



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, diez (10) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

JUEZ: TRINIDAD JOSE LOPEZ PEÑA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado N° 70001.33.33.005.2014.00177.00
Demandante: CIRO JOSE HERAZO PAYARES.
Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIGUAGRARIA

Tema: Reintegro por Despido Injusto

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a proferir sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda que en derecho corresponda, dentro del proceso iniciado por el señor **CIRO JOSE HERAZO PAYARES** servido de apoderado judicial en ejercicio del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, en contra del **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACION y FIDUAGRARIA S.A.**, no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales.

I. LA DEMANDA

A.- PRETENSIONES:

Vista la reforma a la demanda que reposa a folios 101 a 117, las pretensiones están formuladas como sigue:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad total de la – Resolución No. 0030 de fecha 17 de enero de 2014 debidamente notificado el 20 de enero 2014” por medio de la cual se declara retirar del servicio activo a partir de la fecha en su calidad de JEFE DEPARTAMENTO, grado 41, 8 horas, numero universal 20527 (P/GS) –



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: Ciro Herazo Payares

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO (DSF) Por estar viciado de nulidad absoluta por VIOLACION AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACION, el restablecimiento del derecho, reconociendo:

- a) Que el señor CIRO JOSÉ HERAZO PAYARES es beneficiario del Reten social en calidad de Padre Cabeza De Familia Sin Alternativa Económica, que implementó el apoderado de la fiduciaria la Previsora S.A.- liquidador del Instituto De Seguro Social en Liquidación a través de la circular interna N° 001 del 09 de octubre de 2012.
- b) Ordenar el reintegro al cargo de Jefe Financiero del Instituto de Seguro Social Seccional Sucre en liquidación o en uno igual o mejor categoría sin solución de continuidad y como consecuencia de ello, se reconozcan y paguen los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral desde la fecha en la cual fue desvinculado y hasta el momento en que efectivamente sea incorporado a la nómina de la entidad demandada.
- c) Con carácter subsidiario o supletorio a la pretensión b) de este libelo, se solicita la indemnización por despido injusto, al o ajustarse a derecho el despido del señor CIRO JOSE HERAZO PAYARES del Instituto de Seguro Social en Liquidación.
- d) Se indexe el valor de la indemnización solicitada y demás emolumentos adeudados hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de lo reclamado a favor de mi poderdante.
- e) Que se condene al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACION – en costas de conformidad con lo establecido por el artículo 188 Del Código Contencioso Administrativo y la Ley 446 de 1998.
- f) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca en este proceso dentro del término establecido en el artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

B.- BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS.

Relata la demanda que el señor CIRO JOSE HERAZO PAYARES, fue vinculado al Instituto de Seguro Social de la Seccional Sucre, a través de la Resolución N°3449 del 06 de julio de 2007, en el cargo de JEFE DEPARTAMENTO, grado 41, 8 horas, DEPARTAMENTO SECCIONAL FINANCIERO.



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: Ciro Herazo Payares

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

656

Mediante circular interna N° 001 del 09 de octubre de 2012, se implementó la aplicación del retén social dentro del marco de la liquidación del ISS, y en ese sentido se dispuso que para acreditar y extender la protección a los padres cabeza de familia, se debía aportar una documentación, otorgando un plazo máximo hasta el 23 de octubre de 2012 a efectos de que los funcionarios públicos que se consideraran beneficiarios del retén social regulado por la ley 790 de 2002 efectuaran su solicitud.

El 19 de octubre el señor CIRO JOSE HERAZO PAYARES presentó petición respetuosa ante el ISS, en liquidación, con lleno de los requisitos exigidos por la circular señalada a fin de ser considerado beneficiado del retén social en la modalidad padre de familia cabeza de hogar; ateniendo tal solicitud la entidad accionada emite el oficio N° 0000008292 del 30 de mayo de 2013 en el que se le informa al señor HERAZO PAYARES que aplica como *padre cabeza de familia sin alternativa económica*.

Sin embargo, la entidad demandada a través del oficio 0000017273 de fecha 29 de noviembre de 2013, revoca la inclusión en retén social, con el argumento de que el hoy demandante "*tiene vigente unión libre*".

Posteriormente la demandada emite la resolución N°0030 de 17 de enero de 2014 en virtud del cual retira del servicio activo al señor HERAZO PAYARES, por cierre definitivo de la Seccional Sucre, pero en su parte considerativa estipula que "*el señor CIRO JOSE HERAZO PAYARES, no cumple con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para ser beneficiarios del retén social*".

Indica finalmente que el último salario devengado por el demandante fue la suma de Tres Millones trescientos sesenta y tres mil, setecientos sesenta y cuatro pesos M/L (\$3.363.764.00).

C.- NORMAS VIOLADAS.

Considera la parte demandante que con la expedición de la Resolución N° 0030 de 17 de enero 2014, se violaron las siguientes disposiciones: Artículos 13 y 53 de la Constitución Política.



Ley 790 de 2002; las sentencias C-1339 de 2003, T-1310 de 2005, SU-389 de 2005.

Ley 82 de 1993 modificada por el Artículo 1° de la Ley 1232 de 2008; y las Sentencias T-83 5 de 2012 y T-602 de 2005.

D.- CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

NULIDAD POR VIOLACION AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO Y AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El acto administrativo atacado en esta oportunidad y mediante el cual retira del servicio activo al demandante desconoce lo estipulado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 el derecho al debido proceso administrativo establece dicha protección y señala que el derecho al debido proceso consiste “*en el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad*”. Es así que el acto administrativo está viciado de violación al debido proceso administrativo, toda vez que la entidad le informa al demandante que cumple todos los requisitos para la aplicación del retén social y sorpresivamente revoca la inclusión en el retén social.

El acto administrativo del cual se solicita su nulidad está viciado de violación al principio de confianza legítima en atención a aquel demandante se le crearon expectativas favorables debido a su condición como “*padre cabeza de familia sin alternativa económica*” y súbitamente, cambia las condiciones generando un desequilibrio en la relación administración- administrado.

De las leyes y sentencias antes señaladas se puede deducir que para acreditar la condición de padre cabeza de familia se tiene que demostrar unas condiciones las cuales son: a) *que sus hijos propios o menores o mayores discapacitados este a su cuidado, que vivan con él y dependan económicamente de él*, b) *Que no tengan alternativa económica* y c) *La obligación que le asiste al actor de acreditar los mismo requisitos formales que la ley*



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelajo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: *Ciro Herazo Payares*

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

557

82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar condición norma que fue modificada por el artículo 1° de la ley 1332 de 2008.

De conformidad con lo anotado, debe manifestarse que el Sr. *Ciro José Herazo Payares* cumple con la condición de ser padre cabeza de familia en los términos del artículo 1° de la ley 1232 de 2008, toda vez, que ejerce jefatura de hogar y tiene bajo su cargo, efectiva, económica y socialmente, en forma permanente sus hijas menores, lo que indica que al señor *Ciro José Herazo Payares* no se le podía revocar su condición de padre cabeza de familia y mucho menos despedir en las condiciones descritas, sin recibir el pago de la indemnización.

II. TRAMITE PROCESAL

A- ADMISION DE LA DEMANDA.- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2014, que se notificó a la parte demandante por estado electrónico N° 053 de fecha 11 de septiembre del mismo año, y personalmente al Ministerio Público y a la entidad demandada, a través de mensaje dirigido a sus correspondientes buzones electrónicos de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 95-98 del expediente, se presentó reforma de la demanda la cual fue admitida por auto del 24 de agosto de 2015 se procedió a notificar a las partes como consta en los folios 137-140.

B-LA CONTESTACIÓN: La Entidad Demandada Fiduciaria como razones de su defensa, expresó que el señor **CIRO JOSE HERAZO PAYARES** que el acto que pretende su nulidad, constituye una situación jurídica de contenido personal que se encuentra consolidada, en firme y ejecutoriada, por lo tanto, el demandante dejó caducar el término para acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo así mismo indica que no ha sido liquidador del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION y su relación con dicha empresa se limita a haber servido como fiduciario dentro del contrato de fiducia mercantil y actúa única y exclusivamente como vocera y administradora de dicho patrimonio autónomo.

-Entidad Demandada Fiduprevisora como razones de su defensa, expresó que actuó exclusivamente como liquidador el extinto INSTITUTO DE SEGUROS



SOCIALES EN LIQUIDACION y se limitó a cumplir tales actividades conforme a la ley. Dicha función fue ejercida por FIDUPREVISORA S.A hasta el 31 de marzo de 2015, fecha en el cual se expidió el acta final de liquidación, por medio de la cual se declara culminado el proceso liquidatorio y se da la terminación de la existencia legal de la entidad aludida. Por lo tanto FIDUPROVISORA S.A., dentro de la órbita de facultades y sus competencias no detenta la calidad de cesionaria o subrogataria de las obligaciones del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION, hoy extinto, ni funge como representante legal del mismo, ya que dicha posición ocupó hasta el 31 de marzo de 2015.

C- AUDIENCIA INICIAL. La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de 30 de octubre del año 2015, celebrada el día 21 de abril 2016 y se continuó con la audiencia inicial el 28 de octubre de 2016 en la cual el apoderado de *fidugraria* presentó recurso de apelación el despacho se lo concedió , resuelto el recurso de apelación en fecha 21 de febrero de 2017 se precede a darle continuación a la audiencia inicial #2 fecha 3 de agosto de 2017 se agotaron debidamente cada una de las sub-etapas, y dentro de estas se precisó que el litigio se orientaría en establecer si al demandante tiene derecho a que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando o uno de superior categoría, con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales.

D.- AUDENCIA DE PRUEBAS. Cumplidas las etapas establecidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A esta unidad judicial fijó el día 31 de enero de 2018, a las tres de la tarde (03:00 PM) como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 ibídem , llegada esta fecha, en ella se recaudaron e incorporaron las pruebas decretadas por el despacho.

E.-ALEGACIONES. Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

-Parte demandante: Reafirmó lo expuesto en la demanda, se refirió a la extensión del retén social a los padres cabeza de familia, agregó que con los testimonios



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelajo*

*Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00*

*Demandante: Ciro Herazo Payares
Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA*

558

vertidos al plenario se encuentra probada la condición de padre cabeza de familia del señor CIRO HERAZO PAYARES quien velaba por sus dos pequeñas hijas.

-Parte demandada FIDUAGRARIA: Se refirió inicialmente al proceso de liquidación del ISS, luego comenta sobre el tema del retén social para sostener que este beneficio no es de carácter absoluto, pues de no cumplirse con alguno de los requisitos exigidos para ello, es posible la exclusión de quien haya sido beneficiado de esta figura de estabilidad laboral.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A- EL PROBLEMA JURÍDICO. Vistos los argumentos expuestos en el asunto, esta agencia judicial estima que se debe determinar si le asiste derecho al demandante a que se le tenga como beneficiario del retén social en calidad de padre de cabeza de familia y si debe ordenarse el reintegro al cargo de jefe financiero del ISS o si le asiste el derecho a la indemnización por despido injusto, previo estudio de las causales de nulidad endilgadas.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1) Normatividad relativa a la declaratoria de insubsistencia de nombramientos en cargo de libre nombramiento y remoción, 2) Referente jurisprudencial acerca del tema de reten social, 3) Material probatorio, y 4) El caso concreto.

1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción-

La Ley 909 de 2004, en su Art. 1º, establece de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y la ley, qué empleos hacen parte de la función pública, ad litteram:

*Empleos públicos de carrera
Empleos públicos de libre nombramiento y remoción*



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: *Ciro Herazo Payares*

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

Empleos de período fijo

Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

El artículo 5° *idem* dispone que los empleos regulados por la presente ley son de carrera administrativa, exceptuando:

1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los 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, según lo previsto en la misma norma.

*b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 *idem*).*

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

- **De la insubsistencia de empleados en cargos de libre nombramiento y remoción:**

En lo que respecta la facultad de declarar la insubsistencia de quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, si bien viene autorizada en el artículo 44 del CPACA, que a la letra señala: “*En la medida en que el contenido de una decisión*



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelajo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: Ciro Herrera Payares

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

559

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", dicha facultad debe interpretarse en el sentido de que debe ejercerse de manera discrecional, esto es, con observancia de la racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad acorde con los fines de la norma y ajustarse a los hechos que le sirven de causa.

Lo anterior, resulta disiente en casos como el que nos ocupa en el que si bien se trata de empleados públicos que no ejercen cargos de carrera, sino de libre nombramiento y remoción en el sector salud, donde los empleados de confianza son de libre nombramiento y remoción, según lo dispuesto en el art. 26 de la ley 10 de 1990¹.

En punto a este tema, la jurisprudencia ha dicho²:

"Límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción"

La existencia de cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública se ha justificado en la necesidad de admitir el ejercicio de la discrecionalidad en la facultad nominadora como una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal potestad, se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que

¹ ARTICULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción: 1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987. 2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados: a) Los de Secretario de Salud o Director Seccional o Local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente; b) Los de director, representante legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes; c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. 1 Derogado expresamente por el artículo 87 de la ley 443 de 1998. Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa. Concordancias: Decreto 1335 de 1990, Decreto ley 1569 de 1998) PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo

² Sentencia de fecha ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018).
Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01184-01(2130-16)



demandan una mayor confidencialidad y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia³, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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.

Por ende, 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 cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado⁴ 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 36 del CCA⁵ señala: «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», contenido normativo que supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad»».

³ Ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013), Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

⁴ Sentencia T-372 de 2012.

⁵ Contenido normativo que corresponde al artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: Ciro Herazo Payares

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

560

2) Referente jurisprudencial referido al tema de reten social

Acerca del tema del retén social, creado por la ley 790 de 2002, igualmente se pronunció en la providencia en cita:

“El «retén social» para los empleados de libre nombramiento y remoción

La Ley 790 de 2002⁶ «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.

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

***«[...] 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*⁷. [...]**»

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

Aunque en principio, el retén social fue concebido exclusivamente para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado,

⁶ 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.

⁷ Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.



puesto que la prerrogativa en cuestión no se origina en un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto, se expresó⁸:

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

La Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a aquellos que conforman un grupo de especial protección como los pre pensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad⁹.

La Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos¹⁰:

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

- a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.
- b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya. Ver también Corte Constitucional sentencia T-186 de 2013.

⁹ Sentencia T-862 de 2009.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.



561

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

c) La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez”, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

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

Por su parte, la Corte Constitucional ha protegido los derechos de las personas en esta situación, cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de pre pensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en cada caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse, junto con el hecho de que el sueldo sea la única fuente de ingresos de este o, en



todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero¹¹.

3. MATERIAL PROBATORIO.-

Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

- Copia de la resolución N°3449 del 06 de julio 2007 expedida por el ISS
- Acta de notificación personal de la resolución N°3449 del 06 de julio de 2007.
- Copia del acta de posesión N°004 de calendas 09 de julio de 2007
- Copia de la circular interna N° 001 de fecha 09 de octubre de 2012 expedida por el ISS en liquidación.
- Copia del oficio de fecha 19 de octubre de 2012 sobre aplicación del retén social del actor.
- Copia del oficio N° 0000008292 del 30 mayo de 2013 expedido por el ISS en liquidación sobre aplicación del retén social al accionante.
- Copia de los oficios de calendas 27 de marzo y 14 de Noviembre de 2013 suscrito por el demandante.
- Copia del oficio N°. 0000015658 de fecha 13 de Noviembre de 2013 del ISS en liquidación.
- Copia del oficio N°. 0000017273 de fecha 19 de Noviembre de 2013 sobre convocatoria de retén social.
- Copia de la oposición presentada a la revocatoria del retén social de fecha 13 de diciembre de 2013.
- Copia del oficio N°. 0000018724 de fecha 20 de Diciembre de 2013 que confirma la revocatoria de inclusión en el retén social.
- Copia de la Resolución N°. 0030 de fecha 17 de Enero de 2014 y del oficio N°. 0000000433 de la misma fecha expedidos por el ISS en Liquidación.
- Declaraciones extraprocesales rendidas en notaria por el actor y la rendida por el señor Edgar Rafael Kleber Romero.
- Copia de los registros civiles de nacimiento de las menores María Lucia y Marcela Paola Herazo Cruz.

¹¹ T-357 de 2016.



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: Ciro Herazo Payares

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

562

- Certificado de fecha 21 de marzo de 2013 sobre costo de matrícula académica de las menores María Lucia y Marcela Paola Herazo Cruz.
- Acción de tutela de fecha 24 de febrero de 2014 de mi apadrinado.
- Fallo de fecha 10 de marzo de 2014 emitido por el juzgado Noveno Administrativo Oral Del Circuito De Sincelejo.
- Fallo de fecha 03 de abril de 2014, proferido por el tribunal administrativo de sucre
- Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General De La Nación, radicada bajo el número 5043/2014.
- Constancia de conciliación prejudicial de fecha 22 de julio y 15 de agosto de 2014, donde se declara fallida dicha conciliación.
- Copia del certificado salarial de fecha 07 de febrero de 2014, expedido por el Instituto De Seguro Social En Liquidación.
- Se recibieron los testimonios de la señora Farides Del Carmen Arroyo Mendoza, Ledis Del Carmen Bertel Gómez.

Se recibieron los testimonios de la señora Yulis Jiménez Hernández, Roberto Carlos Campo Armesto.

4.- CASO CONCRETO –

En el sub lite se pretende que se declare la nulidad de la resolución No.0030 del 17 de Enero de 2014, por medio del cual el Instituto de Seguros Sociales, en liquidación, retira del servicio al señor CIRO JOSÉ HERAZO PAYARES, en calidad de jefe del Departamento Financiero del ISS en liquidación.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que el señor *CIRO JOSÉ HERAZO PAYARES* fue nombrado mediante resolución No. 3449 del 6 de julio de 2007 en el cargo de jefe del Departamento Financiero (DSF) Seccional Sucre hasta el 17 de Enero de 2014 cuando fue retirado del servicio mediante resolución No. 0030 de esa misma fecha, tal como, se constata en los documentos visibles a folios 13, 32 del expediente.

En ese orden, a efectos de determinar si el acto administrativo acusado se ajusta o no a derecho, se procederá a estudiar los cargos de nulidad invocados por la parte



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

*Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00*

*Demandante: Ciro Herazo Payares
Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA*

demandante, violación al derecho al trabajo, violación al debido proceso y violación al retén social, lo cual se estudiará bajo la causal de nulidad violación de normas superiores en las que debería fundarse el acto acusado:

1. Violación de normas superiores. Se indica que se quebrantó el derecho al trabajo, debido proceso, estabilidad laboral reforzada dada la condición de padre cabeza de familia.

manifiesta el actor que cumple con los requisitos para ser beneficiario del retén social invocado, basado en lo siguiente: las menores María Lucía y Marcela Paola Herazo Cruz están al cuidado de su padre, conviven con él y dependen económicamente de este; así mismo, afirma que no tiene alternativa económica, puesto que su único sustento era el salario que devengaba del ISS en liquidación, también solicitó de manera subsidiaria el pago de una indemnización por ser proceso de reestructuración.

Revisado el plenario se tiene que al señor CIRO JOSÉ HERAZO PAYARES se le hizo conocer mediante oficio 15210.06.04.0000008292 de 30 de mayo de 2013, conforme a la información suministrada que aplica como padre cabeza de familia sin alternativa económica, así se observa que el actor mediante oficio de fecha marzo 27 de 2013 suministró la información requerida mediante circular 001 de 9 de octubre de 2012, luego se le solicitó que actualizara la información mediante oficio 15210.06.04 0000015658 de 13 de noviembre de 2013 (fls 24-26), posteriormente le fue revocada la inclusión en el retén social mediante oficio 15210.06.04 0000017273 de fecha 29 de noviembre de 2013 (fl 26 y 27). El actor solicitó que se revocara el anterior oficio mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2013, el cual fue contestado mediante oficio 15210.06.04.0000018274 de fecha 20 de diciembre de 2013 en el que se le informa: "(...) que su estado civil es el de unión libre y que su compañera permanente no presenta incapacidad física, mental o moral certificada por el ente competente para laborar, lo cual según la ley y la jurisprudencia constitucional es causal para retirar el beneficio del retén social".

Acerca del proceso de supresión del ISS, se informó a través de oficio de fecha 25 de junio de 2018 (fl 552-553), que mediante Decreto 2013 de 2012 se dispuso la supresión y liquidación del ISS, prorrogado hasta el 31 de marzo de 2015, el cierre



663

del proceso liquidatorio se produjo definitivamente el 31 de marzo de 2015; así mismo, expresó en relación al proceso de cierre de la seccional Sucre que se evidenció que mediante resolución No. 0849 del 23 de julio de 2013 emitida por el apoderado general de la fiduciaria la previsora S.A. se dispuso *"Formalizar el cierre definitivo de la Seccional Sucre del Instituto de Seguros Sociales en liquidación"*, acerca de la situación laboral del señor CIRO JOSÉ HERAZO PAYARES informó que *"fue retirado por cierre definitivo de la seccional, sin que se encontrara inscrito en carrera administrativa, razón por la cual, no resultó procedente el reconocimiento de indemnización"*.

En efecto la causal alegada por la entidad para retirar del servicio al actor es el cierre definitivo de la empresa, el cual resulta ser un motivo razonable, que se encuentra acreditado con el acta de cierre del proceso liquidatorio, ante la aseveración del actor consistente en que se encontraba dentro del retén social por ser padre cabeza de familia, se encuentra que tal condición fue revocada por la entidad mediante oficio de fecha 15210.06.04 0000017273 de fecha 29 de noviembre de 2013, confirmado con el oficio de 15210.06.04.0000018274 de fecha 20 de diciembre de 2013, fecha en que se extinguió la protección especial de la cual gozaba hasta este momento; actos administrativos que no se encuentran demandados dentro del proceso, por ende, el despacho no puede hacer un juicio de legalidad donde se estudie la valoración de las razones que tuvo la entidad demandada para expedirlo, ni tampoco lo que alega el actor que cumple las condiciones para solicitar estabilidad reforzada, a lo que apunta los testimonios recibidos dentro del proceso, en consecuencia, solo vasta referirse a si el acto acusado debe mantener la presunción de legalidad por las razones expuestas, esto es que se efectuó el cierre definitivo de la empresa, lo cual se asimila a que el empleo fue suprimido, lo cual resulta ser una razón válida, proporcional y ajustada a los fines que le sirven de causa; además que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha establecido que el beneficio que ostentan quienes estén en el retén social se mantiene hasta la extinción de la persona jurídica, y en el caso de los prepensionados hasta que se le reconozca la pensión, lo que ocurra primero¹².

¹² Sent. T- 802 de 2012.



Tampoco le asiste derecho a la indemnización, puesto que el art. 44 de la ley 909 de 2004 previó el pago de ésta a los empleados que se encuentran en carrera administrativa cuando sus cargos han sido objeto de supresión, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, sin embargo, el demandante el señor CIRO HERAZO PAYARES no probó que ostentara derechos de carrera administrativa, correspondiéndole la carga de probar dicha calidad.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa,

“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;*
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*
- c) **INEXEQUIBLE**. Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004 Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005*
- d) Por renuncia regularmente aceptada;*
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.***
- f) Por invalidez absoluta;*
- g) Por edad de retiro forzoso;*
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio***



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: *Ciro Herazo Payares*

Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

564

de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes”.

Por las anteriores razones, el despacho estima que debe conservarse la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo acusado; en consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda.

COSTAS.

Se condenará en costas a la parte vencida, demandante, las cuales se liquidarán por secretaría, de conformidad con el art. 188 del CPACA; para tal efecto se reconocen las agencias en derecho en 1% de la condena, como quiera que la cuantía de las pretensiones se determinó en la suma de: \$13.301.585, establézcase como agencias en derecho la suma de: \$133.015.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandante. Por secretaría, líquídense, señálense como agencias en derecho la suma de \$133.015.



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sinclejo

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-00177-00

Demandante: Ciro Herazo Payares
Demandado: ISS EN LIQUIDACION - FIDUAGRARIA

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase a la demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI Web.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

TRINIDAD JOSE LÓPEZ PEÑA
JUEZ