momento del despido; si el despido se dio por causa de la maternidad y si afectó el mínimo vital de la demandante o el de su futuro hijo.*

4.8 Pues bien, la ausencia del despido no ha sido óbice para que esta corporación indague por la configuración de un trato discriminatorio cuando las madres gestantes son separadas de sus cargos **al cumplirse el plazo de sus contratos laborales a término fijo** o de prestación de servicios. Así las cosas, y teniendo en cuenta que ambas hipótesis involucran la terminación de una relación laboral por el simple transcurso del tiempo, **¿es posible estudiar la situación de la peticionaria bajo esos mismos parámetros?**

*La Sala estima que no. Básicamente, porque la peticionaria -ni, en general, cualquier servidora pública de periodo fijo- podría demostrar la presencia de uno de los elementos que justifica el amparo de la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras que son desvinculadas **una vez se cumple el plazo pactado en su contrato: una legítima expectativa de permanencia en el cargo, esto es, su confianza en que el mismo será renovado, mientras las causas que motivaron su vinculación no hayan desaparecido. Solo cuando esa expectativa de continuidad y permanencia es defraudada de manera injustificada, la desvinculación puede asociarse a una conducta discriminatoria, que es lo que, en últimas, da lugar a que se ordene el reintegro.***

Pero no fue esto lo que le ocurrió a la peticionaria, cuya desvinculación obedeció una causal objetiva de retiro del servicio, relativa al cumplimiento de un periodo fijo, que solo puede ser alterado por la ley y que, además, era suficientemente conocido por ella. De ahí que no tuviera razones para confiar en una eventual extensión de su periodo, distinta de aquella a la que habría podido acceder de ser designada como personera en una nueva elección.

4.9 En conclusión, la señora Vélez Casas **no fue desvinculada intempestivamente de su cargo de personera, lo cual impide considerar que haya sido víctima de un trato discriminatorio o que haya sufrido una afectación de su mínimo vital derivada de una conducta arbitraria del concejo**. Esto, en suma, implica que la solicitud de amparo es materialmente improcedente. (...)” -Resaltado fuera del texto original-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

Y más adelante, al abordar el ítem “La accionante, como funcionaria de periodo fijo, no goza del derecho a la estabilidad laboral reforzada” sostuvo:

“4.10 Al formular el **problema jurídico** relativo a la supuesta lesión que el concejo municipal de Santa Bárbara le habría causado a los derechos fundamentales de la accionante **al elegir a un nuevo personero**, en lugar de mantenerla en el cargo, la Sala advirtió que tal **cuestión exigía determinar si una personera municipal, en su condición de funcionaria de periodo fijo, podía beneficiarse de la estabilidad laboral reforzada** que esta corporación ha reconocido a favor de las madres gestantes.

La Corte no ha estudiado ese tema previamente. Sin embargo, sí ha fijado unas reglas que pueden aplicarse al presente asunto y que ratifican **la prevalencia de principio democrático** sobre la garantía de estabilidad laboral, en aquellos casos en que un funcionario de periodo fijo reclama su derecho a permanecer en el servicio público.

4.11 La primera fue fijada en la sentencia C-563 de 1997¹³³¹, que declaró exequible la expresión del artículo 31 del Decreto-Ley 2277 de 1979 que impedía que los docentes públicos continuaran en el servicio una vez cumplían la edad de retiro forzoso.

(...)

La corporación explicó que una causal de retiro como la analizada –el cumplimiento de la edad de retiro forzoso– constituye una **limitación razonable** a la estabilidad laboral de la que gozan los servidores públicos inscritos en el sistema de carrera administrativa. Pero no ocurre lo mismo frente a los vinculados mediante los otros dos sistemas de selección, en los que dicha **estabilidad no existe**, porque está supeditada a la salvaguarda de bienes constitucionales superiores, como la **decisión popular de elegir a un ciudadano para que desempeñe un cargo durante un periodo determinado**. En este sentido, el fallo indicó:

“(…) los restantes servidores públicos - elegidos o sometidos al régimen de libre nombramiento y remoción -, **no gozan del derecho a la estabilidad. En efecto, incluso, el período fijo**, se explica más en virtud del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia, que en gracia de **asegurar al respectivo funcionario**, un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos. En otras palabras, por las condiciones propias de cada sistema de selección, la regla que se estudia no puede ser aplicada, salvo las expresas excepciones constitucionales, a funcionarios de libre nombramiento y remoción o a **servidores que gozan de un período fijo** y, por lo tanto, resulta imposible, una comparación, para efectos de avanzar un juicio de igualdad, entre estos dos grupos de personas”. (Resalta la Sala)

(...)

4.14 Así las cosas, la señora Vélez Casas no tiene derecho a la estabilidad laboral que pretende, porque, si bien es una servidora pública, i) **fue elegida para desempeñar un cargo de periodo institucional**, que ii) **solo puede ser alterado por el legislador**, en ejercicio de su libertad de configuración y que iii) **obedece a una lógica asociada a la materialización del principio democrático**. Además, porque la peticionaria iv) **no fue despedida, pues su desvinculación obedeció al transcurso del tiempo**, lo cual v) **impide inferir que haya sido víctima de un trato discriminatorio** y vi) **descarta que pudiera abrigar una expectativa legítima sobre una eventual renovación de su**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

periodo, que diera lugar a la vulneración de su mínimo vital.” -Negrilla fuera de texto-

El criterio señalado ya había sido vertido en la sentencia T-277 de 2012 en la cual se examinó el caso de un empleado de periodo fijo que fue separado del cargo al cumplirse su periodo fijo, a pesar de que estaba en una situación de debilidad manifiesta debido a la afectación de su estado de salud; sobre el particular, la Corte afirmó:

*“En el mes de febrero del año 2009, el señor Tetay comenzó a sufrir **complicaciones de salud**, consistentes en frecuentes dolores de espalda, lo que lo llevó, finalmente, a que le fuera practicada una cirugía por un trastorno de disco cervical con radiculopatía, el 6 de agosto de 2010.*

(...)

*Así las cosas, **sobre la base de que el cargo del actor era de periodo**, el 20 de enero de 2011, la Junta Directiva de CENTRAMA S.A., fue convocada a través de una carta, firmada por el accionante quien actuaba como gerente en ese entonces, para llevar a cabo la reunión en la que se procedería a designar al nuevo gerente de la empresa.*

Para el efecto, la empresa accionada recibió distintas hojas de vida de los aspirantes para ocupar el cargo que quedaba vacante, sin que el accionante haya manifestado su aspiración a ser tenido en cuenta, a pesar de que los estatutos permitían su reelección en el cargo.

*De esta manera, el 25 de enero de 2011, se procedió a nombrar al nuevo gerente de la empresa, **debido al vencimiento del periodo de 2 años** del gerente anterior, dándose por terminado el vínculo de trabajo del señor Tetay Vergara.*

(...)

Como primera medida, la Corporación encontró, que la entidad demanda tiene la calidad de sociedad de economía mixta del orden territorial (municipal), con un porcentaje de participación del Estado entre el 50 y 90 por ciento, por lo que se entiende que su régimen aplicable es el mismo que se le aplica a las empresas industriales y comerciales del Estado, por ende, se presume que sus empleados son trabajadores oficiales, salvo los empleados de confianza y manejo que según los estatutos, sean catalogados como empleados públicos. Asimismo, en el certificado de existencia y representación de CENTRAMA S.A., se establece que el gerente de la sociedad es un empleado público, de libre nombramiento y remoción y será nombrado por la Junta Directiva para un periodo de 2 años con la posibilidad de reelección, lo cual es válido según se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

*Conforme con ello, se puede concluir que, el señor Tetay Vergara, no estaba vinculado a la empresa por medio de un contrato de trabajo, sino por la designación que llevó a cabo la Junta Directiva, y la subsiguiente toma de posesión del cargo, **siendo entonces un empleado público, con un periodo fijo de dos años.***

Como se observó en precedencia, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, establece que una persona con algún tipo de limitación no puede ser despedida, o dar por

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

terminado su contrato, a menos que se cuente con la autorización de la oficina de Trabajo.

Por su parte, la Corte ha determinado que si no se cuenta con la mencionada autorización para desvincular a una persona en estado de debilidad manifiesta, se presume que el despido tuvo como fundamento la afectación que padece.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, en el presente caso, **no hubo por parte del empleador una acción positiva encaminada al despido o a la terminación del contrato** del señor Tetay Vergara, sino que, simplemente, la desvinculación del cargo **se dio por el paso del tiempo, esto es, por el vencimiento del plazo determinado** en los estatutos de la empresa, para su duración.

En ese sentido, **al no haberse configurado un despido o una terminación del “contrato” como tal, no cabría entonces solicitar la autorización de la oficina del trabajo, para poder proceder al nombramiento del que sería el nuevo gerente de la sociedad.**

Relacionado con lo anterior, **como la culminación de la relación entre la empresa y el accionante se dio por el mero cumplimiento del periodo para el cual fue designado, es claro que no hay una relación de causalidad entre la desvinculación y el estado de salud del actor, quedando desvirtuada la presunción.**

(...)

Se puede concluir entonces, que en el presente caso, no cabe decretar el reintegro, al no configurarse un acto discriminatorio, toda vez que, **la disolución del vínculo se basó en la finalización del periodo establecido y no en la condición de la persona.**” -Resaltado fuera de texto-

De las sentencias transcritas, se impone concluir que, desde la óptica constitucional, en casos de empleados públicos que ostentan un cargo de periodo fijo, la terminación del periodo constituye una causal objetiva del servicio y hace imposible la extensión de los beneficios de la estabilidad, comoquiera que obedecen a pautas especiales de acceso y retiro del servicio. Además, que sólo cuando la expectativa de continuidad es defraudada injustificadamente, la desvinculación puede asociarse a una conducta discriminatoria; empero, la ausencia de despido no implica la ausencia de trato discriminatorio y por ello deben analizarse las particularidades de cada caso concreto.

Consideraciones que permiten dar respuesta negativa al argumento del recurrente conforme al cual considera que la sentencia apelada pueda ser calificada como injusta, inhumana, incorrecta e incoherente⁵ y contraria a “...principios, valores, fines y metas Superiores...”

⁵ “¿ es justo, humano, correcto y coherente con los principios y valores que entraña el Estado Social de Derecho, que a un anciano de 61 años de edad, enfermo grave y sin ningún ingreso adicional sino solo su salario, del cual dependía no solo su subsistencia personal sino familiar, la Administración Municipal lo despida por el simple prurito del vencimiento del año para el cual fue nombrado como Secretario del Concejo Municipal a pesar de que las causales que motivaron su nombramiento no hubieran desaparecido, despido que la Justicia mediante la sentencia hoy apelada considera legal a pesar de ir

Ahora, consideró el a-quo que, frente a la situación de los pre-pensionados, “la tendencia es la protección de trabajadores del sector público o privado (inclusive los de período fijo) que por sus condiciones especiales como la de prepensionado y el estado de debilidad manifiesta (como en el caso de los enfermos de cáncer) merecen protección del Estado, es decir obedece a aspectos subjetivos, como la vulneración de derechos fundamentales...” Para ello acudió a una sentencia del Consejo de Estado proferida el 29 de febrero de 2016⁶ (fl. 401) en la que se precisó que “la protección de estabilidad reforzada 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**. Al ejercer la facultad 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...”

Obsérvese que esta decisión no hace referencia a los empleados de período, sino a quienes ocupan empleos **sin el límite dado por el tiempo** - empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera- y es que, en efecto, la condición subjetiva no puede alterar el ordenamiento positivo, como lo señala la Corte Constitucional.

Pretender extender el período del empleo, es decir, el derecho al trabajo, aludiendo a una condición subjetiva, como es la de ostentar la calidad de pre-pensionado, resultaría contraria a la expectativa con la cual se acepta la vinculación, ella es una condición previa al momento de la designación de la cual tiene pleno conocimiento quien la acepta, es decir, la llegada de tal situación no obedece a una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que asalte al empleado; por el contrario, considerar que alcanzar tal condición se impide el devenir normal de la administración en materia de empleos de período fijo, podría convertirse en una exclusión injustificada de quien aspira a ser vinculado al servicio si se está cercano a ostentar el status de pensionado, es decir, la protección, antes que beneficiar su ingreso a la actividad laboral, podría convertirse en una razón injustificada de discriminación.

Al respecto, cabe traer a colación la Sentencia T-767 de 2015 proferida por la Corte Constitucional en la que sobre los empleos de periodo fijo así:

contra los principios, valores, fines y metas Superiores tal y conforme lo evidenció el pretranscrito Salvamento de Voto al fallo de tutela que intentó el actor antes del 31 de diciembre de 2013, fecha en que expiraba el año para el cual fue designado, y que se constituye en plena prueba que si le informó a su empleador – el Municipio – de sus especiales condiciones personales antes de que expirará (Sic) tal año, información que reitero la jurisprudencia constitucional considera inexistente.”(f. 410)

⁶ C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

“En tercer lugar, se encuentran los empleos de período fijo, quienes se hallan delimitados temporalmente por el término en que se haya concebido la labor, de manera que el funcionario puede ser retirado del cargo al momento en que se cumpla el plazo establecido para estos efectos. Entre los funcionarios que ejercen estos cargos se puede identificar al Contralor General de la República, al Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional, Magistrados, contralores departamentales y municipales, personeros municipales, entre otros. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que uno de los propósitos del carácter delimitado en el tiempo se debe a “[E]l período fijo, se explica más en virtud del principio democrático y de los principios de eficacia y eficiencia, que en gracia de asegurar al respectivo funcionario, un puesto de trabajo al margen de los vaivenes políticos”. - Negrilla fuera de texto-

Así, concluye la Sala que, en caso de los empleos de período fijo no es dable argüir la calidad de pre-pensionado como fundamento para considerar ilegalidad en las decisiones que, por vencimiento del término, deriven en el retiro del servicio.

No obstante que lo anterior, es suficiente para considerar la improsperidad del recurso de apelación que, como se señaló se sustenta en la estabilidad reforzada y la condición de pre-pensionado, situaciones que no son predicables del empleado que ocupa un empleo de período fijo, se aludirá a otras circunstancias que se echan de menos en el plenario.

6.3. De la estabilidad laboral reforzada:

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”, establece que en ningún caso **la discapacidad de una persona puede ser motivo** para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que ésta sea demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que va a desempeñar. Señala, además, que ninguna persona en esta situación puede ser despedida o su contrato terminado **por razón de su discapacidad** salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo. Si ello es omitido, el empleador debe pagar una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-277 de 2012, afirmó que:

“...es deber del empleador demostrar de manera objetiva que la desvinculación tuvo motivos distintos para lograr desvirtuarla.

De esta manera, se ha llegado a determinar que, no por el simple hecho de que la persona esté en situación de debilidad manifiesta, surge de manera inmediata la protección por vía de la estabilidad laboral reforzada. Esta Corporación, ha sido clara en establecer que, para que opere el mencionado amparo, debe encontrarse acreditado que el despido se dio con ocasión de la situación de salud del trabajador, es decir, que haya una relación causal entre

la desvinculación y la discapacidad que padece la persona. En ese orden de ideas, corresponde al empleador demostrar que la terminación del vínculo tuvo como fundamento razones distintas a la condición de la persona.

En ese sentido ha expresado la Corte:

“En conclusión se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente.”

Este Tribunal ha hecho énfasis en el tema de la relación causal, bajo ese entendido, el empleador debe demostrar que la razón del despido fue totalmente ajena a las condiciones físicas o de salud que ostente el trabajador, ocurriendo de esta manera que se invierte la carga de la prueba. En otra oportunidad señaló lo siguiente:

“Esta Corte ha sido reiterativa en indicar que para que se materialice la “estabilidad laboral reforzada” de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, no basta demostrar la circunstancia especial, pues es necesaria la acreditación de la relación de causalidad o conexidad entre la debilidad dicha y la desvinculación laboral, es decir, que se deduzca o se infiera que aquella condición personalísima del afectado fue el móvil o la razón del retiro, en cuyo caso el acto de la autoridad deviene discriminatorio y constitutivo de abuso del derecho, dando lugar a que la persona sea protegida conforme a la figura constitucional mencionada”.

De esta manera es claro que para que opere la medida de protección a la que se hace referencia, debe existir el mencionado nexo causal entre la terminación del vínculo laboral y la situación de disminución de salud de la persona, circunstancia que corresponde desvirtuar al empleador. Se reitera que, en el evento en que no medie autorización de la oficina del trabajo, el nexo causal se presume. (Resaltado fuera de texto)

Criterio reiterado en la sentencia T-664 de 2017 M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido desarrolló la regla según la cual, **el empleador debe conocer de forma previa las condiciones de salud del servidor público** para achacar un trato discriminatorio por la desvinculación. En efecto, la Corte Constitucional, sobre el particular, ha considerado:

“El elemento del conocimiento de la condición de salud del trabajador, por parte del empleador, ha sido considerado, de manera reiterada, como un elemento fundamental para otorgar la protección de la garantía a la estabilidad laboral reforzada. A partir de este hecho, y aunado a la falta de autorización del Ministerio del Trabajo, se presume, en los términos de la jurisprudencia constitucional, la existencia del nexo causal entre el despido y

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

la enfermedad; es decir, la presencia de una situación de discriminación en contra del trabajador, que da lugar a la protección por vía de tutela⁷.

En el caso concreto, se descarta la existencia de una situación de discriminación, por cuanto está probado, para efectos de esta acción, que la terminación del contrato de trabajo ocurrió antes del conocimiento de la existencia de la situación de enfermedad del accionante, por parte del empleador. (...)” -Negrilla fuera de texto-

Y en la sentencia T-594 de 2015 sistematizó las reglas jurisprudenciales relativas a la estabilidad laboral en los siguientes términos:

“(…) (i) la estabilidad en el empleo, constituye una medida que permite que las personas que han sufrido una disminución física en vigencia de un contrato de trabajo, no sean discriminadas en razón a su estado de salud, asimismo, garantiza que puedan obtener los recursos necesarios para subsistir y asegurar la continuidad del tratamiento médico de la enfermedad que presenta el trabajador. (ii) Por regla general, la garantía de este derecho debe reclamarse en la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, en forma excepcional, procede la acción de tutela, cuando el trabajador que reclama el amparo, se encuentra en situación de vulnerabilidad por causa de una disminución física, sensorial o psíquica que afecta el normal desempeño de su actividad laboral. (iii) **Tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada, todos los trabajadores que presenten alguna disminución física, sensorial o psíquica siempre que el empleador tenga conocimiento de esta circunstancia**, y que la desvinculación se hubiere efectuado sin autorización del Ministerio de Trabajo. (iv) Cuando se produce la desvinculación de un trabajador disminuido física, sensorial o psíquicamente, se presume que el despido tiene relación con el deterioro del estado de salud del trabajador y por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuar dicha presunción. (v) En los contratos a término fijo, el vencimiento del plazo pactado, no es una causal que permita el despido de un trabajador que presenta alguna limitación, y por lo tanto, el empleador que decida desvincularlo en esa condición, solo podrá hacerlo si existe autorización ante Ministerio de Trabajo. En caso de que incumpla esta obligación, el empleador deberá pagar una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin que esto habilite el despido del trabajador” -Resaltado fuera de texto-

En este caso el actor sostuvo que la demandada, **sin tener en cuenta su estado de salud y su especial condición de vulnerabilidad** (hecho 4º), de lo cual tenían conocimiento los concejales decidieron dar por terminada su vinculación laboral y, en su lugar, en su reemplazo designaron a la señora Nohora Rosa Herrera Riaño.

A su vez, en el recurso de alzada argumentó que “de la grave condición de salud del actor que lo hacía merecedor de protección constitucional por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, razón por la cual como lo ha dicho la jurisprudencia, no podía ser desvinculado así su nombramiento hubiera sido por “periodo fijo”, más cuando el cargo y las funciones o, mejor, las causas del nombramiento continuaron, pues no fueron eliminadas ni suprimidas” (f. 406)

⁷ Sentencias T-018 de 2013 y T-651 de 2012.

Sea lo primero recabar que, como lo precisa la Corte en las sentencias antes citadas, tratándose de un empleado de período retirado del cargo por vencimiento del período, no puede admitirse que fue despedido, cuando lo que ocurre es la finalización del mismo por razón del tiempo.

En segundo lugar, se observa que mediante la **Resolución No. 020 de 27 de noviembre de 2013** se estableció el procedimiento para la inscripción, postulación, y elección del cargo del Secretario General del Concejo Municipal de Chinavita para el periodo de 2014, para el efecto, consideró y resolvió:

“Que el Concejo Municipal inició su periodo de sesiones ordinarias el día primero (01) de noviembre de 2013 por lo que se hace necesario dar cumplimiento a la ley y el reglamento y disponer todo lo pertinente para realizar la elección del Secretario General del Concejo.

Que el Secretario(a) General del Concejo que se elija empezará a ejercer funciones públicas en el cargo sólo a partir del primero (01) de enero de 2014 y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2014 y los efectos fiscales de la elección se producirán a partir de la misma fecha.

Que en merito de lo expuesto, la Mesa Directiva del Concejo.

RESULEVE

ARTICULO PRIMERO.- Apertura. *Dar apertura al proceso de convocatoria para la elección del Secretario General del Concejo Municipal de Chinavita para el año 2014 y establecer el procedimiento para la inscripción, postulación y elección del cargo de secretario general de la corporación.*

ARTICULO SEGUNDO.- Convocatoria. *Por Secretaría General publíquese en la cartelera del Concejo Municipal y en la cartelera de la Alcaldía Municipal la convocatoria para que los ciudadanos interesados en postular su nombre para participar en la elección del cargo de Secretario (a) General del Concejo conozcan los términos de inscripción y postulación definidos en la presente resolución.*

ARTICULO TERCERO.- Inscripción. *A partir del día 28 y hasta el día 30 (mínimo tres días) de Noviembre del año en curso, en horario comprendido entre las 08:00 a.m. y las 05:00 p.m. las personas interesadas en postular su nombre para participar en la elección del cargo de Secretario General del Concejo deberán radicar su hoja de vida en la oficina de la Secretaría de la Corporación ubicada en la calle 4ª No.3-28, presentando junto con la hoja de vida los soportes correspondientes, certificado de antecedentes disciplinarios y fiscales.*

ARTICULO CUARTO.- Revisión Hojas de Vida. *Integrarse a la mesa directiva para estudiar la acreditación documental los cuales se reunirán el día dos (2) de diciembre de 2013 y verificarán que las hojas de vida de los aspirantes al cargo de Secretario General cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 136 de 1994 y acrediten el aporte de los documentos solicitados en el artículo tercero de la presente resolución. La Comisión Accidental rendirá un informe*

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

a la Mesa Directiva del Concejo el día 2 de diciembre de 2013, certificando que candidatos inscritos cumplen con la totalidad de los requisitos exigidos para ocupar el cargo de secretario y que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad e incompatibilidad, con base en los certificados aportados por los aspirante.

ARTÍCULO QUINTO. Divulgación. El día 3 de diciembre de 2013 el Presidente del Concejo ordenará la publicación en la cartelera del Concejo el listado de los candidatos que fueron habilitados para participar en la elección al cargo de Secretario General del Concejo, señalando para tales efectos la fecha de la elección.

ARTICULO SEXTO. Fecha de la elección. La elección del cargo de Secretario General del Concejo se llevará a cabo el día 10 de diciembre de 2013, en sesión Plenaria Ordinaria a realizarse en el recinto de sesiones del Concejo Municipal.

(...)” (f. 261-263)

En efecto, el 28 de noviembre de 2013 se publicó la convocatoria en la Cartelera del Concejo Municipal (f. 267).

Igualmente, obra en el expediente el Acta No. 065 de la sesión desarrollada el **10 de diciembre de 2013**, en la cual el Concejo Municipal llevó a cabo la elección del nuevo Secretario de esa Corporación para la vigencia de 2014 (f. 26). En lo que aquí interesa, se lee en el aludido documento:

“8.- Elección del Secretario (a) de la Corporación para el año 2014.

(...)

El Sr. Presidente, informa a la Plenaria que se recibieron tres (3) horas de vida para el cargo de Secretario (a) para el año 2014, los cuales cumplen con los requisitos establecidos en la convocatoria de los cuales se votaron, de acuerdo al orden de inscripción, manifestando el voto, levantando la mano a lo cual votaron por unanimidad, y a continuación se relaciona la lista de aspirantes para su respectiva votación:

- Tito Alberto Morales Aguirre: dos (2) votos.
- **Daniel O. Molina Mora: dos (2) votos**
- Nohora Rosa Herrera Riaño: tres (3) votos, quedando elegida por mayoría como Secretaria del Concejo para la vigencia de 2014.

En su mayoría los Sr. Concejales dieron agradecimientos al Secretario saliente, donde manifiestan que es el resultado de la democracia.

De igual forma, el secretario, saliente **Daniel Molina**, da sus agradecimientos a todos los srs. concejales y en especial a los concejales Omar (...) y (...) Cubides por su voto de confianza.

(...)” (Resaltado fuera de texto)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

Por medio de la **Resolución No. 027 de 23 de diciembre de 2013**, se reconoció y ordenó el pago de la liquidación total de las prestaciones devengadas por el demandante de la vigencia de 2013 (f. 270-276).

De las pruebas citadas se concluye que la designación del secretario, obedeció a una razón objetiva como fue el vencimiento del período, y no a la condición subjetiva de salud del demandante; en segundo lugar, que el hoy demandante, antes que manifestar su estado de salud, participó en el proceso de selección, en igualdad de condiciones que los demás aspirantes, es decir, su hoja de vida no fue excluida por razones de salud; en tercer lugar que, en igualdad de condiciones, se sometió a la votación del Concejo Municipal.

Ahora, tampoco está probado que los integrantes del Concejo Municipal conocieran previamente a la convocatoria y elección, la condición de salud que el demandante, alude como suficiente para evitar su retiro

En lo que tiene que ver con el estado de salud del demandante, en la historia clínica que reposa a folios 39 y 40 diligenciada el **16 de diciembre de 2013**, se indicó:

“(…)

PACIENTE CONOCIDO PREVIAMENTE POR NEUROLOGÍA QUIEN REFIERE DESDE ENERO DE 2013 VIENE PRESENTANDO VISION BORROSA CON LA MIRADA LEJANA, SOBRE TODO POR EL OJO IZQUIERDO, NIEGA CEFALEA O DOLO OCULAR. NIEGA ESCOTOMAS O DIPLOPIA. FUE VALORADO POR OFTALMOGLOGÍA QUIEN LO ENVIA PRIORITARIAMENTE EN MARZO DE 2013 POR SOSPECHA DE NEUROPATIA OPTICA NO GLAUCOMATOSA.

(…)-09-2013: VIENE A CONTROL CON PARACLINICO SOLICITADO:

-RM DE SILLA TURCA CON CONTRASTE DE SEPTIEMBRE DE 2013: MACROADENOMA DE HIPOFISIS CON EXTENSION SUPRALASELAR CONTACTANDO Y EJERCIENDO EFECTO COMPRESIVO SOBRE EL QUIASMA Y LOS NERVIOS OPTICOS CON SIMENSIONAS -sic.- DE 22 X 21 MM.

(…)

NEUROLOGIA

PACIENTE CON ALTERACION VISUAL DE PREDOMINIO IZQUIERDO CONSISTENTE EN VISION BORROSA. AL EXAMEN NEUROLOGICO NO HAY ANORMALIDADES A LA CAMPIMETRIAPOR CONFRONTACION EN OTRAS ESFERAS NI HAY SIGNOS DE HTE, SIN EMBARGO LA CAMPIMETRIA COMPUTARIZADA ERA FRANCAMENTE ANORMAL SUGIRIENDO UNA HEMIANOPSIA HETERONIMA TEMPORAL. SE SOLICITO UNA RM CEREBRAL SIMPLE QUE CONFIRMA LA SOSPECHA DE MACROADENOMA DE HIPOFISIS POR LO CUAL ENVIO EL PACIENTE A VALORACION POR NEUROCIROLOGÍA CON CARÁCTER PRIORITARIO. FUE VALORADO EL 28 DE OCTUBRE Y SE DEFINIÓ

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

CIRUGÍA PERO TIENE PENDIENTE CONCEPTO DE ENDOCRINOLOGIA QUE SOLICITO ESTA ESPECIALIDAD. HOY ACUDEN A LA CONSULTA SIN CITA DESESPERADOS PUES SE VA A QUEDAR SIN SEGURIDAD SOCIAL Y NO SE HA PODIDO DEFINIR SU MANEJO DEFINITIVO QUE LA CIRUGÍA CORRIENDO EL RIESGO DE QUEDAR A LA DERIVA POR ESTA SITUACION. LES EXPLICO QUE DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO LA CONDUCTA ESTA CLARA, PERO QUE POCO PUEDO HACER PARA AGILIZAR LOS PROCESOS PUES NO DEPENDE DE MI. EN ARAS DE BRINDARLE ASESORIA Y AYUDA PARA SOLVENTAR ESTA SITUACION REFIRMO QUE EL PACIENTE REQUIERE

1. RESECCION DEL MACROADENOMA HIPOFISIARIO YA DIAGNOSTICADO POR VIA TRANSFENOIDAL COMO LO DEFINIO NEUROCIRUGIA, PREVIO CONCEPTO DE ENDONICROLOGIA QUE ESTA PENDIENTE." (f. 39-40)

Además, en el año 2013 la EPS Famisanar autorizó los siguientes procedimientos (f. 198-199):

<i>Fecha</i>	<i>Diagnostico</i>	<i>Procedimiento</i>
<i>11 de septiembre de 2013</i>	<i>Cefalea</i>	<i>Resonancia magnética de cerebro</i>
<i>10 de septiembre de 2013</i>	<i>Defectos del campo visual</i>	<i>Gadodiamina (Gadolinio) ampolla por 15 ml.</i>
		<i>Resonancia nuclear magnética de base de cráneo-silla turca</i>
<i>4 de junio de 2013</i>	<i>Otros trastornos del nervio óptico y de las vías ópticas en enfermedades clasificadas (...).</i>	<i>2 potenciales evocados visuales (uni o bilaterales)</i>
<i>27 de mayo de 2013</i>	<i>Migraña no especificada</i>	<i>Consulta de primera vez por especialista en neurología</i>

Pese a que el 28 de octubre de 2013 el médico tratante ordenó "RESECCIÓN DE TUMOR DE LA BASE DEL CRANEO-FOSA MEDIA-POR VÍA TRANSESFENOIDAL" (f. 37) por tumor benigno, esta sólo fue autorizada hasta el 13 de mayo de 2014 con otros procedimientos que tenían que ver con la glándula hipófisis y el cáncer que padece (f. 195-196).

Para la Sala es claro que desde septiembre de 2013 al actor le fue diagnosticada la presencia de un tumor en la glándula hipófisis que requería un procedimiento específico el que, finalmente, no fue realizado en el año que el demandante se encontraba laborando; sin embargo, en el plenario **no obra prueba allegada acerca de que demandante hubiera informado a los miembros del Concejo sobre su condición particular de salud antes de la elección llevada a cabo el 10 de diciembre.**

Incluso, en el demandante en el escrito de apelación señala que *“antes del 31 de diciembre, fecha en que expiraba la tercera anualidad para la cual había sido nombrado, sí se informó a la entidad territorial, lo cual hizo precisamente al instaurar el 20 de diciembre de 2013 la acción de tutela...”* (f. 408). Es decir, que el señor Molina Mora no había dado a conocer su estado de salud antes del **10 de diciembre de 2013**, fecha en la cual se eligió el nuevo secretario, ni siquiera ese día en el que, según se lee en el acta, **únicamente procedió a agradecer a los concejales, sin hacer advertencia alguna.**

En efecto, como lo sostiene el demandante, la acción de tutela presentada por el actor para que se protegieran sus derechos a la vida y salud fue presentada hasta el **20 de diciembre de 2013** y conocida por los concejales, quienes en la sesión desarrollada el **27 de diciembre de 2013** dejaron la siguiente constancia en el Acta No. 013:

“El concejal José Roa, le da la bienvenida a la Sra. Nohora Rosa y le da sus agradecimientos por los servicios prestados a la Corporación al dr. Daniel Molina, también el concejal Roa manifiesta a sus compañeros que el señor molina interpuso una tutela al concejo municipal, a lo cual el tiene todo el derecho y seguir con todos los trámites que exija la ley, los cuales darán su veredicto, pero recomienda tener cuidado con esta tutela, para no tener problemas más adelante.” (f. 221-222)

Entonces, la segunda conclusión de esta Sala es que el Concejo Municipal de Chinavita **no tenía conocimiento del estado de salud en el que se encontraba la actora**. Si bien obran dos incapacidades de 10 de septiembre de 2013 (7 días) y 28 de octubre de 2013 (3 días), en la contingencia se indicó *“ENFERMEDAD GENERAL”*; en el tipo de incapacidad *“AMBULATORIA”* y en la clase de incapacidad *“NINGUNO DE LOS ANTERIORES”* (f. 200-201).

Y, finalmente, sea del caso precisar que resulta desafortunada la cita jurisprudencial a la que alude el recurrente para descartar el aspecto que se analiza, es decir, que el empleado tenga conocimiento del estado de salud. Ello en tanto, esa circunstancia excepcional, fue tratada por la Corte Constitucional para el caso de los enfermos de VIH, condición que no afectaba al demandante. En efecto, la Sentencia T-986 de 2012 atendió allí a lo dispuesto en Decreto 1543 de 1997 el cual, expresamente, relevó a los trabajadores que padecen del síndrome de inmunodeficiencia adquirida de informar sobre dicha situación.

6.4. Del retén social y la reestructuración de las entidades:

Ahora, como ya se dijo, la calidad de pre-pensionado, no puede ser atendida en el caso de empleados de período fijo, pero se hará mención a los siguientes aspectos.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**

Demandado: Municipio de Chinavita

Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

El retén social por pre-pensión, fue reglamentado por la Ley 790 de 2002 “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”⁸ de allí que la Corte haya examinado esta situación únicamente en casos de liquidación o reestructuración de entidades estatales, de lo cual no queda duda al examinar las consideraciones vertidas en la Sentencia T-1045 de 2007 proferida por la Corte Constitucional⁹

⁸ **Artículo 1º.** Objeto. La presente ley tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la C.N. y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

⁹ **“5. Conclusión**

De la revisión de las anteriores normas y sentencias de la Corte Constitucional, esta Sala de Revisión puede llegar a las siguientes conclusiones.

La Ley 790 de 2002 en el marco del Programa de renovación de la administración pública del orden nacional autorizó la liquidación y fusión de entidades y la eliminación de cargos en entidades públicas lo cual generó la terminación de contratos laborales. A su vez creó un programa de estabilidad laboral para personas cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse. El límite inicial para este beneficio se fijó en el vencimiento de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República para el caso de madres y padres cabeza de familia y discapacitados y para las personas próximas a pensionarse dicho límite se fijó en tres años contados desde la promulgación de la ley.

A su vez, la Ley 812 de 2003, la cual tenía como uno de sus objetivos la eficiencia de la administración pública a través de reformas transversales de fondo, modificó el límite inicial fijado a la aplicación del beneficio para madres y padres cabeza de familia, en el 31 de enero de 2004, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 991 de 2004. En lo relacionado con el límite a la aplicación del beneficio para personas próximas a pensionarse, la Ley 812 de 2003 guardó silencio con respecto al momento hasta el que debía aplicarse y en su lugar, en el artículo 8, literal D), inciso último,⁹ estableció que esta garantía se debía mantener hasta tanto las personas cumplieran con los requisitos para pensionarse. Por lo tanto se debe entender que la Ley 812 de 2003 derogó de manera tácita el límite establecido por la Ley 790 de 2002 de 3 años contados desde la promulgación de esta ley, para completar los requisitos de pensión.

No obstante la noción de prepensionado tiene origen en la Ley 790 de 2002 la misma no resulta aplicable, en los términos originales, debido a la derogatoria de la que fue objeto por la Ley 812 de 2003 y adicionalmente pierde sentido teniendo en cuenta que lo que buscó el legislador fue proteger a las personas próximas a cumplir con los requisitos para pensionarse para que efectivamente consoliden su derecho, **en el marco del Programa de renovación de la administración pública del orden nacional.**

Sin embargo **no es esta una garantía que se pueda mantener de manera indefinida en el tiempo,** y siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional en materia de “retén social” para madres y padres cabeza de familia, se debe establecer igual limitación temporal que la que se estableció en esa oportunidad, esto es, **la existencia económica y jurídica de la empresa como límite máximo para acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder al derecho a pensión.**

Por lo tanto con el objeto de evitar un trato diferenciado e injustificado de quienes alcanzaron a cumplir con los requisitos de pensión en los términos de la Ley 790 de 2002, antes del 27 de diciembre de 2005, y quienes (i) los cumplieron con posterioridad por efecto de que las liquidaciones de las entidades en las cuales laboraron se produjeron con posterioridad al 27 de diciembre de 2005 o porque (ii) simplemente no les fue posible el cumplimiento de los requisitos previamente a la fecha citada, es que se hace necesario aplicar esta interpretación para evitar tratos jurídicos discriminatorios.

Es decir que, para el caso que se examina, como es la elección de un empleado de período, no era factible admitir la extensión de la vinculación por encontrarse cerca de la adquisición del status pensional, ello resultaba irrelevante pues, como bien lo dice el recurrente, no se trató de la supresión del empleo o, en otras palabras, de la reestructuración de la entidad.

Y, para ahondar en razones, se dirá que tampoco se encuentra acreditado que los miembros del Concejo Municipal hayan tenido conocimiento de tal situación y que, en razón a ello, no haya sido reelegido como Secretario de la Corporación.

Téngase en cuenta que a más del deber de realizar los aportes a pensión oportunamente, no es obligación del empleador tener conocimiento de la situación pensional del trabajador, el régimen jurídico al cual se encuentra afiliado y, en el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el capital que tiene ahorrado en su cuenta **privada**.

En estas condiciones, como el demandante no puso en conocimiento de la administración ninguna circunstancia que ameritara siquiera evaluar su posible permanencia en el servicio, mal puede luego demandarlas achacando el desconocimiento de valores superiores. El actuar del demandante no dio a la administración siquiera la posibilidad de examinar las condiciones subjetivas que ahora se esgrimen en la demanda y por ello, tampoco tiene cabida señalar que la justicia desconoce lineamientos superiores. Recuérdese que la buena fe es un deber que también se impone en el actuar del administrado ante la administración.

A los anteriores argumentos, se agregará que tampoco es de recibo que la decisión del Concejo Municipal impidió que el señor Molina Mora continuara siendo beneficiario del servicio de salud, comoquiera que el Decreto 2353 de 2015 “Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la

Finalmente el concepto de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse de acuerdo con el término de liquidación de las empresas objeto del Programa de renovación de la administración pública, es decir, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica.

La proximidad en la consolidación del derecho a obtener pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso concreto de acuerdo con criterios de razonabilidad, con el objeto de aplicar esta protección a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho.” (Resaltado fuera de texto)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**
Demandado: Municipio de Chinavita
Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”¹⁰, contempla un periodo de protección laboral en el evento de terminación del vínculo laboral “hasta por uno (1) o tres (3) meses más contados a partir del día siguiente al vencimiento del periodo o días por los cuales se efectuó la última cotización.”. En tal virtud, el afiliado tenía derecho a la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios.

En efecto, en las autorizaciones que reposan a folios 194 a 198 se evidencia que, la EPS Famisanar prestó de forma continua el servicio de salud y que al 5 de marzo de 2015, el actor se encontraba con el estado de afiliación **activo** (f. 372) y en el trámite de la acción de tutela, mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2014, la EPS señalada, pese a que indicó que el demandante debía tramitar nuevamente su vinculación en calidad de cotizante dependiente, independiente o, en su defecto, recurrir al régimen subsidiado, citó los artículos 75¹¹ y 76¹² del Decreto 806 de 1998 y, a continuación, afirmó que “ha garantizado el periodo de protección laboral que por ley tiene derecho al usuario por haber cotizado 5 años ininterrumpidos al SGSSS.” (f. 77 anexo)

Por las razones expuestas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. Costas:

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

¹⁰ Entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación (Art. 89), es decir el 3 de diciembre de 2015. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2353_2015.htm#CAP%C3%8DTULO

¹¹ Artículo 75. Del período de protección laboral. Una vez suspendido el pago de la cotización como consecuencia de la finalización de la relación laboral o de la pérdida de la capacidad de pago del trabajador independiente, el trabajador y su núcleo familiar gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por treinta (30) días más contados a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado al sistema como mínimo los doce meses anteriores.

Parágrafo. Cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su desafiliación.

¹² Artículo 76. Beneficios durante el período de protección laboral. Durante el período de protección laboral, al afiliado y a su familia sólo les serán atendidas aquellas enfermedades que venían en tratamiento o aquellas derivadas de una urgencia. En todo caso, la atención sólo se prolongará hasta la finalización del respectivo período de protección laboral. Las atenciones adicionales o aquellas que superen el período descrito, correrán por cuenta del usuario.

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia (...).”

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del C.G.P, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia no se encuentran expensas ni gastos y la parte demandada no intervino. En consecuencia, tampoco hay lugar a fijar agencias en derecho por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

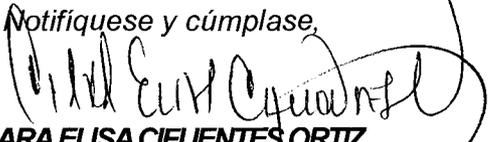
¹³ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **Daniel Octavio Molina Mora**
Demandado: Municipio de Chinavita
Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01

FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral de Tunja, en el proceso iniciado por Daniel Octavio Molina Mora contra el Municipio de Chinavita, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
2. **Sin costas** en esta instancia.
3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR A. GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Daniel Octavio Molina Mora
Demandado: Municipio de Chinavita
Expediente: 15001-33-33-014-2014-00112-01