



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

**PROCESO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**RADICADO:** 11001-3335-012-2018-00090-00  
**DEMANDANTE:** FANNY LENIT BOTELLO ROA  
**DEMANDADO:** NACIÓN- FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

**ACTA N° 149-2020  
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO  
ART. 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 5 días del mes de agosto de 2020, siendo las 10:30 a.m. fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia virtual según el Decreto 806 del 4 de junio del 2020, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá, constituyó en audiencia pública y la declaró abierta con la asistencia de los siguientes.:

**INTERVINIENTES**

**La parte demandante:** Dr. Julio César Morales Salazar

**La parte demandada:** Dra. Myriam Stella Rozo Rodríguez.

Se deja constancia que previamente se verificaron los antecedentes disciplinarios de los apoderados.

**SANEAMIENTO DEL PROCESO**

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Se pregunta a las partes si observan irregularidad, los apoderados informan que no evidencian causal que invalide lo actuado.

**1. CUESTIÓN PREVIA**

En razón a la Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada por el Gobierno Nacional se expidió el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del 2020 mediante el cual se regula el procedimiento a seguir en las actuaciones judiciales adelantadas en el marco de esta emergencia sanitaria. Así, con providencia de 01 de julio de la corriente anualidad se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, frente a dicha decisión no se interpusieron recursos por lo que corresponde emitir pronunciamiento de fondo.

**2. ALEGACIONES FINALES**

Las partes presentaron sus alegatos de conclusión los cuales sintetiza el Despacho de la siguiente manera:

• **Parte demandante:**

El apoderado judicial hizo un recuento de los hechos y pretensiones de la

demanda. De otro lado, advierte que en relación con la prueba de valoración médica decretada la EPS COMPENSAR, pese a los múltiples requerimientos no efectuó la valoración de egreso de la demandante, por lo cual, en su sentir, es imperioso aplazar la etapa de alegaciones hasta tanto se allegue el citado concepto médico.

Pese a lo anterior, enfatiza que la decisión de la accionada de retirar a su mandante del servicio vulneró garantías constitucionales de imparcialidad, selección objetiva y debido proceso. Ello por cuanto no se tuvo en cuenta la experiencia e idoneidad que la señora Botello Roa tenía para el cargo que desempeñaba. Agrega que el acto acusado está viciado de falsa motivación y desviación de poder, habida cuenta que la persona de la lista de legibles que presuntamente llegaba a ocupar el cargo de la demandante fue destinada a otra área. Así, considera que el retiro de su prohijada no obedeció a razones objetivas y por el contrario no fue tenida en cuenta su condición de vulnerabilidad debido a su edad (52 años) y a su estado de salud por padecer de hipotiroidismo, enfermedad que era de conocimiento de la entidad. En consecuencia, solicita se acceda las pretensiones.

- **Parte demandada**

Resalta la apoderada de la entidad que la accionante no estaba inscrita en carrera para el cargo que ocupaba y su desvinculación se dio por causa de un concurso de méritos que tiene fundamento constitucional y legal. De otro lado, hizo un recuento de las diferentes etapas y situaciones administrativas que se presentaron en el referido concurso. Finalmente, puntualizó que la señora Botello Roa al estar nombrada en provisionalidad no gozaba de ningún tipo de estabilidad y como tampoco acreditó requisitos de protección constitucional especial, sus derechos debían ceder ante los del ciudadano que participó y superó el concurso de méritos. Corolario de esto solicita se denieguen las pretensiones.

Durante la diligencia se preguntó a los apoderados si tenían argumentos por agregar, ante lo cual el apoderado demandante reiteró la importancia de la valoración médica que debe hacerse a la actora. En este sentido, el Despacho advierte que con la historia clínica allegada por la EPS COMPENSAR es posible determinar su condición médica, por lo cual el concepto solicitado resulta innecesario.

## **FALLO**

### **Problema jurídico**

Determinar si la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada, por condición de prepensionada o por problemas de salud. En caso afirmativo, si ello impedía a la entidad desvincularla del cargo que ocupaba en provisionalidad para nombrar al de carrera.

### **Tesis del Despacho**

El Despacho negará las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

- Para la fecha de su retiro la actora no tenía la calidad de pre pensionada. A la señora Botello le faltaban 5 años para cumplir la exigencia de edad, esto es, un tiempo superior a los 3 años máximos que ha fijado la jurisprudencia para obtener tal calidad.

- La demandante no acreditó que hubiese informado su condición médica al empleador. Omisión que impide en sede judicial exigir a la Fiscalía la protección de un estado de vulnerabilidad que no conocía.

## CONSIDERACIONES

Para desatar el problema planteado, se abordarán las siguientes temáticas: **1.)** La estabilidad de los cargos en provisionalidad. **2.)** Requisitos para ostentar la calidad de pre pensionados. **3.)** La estabilidad reforzada por deterioro de salud.

### 1. La estabilidad de los cargos en provisionalidad cuando se realizan concursos de méritos.

La Fiscalía General de la Nación tiene un sistema especial de carrera de origen constitucional, según lo dispone el art. 253 de la Carta Política, desarrollado por la ley de administración de justicia<sup>1</sup>. Dicho régimen está sujeto a los principios del concurso de méritos para el acceso y permanencia a los empleos. No obstante, de manera excepcional, por necesidad del servicio, ante vacancias definitivas o temporales la ley permite que los empleos de carrera puedan ser ocupados por nombramientos en provisionalidad.

La estabilidad de servidores públicos nombrados en provisionalidad es relativa. Su retiro está justificado cuando sea para posesionar a un trabajador que ha superado el concurso de méritos. Así lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>2</sup>:

*“Bajo ese entendido, los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos” (Negrilla y subraya del Despacho)*

También ha precisado la Corte que, tienen especial protección constitucional las madres o padres cabeza de familia, personas próximas a pensionarse y los trabajadores con discapacidad. Para estos sujetos la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades, dependen del reconocimiento de una estabilidad laboral. Ello no implica que puedan permanecer de forma indefinida en el cargo, porque sería desconocer los derechos de quienes participaron en el concurso y quedaron en la lista de elegibles.

Sobre las personas que se encuentran en la especial situación de protección antes descrita, el máximo Tribunal Constitucional en sentencia SU-446 del 2011, sostuvo:

*“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entiéndase a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad. (Negrilla y subraya del Despacho)*

<sup>1</sup> Artículo 159 de la Ley 270 de 1996.

<sup>2</sup> Sentencia de T-096 de 2018 y entre otras sentencia T-245 de 2007, T-109 de 2009, T-507 de 2010, C-533 de 2010, SU-917 de 2010, T-289 de 2011, SU-446 de 2011, T-462 de 2011, C-640 de 2012, T-017 de 2012, T-605 de 2013, T-326 de 2014, SU-556 de 2014, SU-054 de 2015 y T-373 de 2017.

En el caso de marras, la accionante argumenta que fue desvinculada sin que se respetara su condición de pre pensionada y su grave estado de salud. En consecuencia, pasa el Despacho a confrontar los requisitos de las dos situaciones planteadas, con el material probatorio allegado al proceso.

## 2. La condición de pre pensionado.

Esta condición se otorga a aquellos trabajadores que les falte tres años o menos para cumplir requisitos de pensión de jubilación o vejez. Así lo ha señalado la Corte.<sup>3</sup>

*“(…) 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***

(…)

*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.***

En este sentido, quienes gocen de esta calidad tiene una protección especial de estabilidad laboral, sin importar el tipo de vinculación. Sobre el tema se pronunció recientemente el H. Consejo de Estado.<sup>4</sup>

*“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.*

*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” (Negrilla y subraya del Despacho)*

### **-Caso concreto frente a la condición de pre pensionada de la actora.**

- Para el 12 de julio de 2017, fecha de expedición del acto de insubsistencia, la demandante contaba con 52 años edad. Nació el 25 de agosto de 1965, según consta en la cédula de ciudadanía visible a folio 417 del expediente.

<sup>3</sup> Sentencia SU 003 de 8 de febrero de 2018

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, Sentencia de 8 de febrero de 2018. Radicado No. 250002325000201201184 01 (2130-2016) Actor: Ranulfo Cossio Mosquera

- La señora BOTELLO ROA a agosto de 2017 (fecha de desvinculación) tenía 1000 semanas cotizadas. Así se determina del reporte de semanas visto a folio 413. Como dicho reporte muestra las cotizaciones desde el año 1997, el Despacho tiene en cuenta la hoja de vida allegada con la contestación de la demanda (fl.414). En ella, se observa que estuvo vinculada desde el 04 de abril de 1993 hasta el 16 de agosto de 2017 sin novedades administrativas o interrupciones. Periodo que permite concluir un tiempo aproximado de servicios de 24 años, esto es, 1248 semanas.

Ahora bien, el art. 33 de la ley 100 modificado por el art. 9 de la ley 797 de 2003, estableció los requisitos para obtener la pensión de vejez, de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

*1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

*A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

*2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

*A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”*

De acuerdo con la norma, para el momento de la desvinculación de la accionante la ley exigía para acceder a la pensión de vejez haber cotizado 1300 semanas y tener 57 años. Es decir, la condición de prepensionada requería un faltante máximo de 156 semanas de cotización y 3 años para cumplir los 57 de edad.

La señora Botello Roa no acredita los requisitos fijados para gozar de la calidad de pre pensionada. A la fecha de su retiro tenía 52 años y 1248 semanas cotizadas. Por lo cual, si bien le faltaban 52 semanas para cumplir el tiempo de servicios, para suplir el requisito de la edad aún le faltaban 5 años.

### **3. De la estabilidad laboral reforzada por deterioro de la salud.**

Frente a este tipo de estabilidad la Corte Constitucional en sentencia T-521 de 21 de septiembre de 2016, precisó las reglas jurisprudenciales:

*(i) existe el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales, con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”.*

*(ii) Se entiende activada esta garantía de estabilidad laboral reforzada una vez el empleador conoce de las afecciones de salud del trabajador*

*(iii) La estabilidad laboral reforzada se aplica “frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante”. (Negrilla y subraya del Despacho)*

Y agregó que para hacer efectiva esta garantía constitucional, el trabajador tiene la obligación de informar al empleador acerca de sus condiciones de salud:

*“Ahora bien, esta Corte ha indicado que para reprocharle al empleador una actitud discriminatoria frente al trabajador que posee alguna limitación, es necesario partir del supuesto de que aquel está al tanto de la afección de que se trata:*

**Es forzoso que el empleador conozca la discapacidad del trabajador como instrumento de protección de la seguridad jurídica.** Esto evade el hecho de que posteriormente en la jurisdicción se asuma intempestivamente que el trabajador es discapacitado y se le impongan al empleador diversas obligaciones que no preveía, debido a su desconocimiento de la discapacidad.” (Negrilla y subraya del Despacho)

De lo anterior se colige, que un empleado goza de especial protección cuando presenta grave deterioro de salud que afecte su productividad o desarrollo dentro del entorno en el que se desenvuelve. Sin embargo, este amparo solo puede exigirse si se ha puesto en conocimiento del patrono, las afecciones sufridas.

#### **-Caso concreto frente a frente a estabilidad reforzada por deterioro de la salud.**

Argumenta la parte accionante que sufre de una enfermedad denominada hipotiroidismo, cuyos síntomas de no ser tratados de manera oportuna y regular deterioran su salud. Aduce que dicha situación la pone en un estado de vulnerabilidad manifiesta, que no fue tenido en cuenta por la Fiscalía al momento de su desvinculación.

Pues bien, de la historia clínica allegada, se evidencia que la demandante fue diagnosticada en el 2015 con hipotiroidismo. Patología por la cual tomaba medicamento y asistía a controles regularmente. No obstante, no se acreditó que la trabajadora haya informado su condición médica a la demandada. Por el contrario, solo con la demanda ante la jurisdicción solicita la realización de exámenes y la valoración médica.

Así las cosas, a la luz de la jurisprudencia expuesta, la omisión de la demandante de comunicar al empleador su estado de salud, eximió a la entidad de realizar actos tendientes a materializar el amparo constitucional. Por la razón expuesta, no es procedente en sede judicial exigir a la Fiscalía la protección de un estado de vulnerabilidad que no conocía.

En síntesis, al no haber acreditado la señora Botello Roa que, al momento de la expedición de la resolución enjuiciada, gozaba de algún tipo de estabilidad laboral reforzada se denegarán las pretensiones de la demanda.

#### **4. Condena en costas**

Se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada. Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado

Atendiendo el principio de razonabilidad y en procura de no desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho de la siguiente manera:

- El presente proceso estaba encaminado a obtener el reintegro de la actora a la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, bajo el argumento de ostentar una condición de especial protección constitucional

- Las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

Así, teniendo en cuenta la capacidad económica de la demandante y la calidad del proceso, se condenará en costas en cuantía del 10% del SMMLV del año 2020, a la parte actora a favor de la entidad demandada.

#### **5. Remanentes de los gastos**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004, una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto; el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

**SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS** a la parte actora, a favor de la entidad demandada con 10% del S.M.M.L.V, del año 2020 de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. DESTINAR** los remanentes de los gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO. EJECUTORIADA** esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

#### **DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS**

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los respectivos recursos.

**El apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación que sustentará en el término de ley.**



**YOLANDA VELASCO GUTIERREZ**  
**JUEZ**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
RADICADO: 11001-3335-012-2018-00090-00  
DEMANDANTE: FANNY LENT BOTELLO ROA  
DEMANDADO: NACIÓN- FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN



**FERNANDA FAGUA**  
**SECRETARIA AD HOC**