



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Claudia Yanet D'Antonio Adame  
Demandado: Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S. E.S.P.  
Radicación: 73001-33-33-003-2021-00028-00

### ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. PRETENSIONES<sup>1</sup>

- 1.1. Que se declare la nulidad del Decreto Municipal No 046 de fecha 11 de marzo de 2020 por medio del cual la Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S E.S.P. remueve del cargo de gerente general a la señora Claudia Yanet D'Antonio Adame.
- 1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene que la accionante sea reintegrada al cargo que venía desempeñando como gerente general dentro de la entidad demandada.
- 1.3. Que se condene a la demandada al pago de su respectiva liquidación por los siguientes factores y valores adeudados:

<b>Salarios</b>	
Salarios del 01-02-2020 al 29-02-2020 por valor	\$ 3.383.721
Salarios del 01-03-2020 al 11-03-2020 por valor	\$ 1.254.332
<b>Gastos de representación</b>	
Del 01-02-2020 al 29-02-2020 por valor	\$ 500.000
Del 01-03-2020 al 11-03-2020 por valor	\$ 183.333
<b>Cesantías</b>	
Del 01-01-2020 al 11-03-2020	\$ 924.699
<b>Vacaciones</b>	
Del 31-07-2018 al 09-12-2019	\$ 2.880.508
Del 10-12-2019 al 11-03-2020	\$ 565.207
<b>Prima de servicios</b>	
Del 01-07-2019 al 09-12-2019	\$ 1.794.429
Del 10-12-2019 al 11-03-2020	\$ 1.091.169
<b>Prima de navidad</b>	
Del 01-12-2019 al 09-12-2019	\$ 102.530
Del 10-12-2019 al 11-03-2020	\$ 1.150.630
<b>Prima de vacaciones</b>	
Del 31-07-2018 al 09-12-2019	\$ 2.880.504
Del 10-12-2019 al 11-03-2020	\$ 565.206
<b>Bonificaciones por servicios 35%</b>	
Del 31-07-2018 al 09-12-2019	\$ 1.908.097
Del 10-12-2019 al 11-03-2020	\$ 377.069
<b>Bonificación por recreación</b>	
Del 31-07-2018 al 09-12-2019	\$ 400.790
Del 10-12-2019 al 11-03-2020	\$ 63.212
<b>Intereses sobre cesantías</b>	
Del 01-01-2020 al 11-03-2020	\$ 110.964
<b>Total</b>	<b>\$ 20.136.400</b>

<sup>1</sup> Pág. 3-4 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf y pág. 4-5 archivo A8. 2021-00028 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf

- 1.4. Que se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización moratoria por falta de pago e intereses.
- 1.5. Que se ordene el pago de la respectiva indexación de todas y cada una de las sumas reconocidas en este proceso.
- 1.6. Que se condene a la demanda al pago de las costas del proceso, compuesta por los gastos materiales y agencias en derecho.

## 2. HECHOS<sup>2</sup>

Son hechos jurídicamente relevantes afirmados en la demanda:

- 2.1. Que la señora Claudia Yanet D'Antonio Adame laboró como gerente de la Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S E.S.P del Municipio de Suárez Tolima, durante el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2018 y el día 11 de marzo de 2020, nombrada mediante acta de posesión debidamente protocolizada por escritura pública No. 847 con fecha del 31 de julio de 2018.
- 2.2. Que con la Resolución No. 245, la demandante fue designada en el mismo cargo para el periodo de un año desde el día 10 de diciembre de 2019, siendo un cargo de libre nombramiento y remoción.
- 2.3. Que mediante Decreto Municipal No 046 de fecha 11 de marzo de 2020 la demandante fue removida del cargo que venía desempeñando.
- 2.4. Que la accionante fue removida del cargo sin considerar que cuenta con fuero especial de estabilidad laboral de pre pensionada, toda vez que solo le faltaban 3 años para ser beneficiaria de la pensión de vejez, con el agravante que su desvinculación se dio en tiempos de pandemia Covid-19 sin ninguna justificación.
- 2.5. Que la señora Claudia Yanet D'Antonio Adame nació el día 30 de agosto 1966 y se encontraba cotizando al fondo pensional Colfondos.
- 2.6. Que el día 17 de marzo de 2020 hizo la entrega del puesto sin ninguna novedad, quedando la demandante a paz y salvo con la Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S E.S.P. pero a la fecha de terminación del contrato, la entidad demandada no le pagó la respectiva liquidación.

## 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>

Señala como vulnerados los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, al existir una situación de vulnerabilidad en la demandante que se encuentra próxima a adquirir el estatus pensional y ser retirada de su cargo.

Menciona que la Sentencia T-638 de 2016 trae a colación una condición de garantía constitucional para el reconocimiento de un derecho especial y la cual se ha reiterado en línea jurisprudencial, consolidando un estado de estabilidad laboral reforzada.

---

<sup>2</sup> Pág. 1-2 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf y pág. 2-4 archivo A8. 2021-00028 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf

<sup>3</sup> Pág. 4-6 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf y pág. 6-9 archivo A8. 2021-00028 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf

Alega también que se vulneran las normas superiores por la falta de reconocimiento y pago de salarios adeudados y las prestaciones sociales durante la vigencia de la relación laboral con la entidad demandada, dado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en mencionar que es un derecho, la protección del pago oportuno del salario y por ende de las prestaciones sociales, por lo que cualquier reticencia para su total reconocimiento y pago se constituye como contrario a la Constitución y la ley, esto es el Decreto 3135 de 1968 que regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que establece las prestaciones sociales a favor de dichos servidores, tales como las vacaciones, primas y auxilio funerario, así como la oportunidad en que deben ser pagadas y la Ley 244 de 1995, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **4.1. Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S E.S.P.<sup>4</sup>**

La E.S.P. se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, advirtiendo que el cargo ocupado por la accionante es de los denominados de libre nombramiento y remoción, en atención a la trascendencia de la misión institucional asignada al mismo y al alto grado de confianza que se exige frente a quien lo desempeñe; por tanto, el nominador puede disponer libremente su provisión y retiro, y en la mayoría de los casos sin que sea necesario enunciar los motivos que originan una u otra decisión.

Afirma entonces que, por el simple hecho de encontrarse próxima a consolidar el estatus pensional, con el cumplimiento de requisitos legales no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción; además, que en el régimen de ahorro individual al que se encuentra afiliada la accionante, no se ha considerado una edad mínima para lograr la pensión, sino que se limita a alcanzar el capital necesario para financiar dicha prestación.

Además, que en lo que tiene que ver con la emergencia sanitaria, para la fecha en que se profirió el acto administrativo impugnado aún no se había declarado la emergencia por parte del Gobierno Nacional.

Respecto a los presuntos pagos insolutos, indica que la entidad ha realizado un pago parcial por valor de \$13.810.181, que cubren cesantías e intereses, prestaciones sociales y sueldo del mes de febrero.

##### **4.2. Municipio de Suárez<sup>5</sup>**

Se pronuncia en el mismo sentido y con los mismos argumentos que la E.S.P., por lo que a ellos se remitirá el Despacho en gracia de síntesis, adicionando simplemente la entidad territorial, que el pago parcial asciende a la suma de \$16.690.690.

#### **5. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda fue presentada el 10 de febrero de 2021 (A2. 2021-00028 ACTA DE REPARTO SEC.197), siendo inicialmente inadmitida y una vez subsanada fue admitida en auto del 28 de mayo de 2021 (B2. 2021-00028 AUTO ADMITE DEMANDA.pdf). Luego, mediante auto

---

<sup>4</sup> B7. 2021-00028 CONTESTACIÓN DEMANDA EMPRESA DE ACUEDUCTO...pdf

<sup>5</sup> C5. 2021-00028 CONTESTACIÓN MUNICIPIO DE SUAREZ.pdf

del 22 de octubre de 2021, se dispuso la vinculación del Municipio de Suárez como litisconsorcio necesario de la parte pasiva (C1. 2021-00028 AUTO VINCULA LITISCONSORTE.pdf). Vencidos los términos de traslado para contestar la demanda y para excepcionar, en providencia 29 de abril de 2022 se fijó fecha y hora para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (C7. 2021-00028 AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA INICIAL.pdf), la cual se llevó a cabo el día 11 de julio de 2022, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se abordó el tema de la conciliación sin que las partes propusieran fórmula de arreglo y se decretaron pruebas (D1. 2021-00028 ACTA AUDIENCIA INICIAL.pdf), las cuales fueron practicadas en audiencia que se celebró el día 24 de agosto del año en curso (D4. 2021-00028 ACTA AUDIENCIA DE PRUEBAS.pdf), en la cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, haciendo uso de ese derecho únicamente la parte demandada (D6. 2021-00028 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE PARA ALEGATOS.pdf)

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. Parte demandada<sup>6</sup>**

Reitera los argumentos esbozados en la contestación de demanda, reafirmando que la accionante no contaba con los requisitos para considerarse que tenía un fuero de estabilidad laboral reforzada por ser pre pensionada; además, que el acto administrativo no fue expedido en vigencia de la emergencia económica, por tanto solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES**

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

### **1. COMPETENCIA**

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 2º *ibídem*.

### **2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si la señora Claudia Yanet D'Antonio Adame se encontraba dentro de la causal de estabilidad laboral reforzada de pre-pensionada y por tanto no era posible su retiro del servicio y en caso afirmativo si le asiste derecho al reintegro al cargo que ocupaba.

Así mismo, si tiene la accionante derecho al pago de los salarios, prestaciones sociales indicados en la demanda por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2020 al 11 de marzo de 2020, al igual que el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de estas.

### **3. MARCO JURÍDICO**

#### **3.1. Régimen jurídico de los cargos de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “*cuya finalidad es la de*

---

<sup>6</sup> D5. 2021-00028 ALEGATOS PARTE DEMANDADA.pdf

*preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.*

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150 num. 23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

Es así que en el artículo 5 de Ley 909 de 2004, se estableció la clasificación de los empleos públicos de la siguiente manera:

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

*1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.*

*2. **Los de libre nombramiento y remoción** que correspondan a uno de los siguientes criterios:*

*a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:  
(...)*

*En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:*

*Secretario General; **Secretario** y Subsecretario **de Despacho**; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.”*  
(Resaltado fuera de texto).

Por su parte, los artículos 23 y 41 ibidem, reglaron la forma de proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, así como sus causales de retiro:

*“Artículo 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.*

*Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.*  
(...)

*Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*a) **Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;***

(...)

*Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

**La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado**”.(Destaca el Juzgado)

### **3.2. De la confianza como criterio determinante en los cargos de libre nombramiento y remoción.**

Al analizar el régimen particular que rodea a aquellos cargos que no están dentro del régimen de carrera administrativa, tales como los de libre nombramiento y remoción, por ser estos, de dirección y confianza, la Corte Constitucional en sentencia T-686 de 2014 reitera los principios orientadores en este tipo de cargos, aduciendo que en todo caso, la confianza es el criterio determinante para fijar tal naturaleza:

*“El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general, para la vinculación de servidores públicos, el sistema de carrera “cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.*

*Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.*

*De conformidad con lo anterior, esta Corte en reiteradas ocasiones ha fijado unos parámetros o criterios que han de ser observados por la ley para determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción:*

*“(…) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, **exija una confianza plena y total**, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”.* (Negrilla fuera de texto).

*Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994, esta Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes*

características: (i) de un lado, hacer referencia a **funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional** y, (ii) de otro, referirse a **cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades**. Al respecto se dijo:

“Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, **por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera.** Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, **según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.**” En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitu personae*”.

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007 se recordó que **en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, para la vinculación del servidor:**

“Ha manifestado la Corte Constitucional que al “tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.” **Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que “el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.”**”

De esta manera, es claro que **la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público**”.

Por su parte, el Consejo de Estado respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, en sentencia del 30 de marzo del 2017, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, dentro del expediente 41001-23-33-000-2012-00142-01(0990-14), indicó:

“Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>7</sup>, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

*cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.*

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

*Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.*

*Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.*

*En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.*

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

*Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional, cabe precisar **que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad.** En otras palabras, **la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.***

*En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>8</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: **a)** debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, **b)** su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y **c)** la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

*Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza, y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa. Lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad»”*

### **3.3. De la estabilidad laboral reforzada**

---

<sup>8</sup> Sentencia T-372 de 2012.

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”, en su artículo 12 dispone:

*“ARTÍCULO 12. PROTECCIÓN ESPECIAL. <Apartes en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles> 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”.*

Por su parte el Decreto 190 de 2003, reglamentario de la Ley 790, señala:

*“Artículo 12. Destinatarios. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública no podrán ser retirados del servicio las madres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 1º del presente decreto”.*

*“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”.*

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia SU-003 de 2018 unificó la jurisprudencia en el tema de pre pensionados, indicando que acreditan tal condición “las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”, pero solo en lo relativo a las semanas cotizadas, puesto que **“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente”.** (Destaca el Juzgado)

Ahora bien respecto de las personas afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la Alta Corporación indicó en la citada sentencia:

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

### **3.4. El fuero de pre pensionado frente a los empleos de libre nombramiento y remoción**

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero de 2021, proferida dentro del proceso con radicado 66001-23-33-000-2016-00693-01(2814-18), en el que estudió el tema la declaración de insubsistencia de nombramiento de servidor de libre nombramiento y remoción en condición de prepensionado, señaló:

*“(…) Es necesario poner de presente que con esta figura se busca proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a esta prestación social.*

*En consecuencia, la Corte Constitucional estableció que en los casos en los que solo falte cumplir el requisito de edad y se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción no existe ninguna garantía de prepensión, pues la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social Integral, por lo que la desvinculación no frustra el acceso a la pensión de vejez.*

**Esta Corporación también ha señalado que los prepensionados son sujetos de especial protección, pero dicha circunstancia no impide el ejercicio de la potestad discrecional de remoción.**

*Recientemente, en la sentencia del 12 de julio de 2018<sup>9</sup> esta Sala afirmó que la condición de prepensionado no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pero se debe analizar la afectación de derechos fundamentales. Además, se puso de presente que la condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro del trabajador, sino que se requiere demostrar que la desvinculación pone en riesgo los derechos fundamentales del empleado, respecto de lo cual la edad es un indicador de la dificultad de integrarse al mercado laboral, pero que esta circunstancia se debe analizar junto con las posibilidades de percibir ingresos de otras fuentes.*

*En ese orden de ideas, se advierte que la condición de prepensionado no altera la naturaleza jurídica del vínculo entre el trabajador y el empleador, por lo que, si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, quien demanda tiene la obligación de demostrar que la declaración de*

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 12 de julio de 2018, expediente 2658-15, magistrado ponente: William Hernández Gómez.

**insubsistencia del nombramiento afectó sus derechos fundamentales y sus expectativas de pensionarse.**

*Así las cosas, una eventual protección del servidor se justifica cuando la decisión de declarar insubsistente el nombramiento puede impedirle acceder al derecho a una pensión. (...)*

#### **4. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES PROBADOS**

De acuerdo con los medios de prueba válidos y oportunamente aportados al proceso, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

##### **Documentales**

- 4.1. Mediante decisión tomada el día 16 de julio de 2018 y escrito de fecha 18 de julio del mismo año, fue escogida como Gerente de la Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S. E.S.P. la señora Claudia Yanet D'antonio Adame, para el periodo comprendido entre el 31 de julio de 2018 al 30 de julio de 2020 tomando posesión del cargo el día 31 de julio de 2018, decisión protocolizada mediante Escritura Pública No. 847 del 31 de julio de 2018 ante la Notaría Primera del Círculo de El Espinal Tolima (pág. 17-24 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf)
- 4.2. A través de Resolución No. 245 del 10 de diciembre de 2019 se adoptó la decisión tomada en reunión extraordinaria de Junta Directiva de la E.S.P. mediante acta No.001 de la misma fecha, de designar como Gerente de la empresa a la accionante, para el periodo comprendido entre el 10 de diciembre de 2019 y el 09 de diciembre de 2020, tomando posesión del cargo el mismo día de su designación. (pág. 25-27 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf)
- 4.3. Por medio del Decreto 046 de 11 de marzo de 2020 se adoptó la decisión de la Junta Directiva tomada en reunión y consignada en el acta No. 001 de la misma fecha, en donde se designó al señor Jhon Jairo Córdoba Fuertes como Gerente Provisional de la E.S.P. hasta que se nombre en propiedad, decisión que fue comunicada mediante oficio Co. 100-052 del 11 de marzo de 2020. (pág. 13-15 A8. 2021-00028 SUBSANACIÓN DEMANDA.pdf)
- 4.4. La señora Claudia Yanet D'antonio Adame nació el 30 de agosto de 1966, como se indica en la copia del registro civil de nacimiento, por tanto, para el 11 de marzo de 2011, fecha en que se tomó la decisión administrativa de su desvinculación, contaba con 53 años y 6 meses (pág. 16 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf)
- 4.5. De acuerdo con el extracto de pensión obligatoria expedido por COLFONDOS la actora contaba con 1304 semanas de cotización para el 30 de junio de 2020 y un capital ahorrado de \$ 170.473.919 (incluyendo un bono pensional) (pág. 124-141 archivo A3. 2021-00028 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf)
- 4.6. La entidad accionada pagó a la actora la suma de \$ 16.690.690 por concepto de prestaciones sociales así: Mayo 11 del 2020 Egreso 2020000073 \$1.035.663 (Cesantías e Intereses) Abril 5 del 2021 Egreso 2021000048 \$9.390.797 (Prestaciones Sociales) Agosto 6 del 2021 Egreso 2021000178 \$3.383.721 (Sueldo de Febrero 2020), octubre 21 de 2021 Egreso 2021000264 \$ 2.880.509 (vacaciones), (pág. 18-35 archivo B7. 2021-00028 CONTESTACIÓN

### **Interrogatorio de parte:**

Con el interrogatorio de parte rendido por la señora **Claudia Yanet D'Antonio Adame**, se tiene que esta considera que a la fecha no se le adeuda ningún concepto por liquidación y que para la fecha de la audiencia en la que se le escuchó, se encontraba ejecutando un contrato de prestación de servicios con la Gobernación desde hacía 5 meses.

### **Pruebas testimoniales:**

Con el testimonio de la señora **Luz María Cupitra**, quien se desempeña como Contadora en la E.S.P. accionada, desde enero de 2019, se ratificó el pago de las cesantías realizado a la accionante en mayo 11 de 2020 y que ya había sido reportado en la contestación de la demanda.

## **5. DEL CASO CONCRETO.**

La parte demandante afirma que el acto administrativo atacado está viciado de nulidad, al considerar que entidad accionada no tuvo en cuenta la estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionada, además que el acto fue expedido en vigencia de la emergencia económica; finalmente que no se le pagaron las prestaciones sociales y salarios.

- **La demandante no goza de estabilidad laboral reforzada por ser prepensionada**

De acuerdo con el marco jurídico de esta decisión, en principio y conforme con lo señalado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 en su parágrafo 2º, el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción depende de la discrecionalidad del nominador.

Según las reglas jurisprudenciales señaladas en el marco jurídico de esta decisión, se debe estudiar si la actora ostentaba la condición de pre pensionada para el momento de su desvinculación y si se vulneraron sus derechos fundamentales, particularmente la expectativa de pensionarse.

Como se vio, a la fecha de la expedición del acto acusado, esto es el 11 de marzo de 2020, la actora tenía 53 años y 6 meses de edad, por lo que es claro que no cumplía los requisitos de edad y de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 que establece que para acceder a la dicha prestación en el régimen de ahorro individual con solidaridad pueden pensionarse a cualquier edad si tienen un capital acumulado superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, y si a pesar de cumplir con los requisitos anteriores y desea seguir cotizando será para las mujeres hasta los 60 años.

Además, el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 que establece la garantía de pensión mínima establece que esta aplicará para el caso de las mujeres a los 57 años, además que se demuestre que las pensiones, rentas y remuneraciones que perciba el eventual peticionario, no sean superiores a la suma que recibiría por concepto de la referida garantía, cuyo monto equivaldrá al salario mínimo legal mensual vigente.

Entonces si bien en principio la pensión en el RAIS se puede reconocer si el capital que se tiene es suficiente para lograr la pensión, considera el despacho que el

monto de la cuenta individual de la actora para el momento de la desvinculación no era suficiente para obtener una pensión de vejez, pero si de la pensión mínima, la cual tiene un requisito de edad (57 años) empero como para el momento de su desvinculación contaba la actora con 53 años y 6 meses, aun le faltaban 3 años y 6 mes para cumplir con la edad requerida, por tanto no puede considerarse que esta tuviera la calidad de prepensionada, concluyéndose de esta manera, que el retiro discrecional del servicio de la actora, no puede ser considerado como el truncamiento de la posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

**- Expedición del acto administrativo de retiro en vigencia de la emergencia por Covid-19**

Se alega igualmente por la parte actora que la desvinculación de la accionante se produjo en vigencia de la emergencia decretada en virtud de la pandemia por COVID19.

Advierte el Despacho que el Ministerio de Salud a través de Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria hasta el 30 de mayo de 2020 por causa del coronavirus COVID-19 y posteriormente el Gobierno Nacional mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días con el fin de afrontar la crisis generada por la pandemia por el coronavirus COVID-19.

Está probado dentro del proceso que el acto administrativo de retiro del servicio fue expedido el 11 de marzo de 2020, y que la comunicación de este se realizó el mismo día, por tanto, tal como lo indicó el apoderado de las entidades accionadas en sus alegatos de conclusión, la desvinculación ocurrió un día antes de declararse la emergencia sanitaria. Razón por la cual el cargo es impróspero.

**- De los salarios y demás emolumentos insolutos**

Alega el apoderado judicial que, al retiro del servicio de la actora, la entidad no le pagó salarios y prestaciones sociales desde el 1 de febrero al 11 de marzo de 2020 para un total de \$ 20.136.400.

Está probado en el proceso que la entidad realizó la liquidación de salarios y prestaciones sociales de la señora D´Antonio Adame para la fecha de su retiro, la cual ascendía a la suma de \$ 20.136.400 (pág. 20 archivo C5. 2021-00028 CONTESTACIÓN MUNICIPIO DE SUAREZ.pdf)

Probado igualmente está que de las sumas adeudadas, la entidad realizó los siguientes pagos<sup>10</sup>:

EMOLUMENTO	VALOR	COMPROBANTE DE EGRESO	FECHA DE PAGO
Salarios	\$ 4.638.053	2021000178	06/08/2021
		2021000048	05/04/2021
Gastos de representación	\$ 683.333	2021000048	05/04/2021
Cesantías	\$ 924.699	2020000073	11/05/2020
Vacaciones	\$ 3.445.715	2021000048	05/04/2021
		2021000264	28/10/2021
Prima de Servicios	\$ 2.885.598	2021000048	05/04/2021
Prima de Navidad	\$ 1.253.160	2021000048	05/04/2021
Bonificación por servicios 35%	\$ 2.285.166	2021000048	05/04/2021
Bonificación por Recreación	\$ 464.002	2021000048	05/04/2021
Intereses Sobre Cesantías	\$ 110.964	2020000073	11/05/2020

<sup>10</sup> Pág. 35 archivo B7. 2021-00028 CONTESTACIÓN DEMANDA EMPRESA DE ACUEDUCTO....pdf

Se tiene también probado en el proceso, conforme lo señalado por la propia demandante en el interrogatorio practicado en la audiencia de pruebas, que el saldo fue pagado por la entidad cinco días después de la audiencia inicial, es decir que se entiende que la suma de \$ 3.445.710 correspondiente a la prima de vacaciones, ya fue cancelada, por lo que a la fecha de esta sentencia no existe suma alguna por concepto de salarios o prestaciones sociales pendientes de pago a favor de la actora.

Respeto frente a la pretensión del pago de la indemnización por el no pago de salario o pago tardío (art 65 C.S.T.), sin entrar en mayores elucubraciones, tal pretensión no fue objeto del agotamiento reclamación administrativa alguna, pues la nulidad se deprecaba únicamente en contra del acto administrativo de desvinculación ; aunado a que en todo caso, tal indemnización no es procedente en tratándose de empleados públicos, de conformidad con lo reiterado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 25 de enero de 2018 proferida dentro del expediente 44001233300020140003201.

Ahora bien, respecto a la sanción por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 que modificó y adicionó la Ley 244, igualmente se despachará desfavorablemente, como quiera que no se observa dentro del plenario petición alguna que se haya realizado para solicitar las cesantías definitivas, es decir, no existe reclamación administrativa frente a dicha solicitud, y tal como se ha definido tanto en las normas citadas como en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-(012-2018) del 18 de Julio de 2018, para que opere la sanción mora, debe existir una petición del servidor respecto de las cesantías y desde esa petición se contarán los términos que tiene la entidad para realizar el pago y verificar si se configura la mora en el pago de la prestación que genere la sanción respectiva.

## **6. CONCLUSIÓN JURÍDICA**

Luego del análisis del caso concreto, se concluye que la presunción de legalidad del acto administrativo demandado Decreto 046 del 11 de marzo de 2020, por el cual se declaró la terminación del nombramiento de la demandante, no fue desvirtuada, al no demostrarse el cargo de nulidad formulado, cuyo eje central consistía en señalar que la actora contaba con la estabilidad laboral relativa de prepensionada. Tampoco se demostró que el acto de desvinculación se haya proferido en vigencia de la emergencia sanitaria por COVID19, como lo alegada la parte actora. En vista de lo anterior, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda, en este sentido.

En lo que respecta al no pago de las prestaciones sociales, se probó que la liquidación fue pagada en su totalidad a la actora, razón por la cual se denegarán igualmente las pretensiones en ese sentido.

Se denegará también lo relativo al indemnización por falta de pago de salarios, por no estar contemplado esta figura para los servidores públicos y por no haberse presentado reclamación administrativa previa, igual argumento aplica para denegar la sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

## **7. CONDENA EN COSTAS**

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018<sup>11</sup>, verificando en consecuencia que la entidad demandada desplegó actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda, asistencia de su apoderado a la audiencia inicial y de práctica de pruebas, razón por la cual se fijará la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) por concepto de agencias en derecho a favor de las entidades demandada y vinculada, en partes iguales, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda promovida por Claudia Yanet D'Antonio Adame contra la Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico S.A.S. E.S.P, trámite al que fue vinculado a la parte pasiva el Municipio de Suárez, conforme lo indicado en parte considerativa de este proveído.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte accionante. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) a favor de las entidades demandada y vinculada, en partes iguales. Liquidense por Secretaría.

**TERCERO:** Ejecutoriado el presente fallo y liquidadas las costas, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL**  
Jueza

Firmado Por:  
Diana Carolina Mendez Bernal  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
Oral 3  
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **47f50b985e17da5f21f8513d6c478a7052271035822b149ea8794d43953d07a2**

Documento generado en 11/01/2023 08:18:41 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).