

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2016-00175-00
DEMANDANTE:	MARÍA ZOHE PILAR ARANGO
DEMANDADO:	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS
TEMAS:	REINTEGRO - INSUBSISTENCIA - LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 008

Procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, impetrado por la señora María Zohe Pilar Arango, a través de apoderada, en contra del Instituto Nacional de Vías - INVIAS, formulando los siguientes:

I. PRETENSIONES

Primera.

Declare que el acto administrativo contenido en la Resolución 06980, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías – Invias el 1° de octubre de 2.015, es nulo

Segunda.

Que, como consecuencia de dicha nulidad, mi poderdante tiene derecho a ser reintegrada al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría.

Tercera.

Que no ha existido solución de continuidad entre el 1 de octubre de 2.015 y aquel en que sea efectivamente reintegrada al cargo.

Cuarta.

*Que tiene derecho a recibir el pago de los sueldos, emolumentos y prestaciones sociales-**compatibles con el reintegro**, - y todos aquellos haberes dejados de percibir entre el día de su retiro y aquel que sea reintegrada, teniendo en cuenta, para todos los efectos legales, los incrementos que por dicho concepto hubiere tenido el cargo, mientras mi poderdante estuviera cesante.*

2. Condenas

Que en, virtud de las anteriores declaraciones, el Insituto Nacional de Vías – INVIAS- deberá:

- a) Reintegrarla al mismo cargo - Secretario General, Código 0037, grado 22, del Instituto Nacional de Vías, o a otro de igual o superior categoría;*
- b) Reconocerle el lapso transcurrido entre el día **1 de octubre de 2.015** y aquel en que sea efectivamente reintegrada al cargo;*
- c) Reconocerle y pagarle los sueldos, emolumentos y prestaciones sociales-**compatibles con el reintegro**, - y todos aquellos haberes dejados de percibir entre el día de SU retiro y aquel en que sea reintegrada, teniendo en cuenta, para*

todos los efectos legales, Iso incrementos que por dicho concepto hubiere tenido el cargo mientras mi poderdante estuviere cesante.

d) las costas y agencias del proceso.

NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- **Constitucionales:** artículos 1, 3, 13, 23, 53, 120, 122 y 123.
- **Legales:** artículos 1 a 61 del Decreto Ley 2400 de 1968, artículos 110 a 115 del Decreto 1950 de 1973, y artículo 5 numeral 9 del Decreto 291 de 2004.

Señaló la parte actora que, se quebrantaron normas constitucionales y legales, pues no se tuvo en cuenta: *i.)* que en la hoja de vida de la demandante, no hay anotaciones que permitieran tener dudas sobre su eficiencia, ni hubo reproche por parte de sus superiores, sobre la forma en que ejerció sus funciones, *ii.)* existe disonancia entre lo contenido en la Resolución N°. 06980 de 2015, que declaró la insubsistencia del nombramiento, y el folio 55 de la hoja de vida, en el cual, dentro de las causales de retiro, se señaló con una x la casilla de renuncia, y *iii.)* se omitió dejar constancia en la hoja de vida de la demandante, sobre el hecho del retiro y los hechos que lo originaron.

De otra parte, manifestó que hubo abuso de autoridad, al haber exigido a la demandante su renuncia, la cual, resalta debe cumplir con los presupuestos de ser libre y espontánea, situación que no se presentó, razón por la cual, no existe acto administrativo que la hubiese aceptado.

Por último, reiteró que no se dejó constancia en la hoja de vida de la demandante, sobre los hechos y causales del retiro, obligación que se encuentra contenida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Instituto Nacional de Vías - INVIAS

El apoderado de la entidad respondió la demanda, manifestó que se oponía a las pretensiones, y solicitó que se niegue lo reclamado, con fundamento en que no existen vicios que desvirtúen la presunción de legalidad de la declaratoria de insubsistencia, en tanto que, el Director General de INVIAS, se fundamentó en razones del buen servicio.

Adicionalmente, señaló que lo que realmente había sucedido era que, el Director de INVIAS, realizó la solicitud de renuncia protocolaria y en oficio de 1 de octubre de 2015, la demandante manifestó no poder presentar su renuncia, y solicitó que se le permitiera permanecer en el cargo, sin embargo, mediante Resolución N°. 6980 de 1 de octubre de 2015, se decidió declarar insubsistente el nombramiento efectuado a la demandante.

Aclaró que, el Consejo de Estado, ha legitimado la renuncia protocolaria para funcionarios de alto nivel, para evitar la declaratoria de insubsistencia del funcionario, por lo que la administración por las características del cargo, está en libertad de ejercerla; así mismo, manifestó que la simple insinuación de la renuncia a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, no constituye constreñimiento a su voluntad, máxime cuando la facultad de nombrar y remover a los servidores de dichos cargos, no está supeditada a motivación alguna del acto administrativo.

Respecto de la falta de constancia en la hoja de vida, sobre hechos y causas de retiro de la demandante, señaló que, la declaración de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción, no requieren de motivación por existir presunción de

legalidad y la omisión de la anotación, no invalida el acto, al ser acto posterior, que no constituye elemento de aquel.

De otra parte, manifestó que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha expresado que, el buen desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción, no es argumento suficiente para desvirtuar la facultad discrecional del nominador de removerlo del cargo.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 1 de marzo de 2016, correspondiéndole conocer al Juzgado 55 Administrativo de Bogotá - Sección Segunda (fl.179), fue admitida mediante auto de 3 de febrero 2017, se corrió el traslado, y dentro del término se contestó (fls.192-203).

IV. AUDIENCIA INICIAL

El 31 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que se verificó la asistencia de las partes, se saneó el proceso, se resolvieron excepciones previas, se determinaron los hechos, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación declarándola fallida, se decretaron pruebas, y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 9 de noviembre de 2018, se llevó a cabo audiencia de pruebas, en la que se verificó la asistencia de las partes, se incorporaron pruebas y se suspendió la audiencia con el objeto de que las demás pruebas fueran aportadas. Posteriormente, en auto de 15 de julio de 2020, se ordenó correr traslado de las documentales aportadas; y en auto de 4 de junio de 2021, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **La parte demandante**, presentó alegatos de conclusión en el término, manifestó que reiteraba los argumentos expuestos en la demanda.
- **La parte demandada**, presentó alegatos en término, y se opuso nuevamente a las pretensiones, reiteró lo señalado en la contestación de la demanda, señalando que no se presentaron vicios que desvirtúen la presunción de legalidad de la declaratoria de insubsistencia.

Indicó que, lo manifestado por la actora correspondiente a que hubo un abuso de poder al exigírsele la renuncia, ya que no fue espontánea e inequívoca, no corresponde a la realidad; en este sentido, no hubo abuso de poder, ni aceptación de renuncia, dado que el director de la entidad, procedió en uso de sus facultades legales y por razones del servicio, a declarar insubsistencia del nombramiento efectuado a la Doctora María del Pilar Arango Viana, en el cargo de Secretaria General del Instituto Nacional - INVIAS.

Manifestó que, la simple insinuación de presentar renuncia, no constituye constreñimiento, teniendo en cuenta que su cargo era de libre nombramiento y remoción. De otra parte, respecto de que no hay constancia en la hoja de vida, indicó que cuando hay declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, no es necesario motivación, al existir presunción de legalidad.

De otro lado, señaló que la demandante no demostró que la declaratoria de insubsistencia no estuviera basada en el mejoramiento del servicio y que a pesar de que hubiese aportado algunos documentos con los que pretende demostrar el

buen desempeño, lo cierto es que, el Consejo de Estado, ha mantenido el criterio según el cual, la idoneidad y buena conducta del servidor que desempeña el cargo de libre nombramiento y remoción, no desvirtúan la facultad discrecional que tiene el nominador, como quiera que es una obligación y deber del mismo.

- **Ministerio Público**, no emitió concepto.

VII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Tal como se estableció en la audiencia inicial de 31 de agosto de 2018 (fls.231-233), consiste en determinar: si la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la señora María Zohe del Pilar Arango Viana, en el cargo de libre nombramiento y remoción como Secretaria General Código 0037, Grado 22, fue conforme a derecho o si por el contrario, tiene derecho a ser reintegrada en el cargo, reconociéndole todos los emolumentos dejados de percibir, como lo pretende en la demanda.

Acervo Probatorio

Dentro del expediente se resaltan las siguientes:

Documentales

1. Oficio con radicación N°. 92823 de 1 de octubre de 2015 dirigido al Director General Instituto Nacional de Vías - INVIAS, mediante el cual la demandante manifestó que no podía presentar su renuncia, por encontrarse a 8 meses y 2 días de acceder a su pensión por vejez. (fl. 5, 12, 220)
2. Copia de la Resolución N°. 06980 de 1 de octubre de 2015, por medio de la cual se declaró insubsistente a la señora María Zohe del Pilar Arango Viana, en el cargo de Secretario General de entidad descentralizada, código 0037, grado 22 del INVIAS. (fl. 6, 13, 219)
3. Oficio SA-GGT 50802 de 1 de octubre de 2015, suscrito por el Coordinador Grupo Gestión de Talento Humano, mediante el cual se le comunicó a la demandante que mediante la Resolución N°. 06980 de 1 de octubre de 2015, había sido declarada insubsistente. (fl. 7, 13, 218)
4. Fotocopia del formato único de hoja de vida de la señora María Zohe del Pilar Arango Viana. (fls. 8-12)
5. Fotocopia de acuerdos de gestión 2014 y 2015 del Instituto Nacional de Vías - INVIAS. (fl. 16-35)
6. Fotocopia del Certificado de antecedentes y requerimientos judiciales expedido por la Policía Nacional de la demandante. (fls. 36-37)
7. Fotocopia del certificado en el que la Contraloría General de la República, indica que la demandante, no reporta como responsable fiscal. (fl. 38)
8. Fotocopia del oficio con radicado N°. 2013-206-018413-2, de 28 de noviembre de 2013, suscrito por el Director General del INVIAS, dirigido a la Directora Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que se informa los nombres de las personas a nombrar en cargos de libre nombramiento y remoción. (fls. 39-40)
9. Fotocopia de la evaluación del plan táctico y acuerdos de gestión, desde 1 de enero de 2012 hasta 31 de diciembre de 2012. (fls. 41-43)
10. Fotocopia del acta de posesión N°. 00005 de 2 de enero de 2013, de la señora María Zohe del Pilar Arango Viana, en el cargo de Jefe Oficina Asesora Jurídica Código 1045 Grado 13, Oficina Asesora Jurídica del INVIAS, cargo del que fue encargada mediante Resolución N°. 00004 de 2 de enero de 2013. (fl. 44)
11. Fotocopia de la Resolución N°. 004 de 2 de enero de 2013, por la cual se hace un encargo a la demandante. (fl. 45)
12. Formulario de información complementaria del afiliado - Régimen Contributivo- N°. 500023615, formulario de inscripción, adición y modificación del trabajador y

- grupo familiar, carnet Compensar, reporte radicación para 1 de noviembre de 2012 de Positiva Compañía de Seguros, certificación que informa que la demandante se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorias de Skandia, certificado de afiliación de EPS Sanitas. (fls. 46-51)
13. Certificado de antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación, en el que se informa que la demandante no registra sanciones ni inhabilidades vigentes. (fl. 52)
 14. Certificación de los productos con los que cuenta la demandante en Bancolombia. (fl. 54)
 15. Fotocopia del certificado de antecedentes disciplinarios de abogados, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdicción Disciplinaria, en el que se informa que la demandante no cuenta con sanción disciplinaria. (fl. 55)
 16. Fotocopia de la declaración juramentada de la demandante, en la que manifiesta que no conoce de procesos pendientes de carácter alimentario. (fl. 56)
 17. Fotocopia de declaración juramentada N°. 1253 de 5 de octubre de 2012. (fl. 57)
 18. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante. (fl. 58)
 19. Fotocopia del acta de posesión N°. 000213 de 1 de noviembre de 2012, de la demandante en el cargo de Secretario General de Entidad Descentralizada Código 0037 Grado 20, Secretaría General Administrativa de INVIAS, para el que fue nombrado mediante Resolución N°. 05932 de 24 de octubre de 2012. (fl. 59, 217)
 20. Fotocopia del oficio SA-AGT 54404 de 24 de octubre de 2012, suscrito por el Coordinador Área de Gestión de Talento Humano de INVIAS, mediante el cual se le informa el nombramiento a la demandante. (fls. 60-61, 211-212)
 21. Fotocopia de la Resolución N°. 05932 de 24 de octubre de 2012, por la cual se nombra a la demandante en el cargo de Secretario General de Entidad Descentralizada Código 0037 Grado 20, cargo de libre nombramiento y remoción asignado a la Secretaria General Administrativa del INVIAS. (fl. 62, 213)
 22. Fotocopia de la publicación en internet de las hojas de vida de los ciudadanos que aspiraban a altos cargos del gobierno. (fl. 63)
 23. Fotocopia del oficio con radicado N°. 20121000162911 de 12 de octubre de 2012, suscrito por la Directora del INVIAS, dirigido al Director General (E) del INVIAS, en el que se informa evaluación de competencias laborales de la demandante. (fls. 64-69)
 24. Fotocopia del oficio con radicado EXT12-0000877191 de 10 de octubre de 2012, suscrito por el Director General (E), con el que se informa al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República los datos generales y hora de vida de la demandante, para dar cumplimiento al Decreto N°. 4567 de 1 de diciembre de 2011. (fls. 70-71)
 25. Fotocopia del oficio DG 51973 de 10 de octubre de 2012, suscrito por el Director General (E), en el que se relaciona el nombre de la demandante para el cargo de libre y nombramiento y remoción. (fl. 72)
 26. Fotocopia de la hoja de vida de la demandante. (fls. 73-79)
 27. Fotocopia de solicitud de permiso presentada por la actora. (fl. 80)
 28. Fotocopia del certificado de que al demandante participó y aprobó curso de inducción y reinducción. (f. 81)
 29. Fotocopia de solicitud de permiso presentada por la actora. (fl. 82)
 30. Fotocopia de solicitud de permiso presentada por la actora. (fl. 83)
 31. Fotocopia correo con asunto notificación exoneración jurados elecciones congreso y paramento Andino 2014, Resolución N°. 0224 de 28 de febrero de 2014. (fl. 84-90)
 32. Fotocopia del certificado de que la demandante asistió a capacitación a curso en comité de conciliación. (fl. 91)
 33. Fotocopia de solicitud de permiso presentada por la actora. (fl. 92)
 34. Fotocopia de memorando N°. SGA-ACD 59539 de 16 de septiembre de 2013. (fl. 93)
 35. Fotocopia de diploma otorgado a la demandante de la Jornada de Actualización Normativa y Pragmática del proceso verbal. (fls. 94-96)

36. Fotocopia de solicitud de permiso presentada por la actora. (fl. 97)
37. Fotocopia del oficio con radicado N°. 20121010043151 de 20 de marzo de 2012, suscrito por la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, en el que se presenta el informe del proceso de selección en el que participó la demandante. (fl. 98-103)
38. Fotocopia de certificado de que la demandante participó en el curso de inducción y reinducción. (fl. 104)
39. Fotocopia de la constancia de que la demandante prestó sus servicios al Departamento Administrativo de la Función Pública con carácter de libre nombramiento y remoción desde el 2 de mayo de 2007 hasta el 2 de abril de 2012 y de sus funciones. (fls. 105-106)
40. Fotocopia de constancia en la que se informa que la demandante prestó sus servicios en al Superintendencia Financiera de Colombia, desde el 6 de febrero de 2003 al 30 de abril de 2007. (fls. 107-108)
41. Fotocopia de la constancia de que la demandante prestó sus servicios en el Fondo Nacional del Ahorro, desde el 11 de julio de 2001 al 18 de noviembre de 2002. (fls. 109-112)
42. Fotocopia del certificado prestó sus servicios en la Aeronáutica Civil, desde el 13 de agosto de 1999 hasta el 24 de febrero de 2001. (fl. 113)
43. Fotocopia del certificado de 4 de octubre de 2000, en el que se indica que la demandante laboró para AV Villas desde el 6 de marzo de 1995 hasta el 15 de junio de 1998. (fl. 114)
44. Fotocopia del certificado en el que se indica que la demandante laboró en Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., de 27 de junio de 1994 a 28 de febrero de 1995. (fl. 115)
45. Fotocopia del certificado de 9 de septiembre de 1998, en el que consta que la demandante actuó como representante legal de unas firmas comisionistas. (fl. 116)
46. Fotocopia de certificado de que la demandante trabajo en el Banco Colpatria desde el 23 de enero de 1989 hasta marzo 4 de 1990. (fl. 117)
47. Fotocopia del certificado de que la demandante laboró el Granahorrar, desde el 12 de septiembre de 1988 hasta el 22 de enero de 1989. (fl. 118)
48. Fotocopia de certificado de que la demandante laboró en Standard Chartered, desde el 8 de junio de 1987 hasta el 31 de agosto de 1988. (fl. 119)
49. Fotocopia del certificado de que la demandante prestó sus servicios al Banco de Bogotá, desde el 2 de marzo de 1981 hasta 7 de junio de 1987. (fl. 120)
50. Fotocopia del certificado de asistencia al curso de especialización en Derecho Civil y Comercial, de la demandante, expedido por la Universidad Pontificia Bolivariana. (fl. 121)
51. Fotocopia de la tarjeta profesional de la demandante. (fl. 122)
52. Fotocopia del diploma de abogada de la demandante. (fl. 123)
53. Fotocopia de la Resolución N°. 0125 de 19 de enero de 2015, por la cual se suspende y concede el disfrute de unas vacaciones a la demandante. (fl. 124)
54. Fotocopia del memorando N°. DG 1920 de 19 de enero de 2015. (fl. 125)
55. Fotocopia de la Resolución N°. 7909 de 17 de diciembre de 2014, por la cual se suspende y concede el disfrute de unas vacaciones a la demandante. (fl. 126)
56. Fotocopia del memorando N°. DG 87834 de 10 de diciembre de 2014. (fl. 127)
57. Fotocopia del memorando N°. DG 87833 de 10 de diciembre de 2014. (fl. 128)
58. Fotocopia de la Resolución N°. 7785 de 12 de diciembre de 2014, mediante la cual se interrumpen unas vacaciones a la demandante. (fl. 129)
59. Fotocopia de acuerdos de gestión 2013 (fls. 131-134)
60. Fotocopia del informe de competencias del nivel directivo de diciembre de 2013. (fls. 135-138)
61. Fotocopia del oficio N°. EXT13-000094963 de 5 de diciembre 2013, suscrito por el Director General, remite la información la relación y las hojas de vida de las personas sobre las cuales recaería la designación en los cargos libre nombramiento y remoción. (fls.139-140)

62. Fotocopia del acta de posesión N°. 0106 de 19 de diciembre de 2013 de la demandante en el cargo de Secretario General de entidad descentralizada Código 0037 Grado 22, de la Secretaría General del Instituto Nacional de INVIAS, para el cual fue nombrada mediante Resolución N°. 06479 de 19 de diciembre de 2013. (fl. 141, 214)
63. Fotocopia de la Resolución N°06479 de 19 de diciembre de 2013, por la cual se efectuó el nombramiento de la demandante en el cargo de Secretario General de Entidad Descentralizada Código 0037 Grado 22. (fls. 142-143, 215-216)
64. Fotocopia de la Resolución N°. 7679 de 9 de diciembre de 2014, mediante la cual se concedió vacaciones a la demandante. (fl. 144)
65. Fotocopia de la Resolución N°. 02537 de 27 de abril de 2015, por medio de la cual se concede licencia de enfermedad. (fl. 145)
66. Fotocopia de la Resolución N°. 5623 de 18 de septiembre de 2014, por medio de la cual se concede licencia de enfermedad. (fl. 146)
67. Fotocopia de la Resolución N°. 3957 de 18 de julio de 2014, por medio de la cual se concede licencia de enfermedad. (fl. 147)
68. Fotocopia de incapacidad médica de la demandante, de la Clínica Colsanitas S. A.(fl. 148)
69. Fotocopia de la Resolución N°. 07548 de 26 de octubre de 2015, por medio de la cual se consolida el reconocimiento y pago de haberes laborales a la demandante. (fls. 149-150)
70. Fotocopia de la notificación de la liquidación de cesantías de 14 de febrero de 2015, con fechas de 2014, 2013, 2012 de la señora María del Pilar Arango Viana. (fls. 152-154)
71. Fotocopia del registro de nacimiento de Medina Arango Simón. (fl. 155)
72. Fotocopia del formulario único declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada persona natural de la demandante. (fls. 156-159)
73. Fotocopia de la liquidación oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de 11 de febrero de 2016, en el que se relaciona la historia laboral. (fls. 160-161)
74. Fotocopia del Manual Específico de Funciones de los empleos de planta del Instituto Nacional de Vías – INVIAS. (fls. 162-164)
75. Fotocopia de acuerdos de gestión 2015. (fl. 165)
76. Fotocopia del expediente administrativo de la señora María Zohe del Pilar Arango Viana. (anexo 1)
77. Oficio SA-CGT 38894 radicado el 7 de septiembre de 2018, mediante el cual se dio respuesta al oficio J55-2018-1018, se anexa, copia de los formatos únicos de hoja de vida de la demandante y de la persona que reemplazó a la demandante, extracto Decreto N°. 2619 de 20 de noviembre de 2013, extracto del Manual de Funciones vigente a 1 de octubre de 2015, certificado laboral de la demandante en el que se indica los emolumentos y prestaciones sociales que devengo, anotación de conducta e idoneidad demostrados, relación de personas que ocupan el cargo de Secretario General de entidad descentralizado código 22 del INVIAS, desde el 2 de octubre de 2015. (fls. 238-239 y anexo 2)
78. Oficio SA-CGT 51690 radicado el 19 de noviembre de 2018, mediante el cual se da respuesta al oficio N°. 97686 de 1 de noviembre de 2018, informado que la demandante presentó un escrito en el que indica las razones por las cuales no renunciaba, por ser informativo no genera trámite, que el documento con folio 5.5. se encuentra en la pestaña de prestaciones económicas que, no forma parte del acto administrativo que declaró la insubsistencia, pero como hoja de trabajo se utiliza para la liquidación de los haberes laborales, que los actos de insubsistencia no requieren de motivación y respecto del proceso de selección de la señora Carmen Elvira Bornacelli Vergara, se realizó para el cargo de libre nombramiento y remoción, se remitieron los documentos relacionados con el proceso de nombramiento y el reporte de publicación que se efectuó en la página web de la Presidencia de la República, el 23 de septiembre de 2015, suscrito por el coordinador Grupo Gestión de Talento Humano. (fls. 250-255)

79. Oficio SA-CGT 51791 radicado 19 de noviembre de 2018, suscrito por el coordinador Grupo Gestión de Talento Humano, mediante el cual se remitió copia del extracto de la hoja de vida de María Zohe del Pilar Arango Viana y de Carmen Elvira Bornacelli Vergara, del Decreto 2618 de 20 de noviembre de 2013, de la Resolución N°. 01588 de 17 de marzo de 2015, certificado laboral de la demandante, la relación de personas y la modalidad en que han ocupado el cargo de Secretaria General de la entidad descentralizada. (fls. 256-292)

VIII. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

1. Empleos - INVIAS

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS, es un establecimiento del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Transporte, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2171 de 30 de diciembre de 1992 y Decreto 2663 de 29 de diciembre de 1993.

De otra parte, se debe recordar que el artículo 125 de la Constitución Política, establece como regla general que, el régimen de los empleados públicos es el de carrera administrativa, con el objeto de privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal del sector público, por tanto, los empleos de libre nombramiento y remoción, de elección popular, trabajadores oficiales y demás establecidos en la ley, corresponden a excepciones.

Sumado a lo anterior, la norma facultó al legislador para establecer los requisitos y condiciones que se deben cumplir, para ingresar y ascender en carrera administrativa. De otro lado, estableció que el retiro se podrá causar por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación del régimen disciplinario y por las demás causales que se establezcan en la ley.

A su vez, la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, estableció:

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

(...)

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 Descentralizada del Nivel Nacional:

*Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; **Secretario General**; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control*

Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia. Negrillas y subrayado fuera de texto

(...)

Por su parte, el Consejo de Estado, en la Sentencia 3685-2013 de 2016, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, determinó:

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

Conforme a lo anterior, el grado de confianza que requiere el desempeño de ciertos cargos, permite que para ocuparlos, no se requiera agotar un proceso de selección de méritos, sino que da la facultad al nominador para que libremente disponga su provisión y retiro, sin expresar los motivos por los que se adopta la decisión.

Bajo este precepto, la Ley 909 de 2004, establece entre sus causales de retiro, la declaratoria de insubsistencia, en los siguientes términos:

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;

(...)

d) *Por renuncia regularmente aceptada;*

(...)

PARÁGRAFO 2. *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. Negrillas y subrayado fuera de texto

Es así como, la insubsistencia es una casual autónoma de retiro del servicio, y es producto de la facultad discrecional de remoción, en cabeza de las autoridades nominadoras, para terminar el vínculo de un servidor, que ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción. Sobre dicha causal, el Consejo de Estado en sentencia N°. 4425-2004 de 4 de noviembre de 2008, expresó:

*En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, **asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna.** No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.*

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio. Negrillas fuera de texto

Adicionalmente, la jurisprudencia ha determinado que, a pesar de ser discrecional y no requerir motivación, la remoción de servidores de empleos de libre nombramiento y remoción, debe obedecer a criterios de razonabilidad, pues al ser un poder en derecho y conforme a derecho, implica un ejercicio del mismo bajo parámetros justos y ponderados. En este sentido, el Consejo de Estado, adoptó los parámetros fijados por la jurisprudencia constitucional¹ para ejercer la discrecionalidad, así:

*De acuerdo a lo anterior, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción⁵, medida que debe ser ejercida dentro de los parámetros de la racionalidad y proporcionalidad, tal y como la jurisprudencia lo ha sostenido, esto es, **debe existir una norma de rango constitucional o legal que establezca expresamente la discrecionalidad, su ejercicio sea adecuado a los fines que la norma autoriza y la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento, todo esto en concordancia con lo establecido en el artículo 36 del C.C.A².** Negrillas fuera de texto*

En otras palabras, la competencia para decidir sobre la remoción discrecional en empleos de libre nombramiento y remoción, obedece a la satisfacción del interés general, bajo parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, pues al ser inmotivado el acto administrativo de insubsistencia, supone la existencia de una razón o medida en aras de mejorar el servicio.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencias N°.3685-2013 de 2016, N°. 0606-2017 y 2012-00197 de 2021.

² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2012-00197 de 2021.

De otra parte, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, establece: *“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.”*, sobre este punto, el Consejo de Estado, afirmó: *“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

2. Desviación del Poder

En relación con la desviación de poder, es importante señalar que jurisprudencia del Consejo de Estado, ha expresado:

i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, estos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias “que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.25”

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público.

*De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.*⁴ **Negrillas fuera de texto**

De lo anterior, se deduce que la desviación de poder, es una causal que afecta la finalidad del acto administrativo, el cual a pesar de que se ajuste a las competencias

³ CONSEJO DE ESTADO, Sentencias N°.3685-2013 de 2016 y N°. 0606-2017

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 01507 de 2018.

del titular y a las formalidades exigidas, busca satisfacer una finalidad distinta al interés público o al propósito que el legislador previó al momento de otorgar la facultad.

Ahora bien, ha sido reiterada la jurisprudencia que, reconoce la legalidad que ostentan los actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, por presumirse que, están motivados en beneficio del interés general; sin embargo, dichos actos pueden ser objeto de discusión por medio del control judicial, para lo cual debe quedar plenamente acreditado, sin lugar a duda, que la autoridad actuó con motivos diferentes al interés público; al referirse a esto, el Consejo de Estado, expresó:

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar²⁵. [...]»

*Cabe resaltar, que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que **el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.***

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta corporación ha sostenido lo siguiente:

«[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.[...]»²⁶ Negrillas fuera de texto

En conclusión, el acto administrativo que declara la insubsistencia, se presume precedido de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, fundado en el buen servicio, por lo cual, corresponde al interesado desvirtuar dicha presunción en sede jurisdiccional, para lo cual, se debe demostrar que el motivo para la desvinculación fue diferente a la buena prestación del servicio y la búsqueda del interés general.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. CP. William Hernández Gómez, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)

3. Renuncia Protocolaria

De otro lado, el Decreto 2400 de 1968 “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil*”, define cuando se presenta la renuncia, así:

ARTÍCULO 27. Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. *La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.*

La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en menos del Jefe del organismo la suerte del empleado.

Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.

Así pues, es clara la facultad con la que cuenta un servidor público, de dejar sus funciones mediante la renuncia, regularmente aceptada, toda vez que, una vez se ponga en conocimiento de la autoridad nominadora, esta debe pronunciarse sobre su aceptación, dentro de los 30 días siguientes a su presentación, de no hacerlo, el servidor público se puede separar de su empleo, sin incurrir en abandono del cargo o continuar prestando sus servicios, caso en el cual, la renuncia no producirá efecto alguno.

De igual forma, el literal d del artículo 41 la Ley 909 de 2004, estableció entre las causales de retiro para empleos de libre nombramiento y remoción de la función pública, la renuncia regularmente aceptada. Al referirse a esta figura, el Consejo de Estado, ha definido la renuncia como un acto del que no cabe duda sobre la voluntad de quien la suscribe, encaminada a no continuar ejerciendo el empleo que se encuentra desempeñando, así:

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante esta modalidad, la dimisión ha de tener su origen o fuente generatriz en el libre, franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad (artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 a 116 del Decreto 1950 de 1973).

En consecuencia, esa renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, debe ser consciente y ajena a todo vicio de la voluntad.

(...)

El fundamento del acto de renuncia se halla en la libertad que tienen las personas de escoger profesión u oficio, tal como hoy por hoy lo garantiza el artículo 26 de nuestro ordenamiento superior.

De la normatividad expuesta se deduce que cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la renuncia, la dimisión ha de tener su origen en el libre y espontáneo impulso psíquico que descifre la plena voluntad del empleado, y que una vez ha sido aceptada por la administración se torna en una situación jurídica de carácter irrevocable.

Así mismo, la renuncia por contener una manifestación de la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo produce efectos jurídicos, y sólo puede estar afectada por vicios en el consentimiento tales como error, fuerza (coacción física o moral) y dolo.¹⁰⁶ Negrillas fuera de texto

Es de anotar que, la jurisprudencia ha previsto la existencia de la figura de renuncia protocolaria, la cual se presenta cuando la administración como acto de cortesía, solicita renuncia al servidor público, con el objetivo de no tener que hacer uso de su facultad discrecional y declarar la insubsistencia del nombramiento.

Al respecto, se trae a colación que sobre la renuncia protocolaria, el Consejo de Estado, expresó:

*Por consiguiente, **el hecho de insinuar la renuncia no evidencia, per se, un ánimo mal intencionado o desviado de la administración por retirar al empleado, pues se reitera, el mecanismo de la insinuación de la renuncia puede obedecer, como lo ha sostenido la jurisprudencia, a evitar la declaratoria de insubsistencia del nombramiento y a una salida más decorosa de la entidad.** Lo que en realidad demostraría un uso desviado, es que se hubiese nombrado a personas con inferiores calidades a las exigidas, o, que la motivación del acto fue diferente al buen servicio⁷.* Negrillas fuera de texto

De igual forma, se ha sostenido que la simple insinuación de la renuncia, no es ilegal, en atención a la posibilidad que tiene la autoridad de conformar su equipo de trabajo, así:

*También se ha sostenido **que tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del empleo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida más decorosa del servicio, tal como se reiteró en sentencia de esta Corporación, en los siguientes términos.**⁸*

(...) En efecto, esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que la presentación de esta clase de renunciaciones, suscritas por personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, como es el caso del actor, en atención a la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito que pueda calificarse como desviado sino que tal postura atiende a consideraciones de distinta índole dada la importancia del cargo, que le permiten al respectivo funcionario desvincularse de una manera más decorosa de la entidad, evitando la declaratoria de insubsistencia..

(...)

*En efecto, en reiterada jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación⁹ se ha sostenido que **la simple insinuación o solicitud de***

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 00942 de 2018.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 00942 de 2018

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 29 de mayo de 2008, radicado interno N°. 7119-2005. CP. Jesús María Lemos Bustamante.

⁹ Entre otras, sentencia de 6 de mayo de 2004, expediente número 2273-03.

renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario. (...) ¹⁰ Negrillas fuera de texto

En cuanto a la anotación en la hoja de vida, que originan la desvinculación del servidor público, el órgano de cierre ha manifestado:

*...no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. [...] **[L]a ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales**, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos. [...]* ¹¹

3. Desempeño - Servidores Públicos

De acuerdo a lo indicado por el Consejo de Estado, las condiciones profesionales y el correcto desempeño de la función asignada a un servidor de libre nombramiento y remoción, no otorga fuero de estabilidad, toda vez que, son las calidades que se le exigen a cualquiera que preste un servicio público. Por tanto, dicho criterio no es suficiente para controvertir la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción; en este sentido, en Sentencia de 23 de febrero de 2011, el Consejo de Estado, determinó:

Vale decir también, que las altas capacidades y logros académicos con los que pueda contar el demandante, no generan por sí solos fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario. En efecto, así lo ha puntualizado la Corporación:

*“... en lo que respecta al buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia **no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador; fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley**, como en el caso sub-examiné (sic), la que se presume ejercida en aras del buen servicio.”*

*Por otra parte, tal y como se mencionó anteriormente, el actor desempeñó un cargo de confianza y manejo, que **al ser vinculado bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación**, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que éstos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame a acompañarlo en su gestión, en razón*

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05501-01(3887-18)

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 2016-00154 de 2020.

del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar¹². Negrillas fuera de texto

4. Prepensión y Reten Social

En general los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, enunciados en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no cuentan con estabilidad laboral reforzada, como consecuencia de las características especiales de dicha vinculación. Aspecto anotado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-003 de 2018, quien dijo: *“por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada.”*

No obstante, el citado fallo diferenció entre los conceptos de reten social y prepensión, en aras de aclarar quienes se encuentran cobijados por el fuero de estabilidad laboral reforzado, que busca garantizar el acceso a la pensión de vejez. Es así como, la Corte Constitucional, indicó:

*60. Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte^[54], la figura de la “prepensión” es diferente a la del denominado “**retén social**”, **figura de origen legal, que opera en el contexto de la renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas^[55]**. La “prepensión”, según la jurisprudencia de unificación de esta Corte, se ha entendido en los siguientes términos:*

*“[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir **los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez^[56]***.

*61. 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.***

62. La “prepensión” protege 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 su pensión de vejez.

*63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los **cargos de libre nombramiento y remoción**, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de*

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10)

cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones^[57].

64. En consecuencia, 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.

Negrillas fuera de texto

Caso Concreto

En el asunto, la señora María Zohe del Pilar Arango, solicitó que se declare nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 06980 de 1 de octubre de 2015, mediante la cual, fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Secretario General de entidad descentralizada, código 0037, grado 22 del Instituto Nacional de Vías - INVIAS.

Para argumentar sus pretensiones, la demandante, afirmó: *i.)* en la hoja de vida de la demandante, no hay anotaciones que permitieran tener dudas sobre su eficiencia, ni hubo reproche de sus superiores, sobre la forma en que ejerció sus funciones, *ii.)* existe disonancia entre lo contenido en la Resolución N°. 06980 de 2015, que declaró la insubsistencia del nombramiento, y el folio 55, de la hoja de vida, en la cual, dentro de las causales de retiro, se señaló con una x, la casilla de renuncia, *iii.)* se omitió dejar la constancia en la hoja de vida, del hecho del retiro y las razones que lo originaron, y *iv.)* hubo abuso de autoridad, al haber exigido a la demandante su renuncia.

Conforme a lo anterior, se debe realizar el análisis del caso, con el fin de establecer si en el asunto, concurre alguno de los hechos alegados por la parte actora, caso en el cual, se determinará si hay lugar o no a declarar la nulidad del acto administrativo, objeto del presente medio de control, así:

De las pruebas obrantes en el expediente, se logró establecer que la señora María Zohe del Pilar Arango, fue nombrada mediante Resolución N°. 06479 de 19 de diciembre de 2013, en el cargo de libre nombramiento y remoción, denominado Secretario General de entidad descentralizada, código 0037, grado 22, siendo posesionada mediante acta N°. 0106, de la misma fecha.

De otra parte, se evidenció que la demandante presentó escrito con radicado N°. 92823 de 1 de octubre de 2015, ante el Director General del Instituto Nacional de Vías - INVIAS, en el que manifestó que, a pesar de que en varias ocasiones se le hubiese solicitado su renuncia, reiteraba que no la podía presentarla, porque se encontraba a 8 meses y 2 días de acceder a su pensión de vejez, acogiéndose a la protección del reten social, por tener condición de prepensionada.

Así mismo, se demostró que mediante Resolución N°. 06980 de 1 de octubre de 2015, el Director General del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, declaró insubsistente el nombramiento de la Doctora María Zohe del Pilar Arango Viana, en el cargo de Secretario General de entidad descentralizada, código 0037, grado 22, del INVIAS.

En esa dirección, cabe señalar que, de acuerdo a lo establecido en el literal a numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, el cargo de Secretario General de entidades descentralizada del nivel nacional, como lo es el INVIAS, está catalogado, como de libre nombramiento y remoción.

A su vez, en la Resolución N°. 06479 de 2013, mediante la cual se efectúan unos nombramientos en el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, indica explícitamente que el cargo de Secretario General de entidad descentralizada, código 0037 y grado 22, en el que se nombró a la señora María Zohe Arango Viana, es de libre nombramiento y remoción.

En este sentido, en las presentes diligencias ha quedado plenamente acreditado que, la demandante no tenía un status que le ofreciera estabilidad laboral, toda vez que, el cargo que desempeñaba en el INVÍAS, era de libre nombramiento y remoción, por lo cual, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, su nombramiento y retiro, se dispone bajo la facultad discrecional de la administración, sin necesidad de motivación.

Es de resaltar que, a diferencia de los servidores públicos vinculados mediante carrera administrativa, para los empleados de libre nombramiento y remoción, el correcto desempeño de sus funciones, no genera fuero de estabilidad, ni obstaculiza el ejercicio de la facultad discrecional de la administración, pues lo normal, deber ser el buen cumplimiento por parte del funcionario; es decir, no le asiste razón a la parte demandante, al señalar que la falta de anotaciones o reproches, durante el ejercicio de sus funciones, constituye criterio para impedir su desvinculación del cargo.

De otra parte, en lo relacionado con la falta de anotación en la hoja de vida de los hechos y motivos del retiro de la actora, se debe traer a colación que el Consejo de Estado, ha indicado que ello no constituye un elemento de validez del acto, ni es un requisito para su conformación o presupuesto para su eficacia, por lo que no genera la nulidad del acto, más aun, partiendo de que el retiro del servicio de este tipo de empleos, se encuentra previsto como facultad discrecional, que no requiere exteriorizar los motivos. Por lo tanto, no resulta relevante el hecho de que en la hoja de vida se hubiese marcado una x en la casilla de causal de retiro renuncia, puesto que al no ser elemento de validez, no afecta la eficacia del acto administrativo de retiro.

En lo relacionado con el cargo de la demanda, en el que se indica que hubo abuso de autoridad, al pedirse a la demandante su renuncia, dado que jurisprudencialmente se ha determinado que la solicitud protocolaria de renuncia, no presupone desconocimiento del ordenamiento legal, ni mucho menos conducta desviada, siendo un acto de cortesía que acostumbra a desplegar la administración, para evitar hacer uso de su atribución discrecional y declarar la insubsistencia del nombramiento, no se observa violatorio o constitutivo de abuso de autoridad.

Lo anterior, se debe aclarar puesto que, en la insinuación realizada a la demandante para que presentara renuncia, ésta podía optar por renunciar o no; en el presente caso no lo hizo, razón que llevó a la entidad a ejercer su facultad discrecional y declarar insubsistencia del nombramiento; debe resaltarse que, la actora no probó que la desvinculación del cargo obedeciera a razones diferentes al buen servicio e interés general, por lo cual, el acto administrativo que declaró su insubsistencia se encuentra revestido de presunción de legalidad.

Ahora bien, considera relevante el despacho aclarar que, pese a que en los hechos la señora María Zohe del Pilar Arango Viana, manifestó que había informado a la entidad que era beneficiaria del retén social, por su condición de prepensionada al encontrarse a ocho meses y dos días de acceder a su pensión de vejez, razón no solicitada dentro de las pretensiones, ni objeto de desarrollo en el concepto de violación; no obstante, el despacho en una interpretación general de la demanda, procederá a verificar si se probó dicha condición.

Al respecto, se comprobó que en el oficio con radicado N°. 92823 de 1 de octubre de 2015, dirigido al Director General del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, la demandante, señaló:

*Así las cosas, respetuosamente solicito **que luego de treinta y cuatro (34) años de trabajo de los cuales los últimos dieciséis (16) han sido trabajando con el Estado**, se me permita culminar el tiempo legal que requiero ocho (8) meses y dos (2) días para acceder a mi pensión de vejez, toda vez que no puedo desmejorar mi condición de vida, en la medida que no terminar cotizando durante estos ocho (8) meses y dos (2) días faltantes, implicaría una desmejora importante en el monto mensual de mi pensión de vejez de por vida, dado que en el evento de quedar cesante antes de este término, **se vería afectado seriamente mi bono pensional** por tenerme que ver avocada a la necesidad de liquidación anticipada del mismo para poder acceder, de manera previa a mi pensión, en la medida que dicho bono pensional de acuerdo con la regulación legal vigente se redime al cumplimiento de los sesenta años de vida de su beneficiario, lo que es claro y sin lugar a equívocos, de llegarse a presentar una situación en ese sentido, disminuiría mi mesada pensional, afectando mis derechos fundamentales.*

De lo anterior, advierte el despacho que a pesar de que la demandante manifiesta tener la condición de prepensionada, por encontrarse a ocho meses y dos días de obtener el derecho, se advierte que, lo que en realidad pretende, es que no se afecte el monto del bono pensional, que obtiene al cumplimiento de los 60 años, y no el cumplimiento de los requisitos para la obtención de la pensión de vejez¹³, los cuales a esa fecha ya cumplía; en atención a que, como ella misma lo advierte, laboró por 34 años y para la fecha de la desvinculación, contaba con más de los 57 años, pues solamente le faltaban 8 meses y 2 días, para cumplir los 60 años; es decir, para la época, ya había cumplido con los requisitos para pensión exigidos por la ley.

Es así como, se debe poner se presente que la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación, señaló que son prepensionados: “... **aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez**”¹⁴; en tal sentido, dicho beneficio se prevee para los que se encuentren a portas del cumplimiento de los requisitos básicos exigidos por la ley para acceder a la pensión de vejez, y no para quienes habiendo cumplido los requisitos, buscan mejorar el monto de la mesada, como es el caso de la demandante.

A lo anterior, debe sumarse que la accionante no se ocupó en demostrar su condición de prepensionada, que permitiera concluir que fuera beneficiaria del fuero de estabilidad laboral excepcional, en condición de empleada de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

Costas y Agencias

Toda vez que en el presente caso no se logró demostrar que hubo gastos, el despacho se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo reglado en el artículo 188 del CPACA y numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

¹³ Artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-003 de 2018.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** - Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR en costas y agencias en derecho; por lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por la secretaría del juzgado, **DEVOLVER** a la parte interesada el remanente de gastos del proceso si los hubiere, **LIQUIDAR** las costas y **ARCHIVAR** el expediente, con las anotaciones pertinentes en el sistema justicia XXI.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Luis Eduardo Guerrero Torres
Juez
Juzgado Administrativo
055
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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:

7d3867d0184bd8570b52b8a92fcb68283cd92daef5eb7d924999e8c5c60b3daf
Documento generado en 01/03/2022 06:18:15 PM

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