



JUZGADO SÉPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

“Sistema Oral – Ley 1437 de 2011”

Santa Marta, Seis (6) de Agosto de Dos Mil Trece (2013).

RADICACIÓN: **No. 47-001-3333-005-2013-00204-00**
MEDIO DE CONTROL: **CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**
DEMANDANTE: **ELCIE DEL CARMEN BOLAÑO CABALLERO**
DEMANDADO: **E.S.E. HOSPITAL LOCAL 7 DE AGOSTO DE PLATO**

Jueza Administrativa: Dra. BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA

Al Despacho se encuentra la conciliación prejudicial de la referencia, la cual fue celebrada ante la Procuraduría No. 92 Judicial en Asuntos Administrativos, contenida en el acta de conciliación prejudicial de fecha quince (15) de abril de dos mil trece (2013), con la documentación anexa remitida por la Oficina Judicial el día 10 de mayo de 2013.

ANTECEDENTES

La señora ELCIE DEL CARMEN BOLAÑO CABALLERO, mediante apoderado judicial, elevó, ante la Procuraduría Judicial de Asuntos Administrativos, solicitud de conciliación extrajudicial con citación de la E.S.E. HOSPITAL 7 DE AGOSTO DE PLATO.

En el acápite de los hechos de la solicitud manifiesta que desempeñó empleos públicos en el Municipio de Plato - Magdalena acumulando un tiempo de servicio de 22 años, 10 meses y 3 días, detallados de la siguiente manera:

❖ Alcaldía Municipal de Plato Magdalena:

Laboró seis (6) años, seis (6) meses y cuatro (4) días.

CARGO	ACTO ADMINISTRATIVO	DESDE	HASTA
Oficial de Catastro		5/01/1985	13/01/1986
Auxiliar de Caja	Resolución No. 017 de enero 13 de 1986	13/01/1986	28/02/1987
Guardián de Cárcel (Funciones de Secretaria)	Decreto No. 076 de junio 30 de 1987.	30/06/1987	20/06/1990
Auxiliar de Oficina	Decreto No. 108 julio 1 de 1990	1/07/1990	18/08/1991
Jefe de Dpto. Adm De planeación y Valorización		10/09/1991	21/01/1992

❖ E.S.E. HOSPITAL FRAY LUIS DE LEON DE PLATO, laboró sin solución de continuidad 7 años, 10 meses y 21 días como Jefe de Control Interno y Subgerente Administrativo.

❖ En la E.S.E. Hospital 7 de Agosto, laboró sin solución de continuidad 8 años, cinco meses y 8 días.

Informa que el mes de junio del 2004, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario en el Hospital 7 de Agosto de Plato, seguidamente y sin solución de continuidad, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Subgerente General Administrativo código 084 de la cual tomó posesión el 17 de abril de 2007.

Manifiesta que el 1º de febrero del año 2011, la Gerente contrató una consultoría cuyo objeto era la "evaluación del diagnóstico y evaluación de la carga de trabajo, funciones y competencias de los empleados públicos, elaboración del estudio del plan de cargos, funciones y competencias de los empleados públicos y oficiales. Elaboración de proyectos de acuerdos que establezcan la naturaleza codificación y niveles de los empleos públicos, implementar el proceso de inscripción del plan de cargo de carrera administrativa, informe a la CNSC de cargos declarados fuera de concurso de méritos 01. 2005."

Expone que el objeto principal de la aludida consultoría era suprimir el cargo que desempeñaba la doctora Elcie Bolaño Caballero, para retirarla del cargo, muy a pesar de que se encontraba en situación de prepensión ya que había manifestado a la gerente el ánimo de pensionarse acogéndose al régimen de transición, para tal efecto en su condición de pre pensionada, a la luz de la ley 790 de 2002.

Señala que sumadas las certificaciones y reconocimientos de prestación de servicios en las instituciones públicas en mención, arroja un total de tiempo de servicio 22 años 10 meses y 3 días.

La Gerente a través de la Resolución No. 375 de fecha 28 de marzo de 2011 y recibida el 17 de mayo de 2011, es decir, 1 mes y 14 días después de expedida, nombra a la accionante para que asumiera el cargo de subgerente financiero, nivel directivo, código 090-01, todo ello sin solución de continuidad, endicho escrito además, le anexan copia de las funciones y competencias del cargo de subgerente financiero.

Expone que después de 1 año y 6 meses y 16 días, de haber ocupado el cargo de Subgerente Financiero bajo un mal ambiente laboral, mal la Gerente de la ESE, mediante Resolución No. 3803 de fecha noviembre 23 de 2012, declara insubsistente el nombramiento de la doctora Elice Del Carmen Caballero, en el cargo de subgerente administrativo código 84, grado 01. Y a través del escrito de fecha 26 de noviembre de 2012, se le hace entrega de la mencionada Resolución para efectos de su comunicación.

El cargo que venía desempeñando en provisionalidad fue suprimido y por tanto ella fue retirada del servicio; sin embargo la señora Elcie manifiesta que el acto administrativo por medio del cual fue declarada insubsistente está viciado de nulidad pues el cargo que desempeñaba era en provisionalidad, como se puede ver en el acto de nombramiento de posesión, por ello la resolución de insubsistencia debió motivarse. Además deja entrever una desviación de poder sustentada en el presunto acoso laboral del cual era víctima; acoso por el cual presentó una queja el día 11 de diciembre de 2012.

TRAMITACION DE LA CONCILIACIÓN

Recibida la solicitud en la Procuraduría, el Agente del Ministerio Público que le correspondió conocer del asunto, mediante auto de fecha 3 de abril de 2013, admitió la solicitud de conciliación, (fl.113).

En audiencia de conciliación de fecha 6 de mayo de 2013, se llevó a cabo conciliación en la que las partes llegaron a un acuerdo (fls. 26, 27).

PRETENSIONES

El convocantes pretende el reintegro sin solución de continuidad a la doctora Elcie del Carmen Bolaño Caballero, al cargo que venía desempeñando o a otro igual o mayor categoría reconociéndole el pago de salarios y todo emolumento económico a que tenga derecho y que devengaría en condiciones normales como funcionaria de la E.S.E., hasta el momento que tenga reconocimiento e inclusión efectiva en nómina como pensionada.

PRUEBAS

De las allegadas con la solicitud se enlistan las siguientes:

1. Copia autenticada del acta de posesión No. 20 del 10 junio de 2004 en la que la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero toma

posesión en el cargo de Profesional Universitario en el Hospital 7 de Agosto (fl. 14).

2. Copia autenticada del Acta No. 051 de fecha 17 de abril de 2007, en la que la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero en el cargo de Subgerente General de la E.S.E. Hospital 7 de Agosto (fl.15).
3. Copia autenticada de la Resolución No. 375 del 28 de marzo del 2011, a través de la cual fue designado en un cargo de libre nombramiento y remoción a la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero como Subgerente Financiero Nivel Directivo (16).
4. Copia autentica de las funciones y competencia del cargo de Subgerente Administrativo (fl.18 - 20).
5. Copia autenticada de la Resolución No. 3803 de noviembre 23 de 2012, mediante el cual se le declara insubsistente a la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero del cargo de Subgerente Administrativo Código 84 (fl.21).
6. Copia autenticada de la constancia de notificación de la Resolución No. 3803 de noviembre 23 de 2012 a la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero (fl.22).
7. Certificación de tiempo laborado de la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero en el Hospital Fray Luís de León de Plato (fl.23).
8. Certificación laboral emitida por la Profesional Universitario con funciones de Recursos Humanos del tiempo laborado por la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero en la E.S.E. Hospital 7 de Agosto de Plato (fl.25).
9. Copia de la Resolución No. 009 de diciembre 20 de 2012 emitida por el Alcalde Encargado de plato Horacio Ospino Castro, mediante la cual se declara la reconstrucción del expediente laboral de la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero (fl.27 a 36).
10. Copia del escrito de acción de tutela presentada por la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero ante el Juez Promiscuo Municipal de plato en el que solicita la protección derecho fundamental de petición (37 a 44).

11. Copia del Acuerdo No. 012 del 4 de febrero de 2011, por medio del cual se establece la estructura organica de la E.S.E. Hospital 7 de Agosto (fl. 46 al 64).
12. Copia del acuerdo No. 014 del 4 de febrero de 2011, por el cual se modifica el Estatuto Orgánico de la E.S.E. Hospital 7 de Agosto (fl.65 al 75).
13. Copia del Acurdo No. 016 del 4 de febrero de 2011, por el cual se le concede facultades extraordinarias al Gerente para la adopción del manual específico de funciones, competencias laborales y comportamentales y requisitos para su empleos públicos y trabajadores oficiales del plan de la Empresa Social del Estado Hospital 7 de Agosto (fl. 76).
14. Copia del escrito de inconsistencia acto administrativo acuerdo No. 012 y 15 de febrero 4 de 2011 (fl.77 a 80).
15. Copia del Decreto No.078 de marzo 30 de 2012 por medio del cual se designa en el cargo de gerente Código 085, grado 1 de la Empresa Social del Estado del Hospital 7 de Agosto de plato a la señora COSTANZA GARCIA GARCIA (fl.84 – 83).
16. Copia de la respuesta del derecho de petición presentada por la señora Elcie Bolaño Caballero (fl.84-85).
17. Copia de los formatos de certificaciones laborales (fl. 86 – 92).
18. Copia de la denuncia presentada por la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero, contra Costanza María Bolaño Cabllero, ante la Procuraduría Provincial (fl. 94 a 102).
19. Copia de la Solicitud de licencia ordinaria presentada por la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero (fl.103)

LA CONCILIACION

Presentes los apoderados de las partes, se llegó al siguiente acuerdo conciliatorio:

"el Despacho le concede el uso de la palabra al apoderado de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL 7 DE AGOSTO DE PALTO – MAGDALENA, entidad convocada, para que exprese la decisión tomada por el Comité de conciliación o del representante legal de la entidad, respecto de las anteriores quien manifestó: el comité de conciliación de la entidad que represento por medio de acta 001 de abril 22 de 2013 a través de la cual se estudia la viabilidad jurídica y financiera de la conciliación prejudicial que nos ocupa, decidió conciliar el asunto de marras, en los siguientes

términos: decide reconocer y pagar la suma de Catorce Millones Ciento Ochenta Y Siete Mil Cuatrocientos Cuarenta Y cuatro Pesos (\$14.187.444.00), por concepto de los sueldos de los meses de noviembre de 2012, prima de navidad de 2012, sueldo mes de enero, febrero, marzo y abril de 2013, cesantía de los meses de noviembre y diciembre de 2012 y prima de navidad del año 2012, cesantías de enero, febrero, marzo y abril de 2013. Pagaderos en dos contados a partir de junio de 2013 y su vinculación terminaría cuando la convocante sea pensionado y se encuentre incluida en nómina de pensionado, estos conceptos dinerarios se respaldan a través del certificado de apropiación y disponibilidad presupuestal de la actual vigencia fiscal, código No. 3300000-1, denominado sentencias y conciliaciones, el cual me permito adjuntar en esta diligencia, a seis (6) folios, así mismo aporé la certificación de creación y modificación dl (sic) comité de conciliación de la entidad que represento en quince (15) folios" seguidamente le es cedida la palabra al doctor CARLOS ALBERTO OSPINO GUSMÁN, convocante quien expone lo siguiente: 2 en mi condición de apoderado de la convocante acepto la propuesta en los términos expuestos por la entidad convocada", ACUERDO CONCILIATORIO : una vez escuchados ambos extremos, se concluye que ha habido un acuerdo conciliatorio total y definitivo frente a las peticiones del convocante, en este sentido la E.S.E. HOSPITAL LOCAL 7 DE AGOSTO DE PLATO MAGDALENA, se compromete a cumplir el acuerdo en la siguiente forma, CUANTÍA TOTAL Catorce Millones Ciento Ochenta Y Siete Mil Cuatrocientos Cuarenta Y Cuatro Pesos (14.187.444.00; en atención a que se encuentra demostrado que existe obligación por parte de la empresa la entidad convocada por conceptos de sueldos de meses de noviembre de 2012, diciembre de 2012, prima de navidad 2012. Sueldo mes de enero, febrero, marzo, abril de 2013, cesantía de los meses noviembre y diciembre de 2012 y prima de navidad de 2012, cesantías de enero febrero marzo y abril de 2013, este valor comprende el pago integral por las pretensiones solicitadas mediante escrito a la convocatoria a audiencia de conciliación de fecha 12 de marzo de 201, ante la Procuraduría 93 judicial I de esta ciudad, así como también el pago de cualquier otra pretensión derivada de estos hecho. TIEMPO: La entidad se compromete a realizar a realizar el pago del presente acuerdo de conciliatorio en dos cuotas pagaderos la primera de ellas ene l mes de junio de 2013. El procurador judicial considera que el anterior acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto el modo tiempo y lugar de su cumplimiento y reúne los siguientes requisitos: (i) la eventual acción contenciosa que se ha podido llegar a presentar no ha caducado (art. 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 ley 446 de 1998); (ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 Ley 23 de 1991 y 70 ley 446 de 1998,) (iii) las partes se encuentran debidamente representadas y sus representantes tienen capacidad para conciliar; (iv) obran en el expediente las pruebas necesarias para justificar el acuerdo: (...)

(v) en criterio de esta agencia del Ministerio Público, el acuerdo contenido en el acta no es violatorio de la ley y no resulta lesivo para el patrimonio público por las siguientes razones (art. 65 A, Ley 23 de 199, art. 73 de la Ley 446 de 1998) puesto que se está conciliando los valores los valores reconocidos por la entidad y de acuerdo al valor devengado por la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero, en el cargo de subgerente financiero, nivel directivo, código 090-01 con una asignación mensual de dos millones doscientos diecinueve mil cuatrocientos noventa y nueve pesos (\$2.217.499.00) nombrada después de una reestructuración de la plata de personal, cargo que desempeño desde el 28 de marzo de 2012 hasta el 23 de de noviembre de 2012, fecha en la que fue desvinculada por la Gerente de la entidad convocada, la Doctora COSTANZA GARCIA GARCIA sin tener en cuenta la condición de pre pensionable, pues a la fecha cuenta con más

de 57 años de edad y más de 20 años de servicios, y del acoso laboral sufrido por la misma a partir de la reubicación en el cargo de subgerente financiero, tal como consta en la queja presentada ante el procuraduría el 11 de diciembre de 2012. De acuerdo a lo expuesto la entidad convocada revocará el acto de desvinculación Resolución No. 3803 de fecha 23/11/2012, en atención a la ilegalidad del mismo en atención a la ilegalidad del mismo, en consecuencia se dispondrá enviar el envío de la presente acta, junto con los documentos pertinentes, al juzgado administrativo del Circuito reparto, para efectos del control de legalidad, advirtiendo a los comparecientes que el auto aprobatorio hará transito a cosa juzgada y prestará mérito Ejecutivo.

(...).

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998¹, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo acciones estas denominadas con la nueva Ley 1437 de 2011 medios de control contemplados 138, 140 y 141.

Según la norma vigente, el juez para aprobar el acuerdo, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (Parágrafo 2º del artículo 63 del Decreto 1818 de 1998).

La solicitud fue presentada el 12 de marzo de 2013 ante la Procuraduría Judicial en Asuntos Contenciosos Administrativos, en la que la parte solicitante indica, que el medio de control a ejercer en el caso en que fuera declarada fallida la conciliación, sería el de nulidad y restablecimiento del derecho por lo tanto, sobre este punto el Despacho teniendo en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo contenido en la Resolución No. 3803 del 23 de noviembre de 2012, la cual se practicó el día 26 de noviembre de 2012, atendiendo los cuatro meses que se cuenta a partir del día siguiente de la notificación o sea desde el 27 de noviembre hasta la fecha de la presentación de la solicitud ante Procuraduría delegada

¹ ARTICULO 56. ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACION. <Ver Notas del Editor> Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

para los asuntos administrativos (12 de marzo de 2013) se puede apreciar que no ha operado el fenómeno de la caducidad.

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 56 Decreto 1818 de 1998).

En cuanto a este requisito, una vez estudiado el expediente se puede apreciar que el presente asunto, es un conflicto de carácter particular y de contenido económico, cuya competencia se desprenden de la calidad de las partes, toda vez que la parte convocada corresponde a una Empresa Social del Estado, y por el medio de control que se ejercería al no llegarse a un acuerdo conciliatorio, es de los que conoce esta jurisdicción.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

El convocante compareció al proceso a través de apoderado judicial, en virtud del poder conferido por éste, quien expresamente lo facultó para conciliar.

La convocada por su parte compareció al proceso a través de apoderado judicial, en virtud del poder conferido con expresa facultad para conciliar.

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A Ley 23 de 1991 y art. 73 Ley 446 de 1998, incorporado en el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998).

Analizado el acuerdo al que llegaron las partes, en sede de la Procuraduría 92 Judicial I Delegada para los Asuntos Administrativos, observa esta Agencia de Derecho, que la entidad convocada accede a las pretensiones del convocante.

De la solicitud de conciliación prejudicial, y del acuerdo al que llegaron las partes, se aprecia, que el objeto de la conciliación se centró en querer obtener la revocatoria de la Resolución No. 3803 del 23 de noviembre de 2012, proferida por la gerente de la E.S.E. Hospital Local 7 de Agosto de Plato Magdalena, por medio del cual fue declarada insubsistente el nombramiento de la señora Elcie del Carmen, al igual que el reintegro sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando u otro.

La parte convocante argumenta su solicitud, en el hecho de considerarse una persona prepensionable la cual se encuentra cobijada por el reten social, dado que cuenta con 57 años de edad y con más de 20 años de servicio, lo cual la pondrá en una situación de estabilidad laboral a pesar de estar en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, es importante analizar si en efecto esta persona ostentaba tal calidad y si al tenerla, a pesar ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, el acto administrativo podría ser declarado nulo y por tanto hallar que tal acuerdo conciliatorio no sea violatorio y por tanto no resulte lesivo para el patrimonio de la entidad. Para lograr tal resultado, para el despacho es importante hacer un recorrido legal y jurisprudencial, sobre esta materia, reten social y luego resolver en definitiva sobre el caso planteado.

Sobre le reten social se encuentra en la Ley 790 de 2002 la ley dispones:

"Artículo 12. Protección Especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Nuestra Honorable Corte Constitucional sobre el reten social, en la Sentencia T.802/12, conceptualiza lo siguientes:

"En tal contexto, fueron proferidas la Ley 790 de 2002 y demás normas reglamentarias, en las cuales se prescribe el procedimiento que se debe realizar en los programas de renovación de la administración pública respecto de los servidores cubiertos con la protección especial referida y la estabilidad laboral que garantice que no se les retire del servicio, a saber:

"Artículo 12. Protección Especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Artículo 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la

Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

13.1 Acreditación de la causal de protección

*d) **Personas próximas a pensionarse:** Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.*

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

13.2 Aplicación de la protección especial

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto.² (Negrillas y subrayas de la Sala).

Con base en dichas normas, en el estudio técnico referido debe propender por un equilibrio entre la viabilidad administrativa y financiera de la entidad y el respeto de los derechos fundamentales de los servidores. Por consiguiente, es de vital trascendencia la obligación impartida al empleador de analizar las específicas condiciones de cada funcionario, mediante el análisis de sus hojas de vida, con la finalidad de establecer si se encuentran cubiertos por el denominado "retén social".

En conclusión, el "retén social" constituye una garantía de estabilidad laboral dirigida a las madres y padres cabeza de familia, las personas en condición de discapacidad y los servidores públicos a quienes les falte tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensionarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002. Lo anterior, no indica que sea una protección absoluta, sino que los destinatarios de la misma deben reunir unos requerimientos básicos para hacerse acreedores de la garantía que ofrece esta figura, y así solo podrán ser desvinculados en presencia de una justa causa.³

² Decreto 190 de 2003. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 790 de 2003.

³ Sentencias C-991 de 2004, T-1239 de 2008, T-261 de 2010, T-623 de 2011, entre otras.

1.3. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha referido que los programas de renovación de la administración pública pueden adelantarse tanto en la Rama Ejecutiva, como en lo demás organismos que no pertenecen a la misma. Al respecto, en la Sentencia T-768 de 2005 se comentó:

"Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que 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.

*Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002."*⁴

De lo anterior, se extrae que el espíritu del legislador al crear la protección especial del "retén social" tendía a salvaguardar los intereses de aquellos sujetos que se encontrasen en condiciones de vulnerabilidad. En aquella oportunidad sólo se estableció el trámite a seguir en las entidades del sector central, sin que se pudiese interpretar como una exclusión explícita de los órganos ajenos al mismo.

Por tanto, esta Corporación ha dispuesto que los beneficios surgidos con ocasión de aquellos procesos deben extenderse a los trabajadores de las entidades que sin pertenecer al sector central se encuentren en proceso de reestructuración o liquidación, en cumplimiento de los mandatos Constitucionales, específicamente el derecho de igualdad y los principios fundantes del Estado Social de Derecho.⁵

2. El alcance del "retén social" para las personas próximas a pensionarse.

4.1. La Corte Constitucional ha abordado la situación de las personas próximas a acceder a la pensión de vejez o jubilación, en virtud del texto del artículo 13 Superior. De tal forma, ha considerado que las condiciones de aquellas no son equiparables a las de un trabajador que hasta ahora comienza su vida laboral, lo cual justifica un

⁴ Sentencias T-768 de 2005 y T-034 de 2010.

⁵ Sentencia T-768 de 2005 y T-034 de 2010.

tratamiento diferencial a su favor⁶. Así, este Tribunal ha señalado que esas expectativas pueden llegar a ser protegidas incluso por el legislador, con el objetivo de evitar que las variaciones legales, propicien situaciones de desigualdad u ocasionen beneficios sociales para sectores específicos de la población⁷.

4.2. Así las cosas, como se expuso de manera antecedente, la Ley 790 de 2002 contempló una medida de protección a favor de los trabajadores próximos a cumplir los requisitos para obtener su pensión, determinando la condición para ostentar tal calidad, es decir, *"que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley"*.

Al respecto, la Corte ha precisado que ese lapso de tiempo debe contarse a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003, que a pesar de no modificar el contenido de la norma que prescribe originalmente el "retén social" de los prepensionados, si debe tomarse como punto de referencia para contabilizar el término fijado en la Ley 790 de 2002. Puntualmente, esta Corporación ha anotado:

"La Sala considera que la incorporación del retén social al plan de renovación de la Ley 812 hace inaplicable el término de vigencia conferido por la Ley 790 de 2002, por lo menos en lo que hace referencia a la fecha a partir de la cual debe empezar a contarse el periodo de protección de 3 años. No obstante, ese lapso abstracto dentro del cual la persona debe adquirir el derecho a pensionarse, como condición para recibir los beneficios del retén social -los 3 años- debe conservarse, pues constituye el término que a ojos del legislador define a quien está próximo a pensionarse.

En conclusión, el legislador estableció en 3 años como el lapso dentro del cual una persona puede considerarse próxima a pensionarse. Con ello consagró un plan de transición por dicho lapso. Este término debe ser respetado por la Corte. Lo que fue modificado, gracias a la vigencia de la Ley 812, es la fecha, el momento histórico, a partir del cual deben contabilizarse esos 3 años.

*Ello porque el hecho de que el término de 3 años se cuente a partir de la fecha de promulgación de la Ley 790 de 2002 es una condición claramente modificada por el Plan Nacional de Desarrollo -812 de 2003-, pues ésta última prolongó la vigencia del retén social a todo el plan de renovación de la administración pública, no ya al que fue objeto de regulación transitoria por parte de la Ley 790."*⁸

No obstante, ante las divergentes interpretaciones que pudiese darse al término antes referenciado, la Sala colige que la posición que debe resolver este interrogante debe ser la más favorable para los intereses del empleado, puesto que en la mayoría de casos los procesos de reestructuración pueden tomar más tiempo del límite temporal de la Ley 790 de 2002, y en tal sentido, se debe adoptar como fecha de inicio de ese conteo, la correspondiente a la desvinculación efectiva del servidor. Ello ha sido considerado por la Corte como se lee: *"la interpretación más favorable para la garantía de los derechos fundamentales de seguridad social, de la fecha exacta a partir de la cual se calcula si a una persona*

⁶ Véase también Sentencia C-147 de 1997 y C-168 de 1995.

⁷ Sentencia C-147 de 1997.

⁸ Sentencia T-008 de 2008.

le faltan menos de 3 años para pensionarse, es aquella que realiza el mencionado cálculo desde la desvinculación efectiva del trabajador(a). Esto, en razón a que dicha fecha en la mayoría de los casos es posterior a la de la expedición de la norma de ordena el inicio del proceso de liquidación⁹.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la garantía constitucional de los prepensionados en el proceso de renovación de la respectiva entidad que ha sido objeto de liquidación o reestructuración dentro del plan de renovación de la administración nacional, y se otorga hasta tanto sea reconocida la pensión¹⁰ o se extinga la persona jurídica¹¹, lo que ocurra primero.¹²

5. Procedencia del beneficio de “retén social” ante los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Este Tribunal ha reiterado que no existe fundamento alguno que sustente la distinción de los destinatarios del “retén social”, según ocupen cargos de vocación permanente o transitoria, entendiéndose cargos de libre nombramiento y remoción o nombrados en provisionalidad¹³. Al contrario, se ha considerado que tal diferencia se torna discriminatoria y conculca directamente derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social en pensiones, entre otros.

Así las cosas, como quiera que las supresiones de cargos o terminaciones de relaciones laborales producto de un proceso de renovación de la administración pública, no se adelantan en ejecución de la facultad discrecional del nominador, indiscutiblemente deben valorarse los conceptos emitidos como consecuencia del estudio técnico de que trata la Ley 790 de 2002, así como las condiciones específicas del trabajador y los principios del Estado Social de Derecho.

En esa medida, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción aunque gozan de una estabilidad laboral precaria, deben tener un tratamiento igualitario a los demás tipos de servidores cuando reúnan los requerimientos para acceder a la protección especial consagrada en el “retén social” durante los procesos de renovación de la administración pública.

Es evidente que la finalidad del legislador fue amparar a las personas que lo requirieran dado el estado de vulnerabilidad al que estuvieran sujetas, máxime cuando esta medida tiene alcance nacional y departamental; entonces, por la naturaleza del cargo no se pueden descartar las circunstancias que los hacen acreedores de la protección constitucional especial que fijó la ley. De allí, que deba adelantarse el mismo procedimiento determinado en la norma, acompañado de los estudios técnicos, así como la evaluación de la información del trabajador y su hoja de vida, para establecer si reúne las condiciones de un beneficiario del “retén social”. Sobre el particular en la Sentencia T-862 de 2009 se manifestó:

⁹ Ver sentencia T-089 de 2009.

¹⁰ Este criterio ha sido reiterado en las sentencias T-178 de 2009, T-112 de 2009, T-009 de 2008 y T-993 de 2007, entre otras.

¹¹ Ver entre otras, Sentencia T-1166 de 2008.

¹² Sentencia T-034 de 2010.

¹³ Sentencias T-800 de 1998, T-1239 de 2008, T-862 de 2009, entre otras.

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

(...) En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento."

De lo expuesto se colige que en los procesos de renovación de la administración pública, reestructuración o liquidación, deben garantizarse los derechos fundamentales y constitucionales de los sujetos de especial protección, aunque éstos tengan una estabilidad laboral precaria por ocupar cargos de libre nombramiento y remoción.

Nuestro Consejo de Estado, en sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve sobre la aplicación del reten social a las entidades administrativas no importando el orden al que pertenezca, en sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil once (2011) conceptuó:

"En este punto, la Sala no pasa por alto que la jurisprudencia constitucional² ha sostenido que si bien, la Ley 790 de 2002 solamente se aplica a los procesos de reestructuración de las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, ello no es óbice para que las entidades públicas de otro orden que decidan modernizar, actualizar y modificar sus plantas de personal también diseñen programas dirigidos a proteger la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que se ubican en el sector de los sujetos de especial protección del Estado, tales como los previstos en esa normativa."

Del análisis practicado a los documentos aportados con el acta de conciliación, se pudo constatar que para el año de 2011 en la E.S.E.

² Sentencia T-724 de 8 de octubre de 2009: "Ahora bien, con relación a los procesos de renovación y readecuación funcional de la Administración pública, el Estado tiene el deber de garantizar de manera reforzada, esto es, con una mayor intensidad que a los demás servidores públicos, la permanencia y estabilidad de las madres y los padres cabeza de familia en sus empleos, lo cual obliga a todas las entidades públicas a adoptar medidas adecuadas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas a que tiene derecho este grupo especial de personas, de modo tal que se privilegien aquellos mecanismos que propugnen por su continuidad laboral para que puedan seguir sufragando sus gastos de manutención y los de su núcleo familiar."

convocada se llevó a cabo una reestructuración de la plata de personal, pero no se elaboró un estudio que permitiera establecer el número de trabajadores que se encontraban gozando de esa protección especial del reten social del que trata artículo 12 de la ley 790 de 2002.

También se pudo establecer del Registro Civil de Nacimiento visible a folio 43 del expediente, que la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero nació el día 1 de agosto de 1955 y para la fecha de haber sido declarada insubsistente (Resolución No. 3803 de noviembre de 2012) contaba con 57 años de edad, y que para el día 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad, lo que lleva a concluir a esta Agencia de Derecho, que la convocante es beneficiaria del régimen de transición.

De igual modo se pudo determinar de las certificaciones laborales expedidas por las entidades administrativas donde laboró la convocante, que ha laborado 22 años con 11 días discriminados de la siguiente manera:

ENTIDA EN LA QUE LABORÓ	DESDE	HASTA	TOTAL
ALCALDIA DE PLARO	1985	1992	6 AÑOS 6 MESES Y 4 DÍAS
E.S.E. HOSPITAL FRAY LUIS DE LEON DE PLATO (fl.23)	JULIO 4 DE 1996	JUNIO 15 DE 2004	7 AÑOS CON 11 MESES Y 11 DÍAS
E.S.E. HOSPITAL LOCAL 7 DE AGOSTO (fl.25)	JUNIO 10 DE 2004	NOVIEMBRE 26 DE 2012	8 AÑOS 5 MASES 26 DÍAS
			22 AÑOS CON 11 DÍAS

Teniendo en cuenta el tiempo laborado por la convocada, queda claro que la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero, se encuentra incluida dentro de las personas que gozan de la protección social del reten social, por ser una persona próxima a pensionarse.

Ahora bien, el hecho de que la convocante se encontraba desempeñado un cargo de libre nombramiento y remoción, no quiere decir que por la naturaleza del cargo que desempeñaba, su nominador podía dar por terminada la relación laboral en cualquier momento, pues desvió tener en cuenta la condición en la que se encontraba la convocante, al hacer parte del grupo de personas cobijadas por la protección especial del reten social de que trata el artículo 12 de la ley 790 de 2002, lo cual no se tuvo en cuenta en el estudio técnico que debió realizarse previo a modificar la plata de cargos de la E.S.E. convocada, como ya se dijo, y como lo ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia antes citada, en

la que ha considerado que tal diferencia, esto es entre los empleados de libre nombramiento y remoción con las otras clases de empleados, se torna discriminatoria y conculca directamente derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad social en pensiones, entre otros. Para lo cual citó lo manifestado en la sentencia T-862 de 2009.

En ese orden de ideas, el Despacho concluye, que la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero, no debió ser declarada insubsistente del cargo que venía desempeñando por el hecho de ser de libre nombramiento y remoción; pues entonces el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes en sede de la procuraduría, debe ser aprobado por parte de esta agencia Judicial, tal y como quedó consignado en el acta de conciliación de fecha 6 de mayo de 2013, toda vez, que no se advierte una lesión al patrimonio público y se aportan todas las pruebas que demuestran la situación de la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero.

En consecuencia, a todo lo antes expuesto se aprobará el acuerdo conciliatorio con la advertencia de que conforme al artículo 66 de la Ley 446 de 1998, éste hace tránsito a cosa juzgada.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Juzgado Séptimo Administrativo de Santa Marta,

RESUELVE

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado entre la señora Elcie del Carmen Bolaño Caballero y la E.S.E. Hospital Local 7 de Agosto de Plato, realizada ante la Procuraduría N°. 92 Judicial II Asuntos Administrativos, celebrada el día 6 de mayo de 2012.

SEGUNDO. El acta de conciliación y esta providencia que la aprueba, tiene efectos de cosa juzgada y presta merito ejecutivo, conforme a los artículos 60 ultimo inciso de la ley 23 de 1991 y 12 del Decreto 173 de 1993.

TERCERO. Comunicar lo resuelto a las partes, procurador 92 en lo Judicial – Asuntos Administrativos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA

JUEZA

Juzgado 7° Administrativo del Circuito de Santa Marta.

Secretaría

Por anotación de estado No. 041 Notifico a las partes de la providencia anterior hoy 8 agosto de 2013 las 08:00 de la mañana, se publica en la página web y se envía al ministerio publico.

ARLETH PATRICIA CEBALLOS P

Secretaría

