



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 7 N° 12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.

Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 7 de mayo de 2018

"Sentencia N° 044 de 2018"

Expediente: 11001-33-35-016-2013-00149-00
Demandante: ERNESTO MILLÁN LÓPEZ
Demandado: NACIÓN – SENADO DE LA REPÚBLICA

Tema: Insubsistencia

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El señor ERNESTO MILLÁN LÓPEZ, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del CPACA, actuando por intermedio de apoderado judicial, solicita a esta Jurisdicción se declare la nulidad de la Resolución No. 2130 del 1º de agosto de 2012, a través de la cual la Nación - Senado de la República- Dirección Administrativa, lo declaró insubsistente del cargo de Conductor, grado 02 de la Comisión Tercera del Senado de la República.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la NACIÓN – SENADO DE LA REPÚBLICA a reintegrarlo al cargo de Conductor, grado 02 de la Comisión Tercera del Senado de la República o

a otro de igual o superior jerarquía y le reconozcan de manera indexada los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la declaratoria de insubsistencia hasta la fecha en que sea reintegrado y como si no hubiese existido solución de continuidad. Finalmente, pide que se pague las costas y agencias en derecho del proceso y que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A., ahora artículos 189, 192 y s.s. y concordantes del C.P.A.C.A., (fls. 55-56).

2. HECHOS DE LA DEMANDA

El demandante fue nombrado para ejercer el cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República, mediante Resolución No. 129 del 16 de febrero de 2010, cargo del cual tomó posesión el mismo día, (fls.12-13).

Mediante Resolución No. 2130 del 1º de agosto de 2012, fue declarado insubsistente del cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República, pero en el artículo segundo fue nombrado nuevamente en dicho cargo, (fl.5-6),

Posteriormente, le fue entregado otra versión de la Resolución No. 2130 del 1º de agosto de 2012, en el artículo 1º declaró insubsistente al demandante en el cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República y en el artículo segundo se nombró en dicho cargo al señor Nicolás Osorio González, hecho que a su parecer resulta ilegal, pues el acto administrativo solo puede ser modificado por otro acto, (fl. 7-8).

El accionante mediante escrito del 21 de junio de 2012, le comunicó a la entidad accionada que se encontraba dentro del retén social por haber laborado 20 años de servicio en el sector privado y público, (fl. 9).

El apoderado sustenta que el demandante fue un excelente servidor público, durante el tiempo que estuvo vinculado el a la entidad accionada no fue objeto de sanción disciplinaria.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes normas de rango constitucional los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 24, 25, 26, 29, 40, 48, 53, 83, 90, 95, 107 y 125 y de orden legal los artículos 97, 137, 157 y 159 del C.P.A.C.A., Ley 4ª de 1992, Ley 5ª

de 1992, Ley 52 de 1978, Ley 790 de 2002 y Ley 812 de 2003, Decreto 801 de 1992, Decreto 2135 de 1968, Decreto 1848 de 1968, Decreto 1950 de 1973, Decreto 1042 de 1978 y Decreto 1045 de 1978.

Aduce la parte actora que la entidad demandada, al proferir el acto administrativo enjuiciado, incurrió en infracción de normas superiores, violó los principios generales del derecho, el derecho de audiencia, el derecho de defensa e incurrió en desviación de poder.

Manifiesta que la primera violación legal en la que incurrió la entidad, fue la de expedir dos resoluciones con el mismo número, pues con ello, vulneró el derecho del paralelismo, toda vez que la demandada solo podía modificar la primera decisión con otro acto administrativo, pero no con uno que tuviera el mismo número de radicado con una decisión diferente a la tomada inicialmente.

Considera que la decisión de desvincular al accionante fue proferida con desviación de poder, pues con esta no se buscó la mejora del servicio, pues el demandante fue reemplazado por una persona con menor experiencia.

Indica que el demandante no podía ser retirado del servicio pues estaba *ad portas* de adquirir su derecho pensional, es decir, que le asistía el derecho de conservar su empleo con todas las garantías salariales y prestacionales que ello conlleva.

Concluye que la accionada al poner fin abruptamente a la relación laboral del demandante en su calidad de prepensionado, no buscó la mejora del servicio público, ni en el cabal cumplimiento de las disposiciones legales, sino basó su decisión en un fin político, incurriendo así en desviación de poder, (fls. 23-24).

4. OPOSICIÓN DE LA NACIÓN – SENADO DE LA REPÚBLICA

La entidad contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls. 47-55). El apoderado de la entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, basó su defensa en que con las pruebas aportadas al plenario no se probó las causales de nulidad alegadas y no se demostró por qué los actos administrativos vulneraron el derecho de defensa y el principio del paralelismo, tampoco desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo ni que profirió con desviación de poder.

Manifiesta que la decisión de desvincular al actor de la entidad, se tomó con base en las facultad discrecional de la administración, la cual se genera frente a los actos de libre y nombramiento y remoción, tal como sucede en el presente caso.

Considera que el demandante tampoco logró demostrar que para la fecha de expedición del acto administrativo ostentara la calidad de pre pensionado, pues no obra dentro del expediente prueba que demuestre que al accionante le faltaban tres años o menos para reunir los requisitos de edad o tiempo de servicio para el disfrute de la pensión.

Finalmente, aduce que conforme a lo previsto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, los actos de insubsistencia de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, no deben ser motivados, por ello, no el actor no puede aludir ausencia de motivación en el acto administrativo enjuiciado.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda al no probarse la ilegalidad del acto acusado.

5. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

Obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

5.1. El señor ERNESTO MILLÁN LÓPEZ fue nombrado en el cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera del Senado de la República, mediante la Resolución No. 129 del 16 de febrero de 2016, cargo que según consta en la citada Resolución es de libre nombramiento y remoción (fls.12-13).

5.2. La Dirección General Administrativa del Senado, mediante la Resolución No. 2130 del 01 de agosto de 2012, declaró insubsistente del cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional del Senado de la República al señor ERNESTO MILLÁN LÓPEZ, a partir del 1 de agosto de 2012 y nombró nuevamente al señor ERNESTO MILLÁN LÓPEZ a partir del mismo día y en el mismo cargo (fl.5-6).

5.3. En otro acto radicada bajo el mismo número y fecha (N° 2130 del 1 de agosto de 2012), la Dirección General Administrativa del Senado de la República declaró insubsistente del cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional del Senado de la República al señor ERNESTO MILLÁN LÓPEZ, a partir del 1 de agosto de 2012 y nombró en su reemplazo al señor NICOLÁS

OSORIO GONZÁLEZ, a partir del mismo día y el mismo cargo. La anterior decisión fue comunicada al actor el 01 de agosto de 2012, mediante oficio suscrito por el Asesor II de la División de Recursos Humanos del Senado de la República (original figura a folio 4 del expediente).

5.4. El accionante con petición del 21 de junio de 2012, informó a la Dirección General Administrativa del Senado de la República que se encontraba incurso en el denominado “reten social” contemplado en la Ley 790 de 2002, solicitó tener presente tal hecho para los efectos correspondientes (fl.9).

5.5. La Jefe de División de Recursos Humanos del Senado de la República, mediante Oficio N° DRH-1834 del 9 de julio de 2012-*acto demandado*-, dio respuesta a la anterior petición, en el que indicó que revisada la hoja de vida del demandante y verificada la resolución de su nombramiento, el actor no se encontraba dentro de los supuestos normativos señalados por las leyes invocadas por este, razón por la cual, no ostenta la calidad de estar dentro del denominado “*Reten Social*” (original figura a folios 10-11 del expediente).

5.6. Copia de la cédula de ciudadanía a nombre de Ernesto Millán López en la que consta que nació el 12 de septiembre de 1953, es decir que para la fecha del retiro tenía 58 años, 10 meses y 19 días de edad.

5.7. Certificado de semanas cotizadas para pensión expedido por COLFONDOS, en el que consta que el accionante para el 23 de abril de 2014 había cotizado 1.038.14 semanas (fls. 94-98).

5.8. Certificado de factores salariales percibidos por el accionante durante los años 2010 a 2012 (fls. 176-179).

5.9. Certificación suscrita por el Jefe División de Recursos Humanos del Senado de la República en la que consta que el accionante se desempeñó como Conductor, grado 2 de la Comisión Tercera del Senado de la República desde el 18 de febrero de 2010 hasta el 1º de agosto de 2012, fecha en la que fue declarado insubsistente (fl.118).

5.10. Informe rendido bajo la gravedad de juramento por el señor CAMILO SÁNCHEZ ORTEGA (fls.203-204), en la que manifestó que no conoce al demandante, ya que cuando recibió la Presidencia de la Comisión III, postuló para el cargo de conductor al señor NICOLÁS OSORIO GONZÁLEZ, quien es una persona de su entera confianza.

5.11. Hoja de vida del señor NICOLÁS OSORIO GONZÁLEZ, quien fue nombrado en el cargo desempeñado por el actor (Anexo 2).

5.12. Se tienen en cuenta las demás pruebas documentales obrantes en el expediente.

5.13. Declaraciones que se enuncian a continuación:

En la diligencia testimonial rendida el 17 de junio de 2014, el señor Ernesto Keis Villero Damián, manifestó, en resumen, que conoce al demandante por cuanto él fue periodista del Congreso durante el tiempo en el que el actor se desempeñó como conductor, sin embargo, no conoce los motivos de retiro del actor, tampoco si el mismo se realizó por una situación política, pero sabe que el accionante le informó a la entidad que ostentaba la calidad de pre-pensionado ya que así se lo indicó el actor.

Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda y en la contestación.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

6.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante presentados por escrito

Dentro del término legal, el apoderado del demandante presentó los alegatos (fls. 268-270), reiterando los argumentos expuestos en la demanda, relacionados con que en el presente caso debe ser declarado nulo el acto administrativo demandado, por cuanto la administración expidió dos resoluciones con el mismo número en las que tomó dos decisiones diferentes, lo cual no se encuentra ajustado a derecho, pues para revocar un acto administrativo la entidad requería el consentimiento del demandante el cual nunca le fue solicitado por la administración.

Sostiene que el demandante no podía ser desvinculado del cargo desempeñado en el Senado de la República, pues ostentaba la condición de prepensionado, lo cual le otorga protección por el fuero de estabilidad de origen constitucional.

Finalmente, considera que con las pruebas aportadas al proceso, resultó probado que la desvinculación del actor no se produjo a fin de mejorar el servicio y, por ello, en el presente caso, se configuró el cargo de desviación de poder.

6.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada presentados por escrito

La apoderada de la Nación – Senado de la República, dentro de la oportunidad legal aportó de manera electrónica escrito de alegatos (fls. 278) en los que reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda y se opuso a las pretensiones.

Considera que con las pruebas aportadas al expediente, el demandante no logró demostrar los cargos de nulidad alegados.

Sostiene que los actos de libre nombramiento y remoción son expedidos por razón del buen servicio, el cual no fue desvirtuado por el demandante con los elementos probatorios arrimados al expediente, carga probatoria que recaía sobre el accionante.

Hizo relación a una providencia proferida por el Consejo de Estado, en la cual se concluyó que es el *“grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro”*. En efecto, considera, que con la contestación del cuestionario aportado al expediente se logró demostrar que la única motivación de la desvinculación del actor fue la confianza, la cual resulta necesaria en un oficio tan personal como lo es el cargo de conductor de un parlamento.

Manifiesta que conforme a lo contemplado en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011, las disposiciones de dicha ley no son aplicables para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción, por ello, para sacar de la vida jurídica un acto de esta índole, no es necesario solicitar el consentimiento del beneficiario, con lo cual, en su parecer, se encuentra demostrado que el actuar de la administración de ninguna manera comportó violación al derecho de audiencia y defensa, sino se llevó a cabo en ejercicio de una actuación legal.

Finalmente, aduce que en el presente caso no existe prueba que permita demostrar, que el actor haya informado a la administración, con anterioridad a la declaratoria de insubsistencia, la iniciación del trámite del reconocimiento pensional, razón por la cual, no probó la calidad de prepensionado, por ello, tal argumento no puede desvirtuar la legalidad del acto acusado.

El Ministerio Público no emitió concepto.

que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo dispone el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004⁴.

Criterio que fue reiterado por el Consejo de Estado⁵, al indicar 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.”*

En cuanto a la clasificación de los empleos del Senado de la República, la Ley 5 de 1992⁶, en el numeral 2º del artículo 384, estableció:

“(...) 2. Por el origen de su nombramiento, los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se clasifican de la siguiente manera:

a) De elección. Secretarios Generales, Subsecretarios Generales, Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y los Coordinadores de las Comisiones legales de ambas Cámaras y el Director General del Senado de la República.

b) De libre nombramiento y remoción. Director Administrativo de la Cámara de Representantes, Jefes de División y Jefes de

Oficina del Senado y la Cámara, Secretarios Privados, Profesionales Universitarios, Secretarías Ejecutivas y Conductores de las Presidencias y Vicepresidencias de ambas Cámaras; la Secretaría Ejecutiva, los Conductores, el Profesional II y el Asistente Administrativo de la Secretaría General de ambas Cámaras; el Profesional Universitario, y el conductor del Director General del Senado; conductores de las Comisiones Constitucionales y Legales de ambas Cámaras; el Asistente de Control de Cuentas de la Cámara, los Coordinadores de las Comisiones de Ética de ambas Cámaras y de Derechos Humanos y Audiencias, y de la Comisión adscrita a organismos Nacionales e Internacionales del Senado. Así mismo, los empleados de la Unidad de trabajo Legislativo de que trata la presente Ley (...)”

Así las cosas, el cargo de Conductor, grado 2 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional del Senado de la República, desempeñado por el actor, por expreso mandato legal, es de libre nombramiento y remoción. En este orden de ideas, la

⁴ El párrafo 2 inciso 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, estableció que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado: “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 inexistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)” PARAGRAFO 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la retiro la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, providencia del veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

⁶ “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”.

remoción de dicho cargo era procedente a través del mecanismo de la insubsistencia, en ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

7.2.2. Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional

Al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como es el caso del demandante, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a desvirtuarla.

Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos. Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación⁷, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso⁸.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional⁹ ha indicado que en los casos en los cuales la administración ejerce su facultad discrecional para retirar a una persona del servicio público, hay una manifestación clara e inequívoca de poner fin a la relación legal y reglamentaria, sin que ello, se produzca necesariamente por una actuación específica de quien ocupó el cargo en la modalidad de libre nombramiento y remoción, sino porque la relación entre nominador y empleado, en ese tipo de cargos, están fundadas en la discrecionalidad para nombrar funcionarios que a su juicio sean idóneos para desarrollar funciones de dirección, manejo y confianza.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, providencia del nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

⁸ "ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

⁹ Sentencia T-460 del dieciocho (18) de julio de dos mil diecisiete (2017).

7.2.3. De la figura de Prepensionado

De conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 para obtener la pensión en el caso de los hombres deben cumplir 62 años de edad y para las mujeres, a los 57 años, siempre y cuando cumplan otro requisito como es contar con al menos 1.300 semanas¹⁰.

Ahora, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 definió los sujetos que serían objeto de la especial protección por ella prevista en virtud de, entre otros, encontrarse cerca de cumplir los requisitos para pensionarse. En este sentido la mencionada norma estipuló:

*“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.”* (Subraya y negrilla del Juzgado).

La Corte Constitucional “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.”¹¹ Sin embargo, dicho beneficio fue otorgado por la ley a aquellas personas que laboraran en una entidad estatal que estuviera en proceso de liquidación como consecuencia de programa de renovación de la administración pública.

La anterior conclusión, no debe entenderse como un obstáculo para que con base en criterios específicamente aplicables a otros casos, se pueda ejercer la protección de la estabilidad laboral a personas que están próximas a pensionarse; protección que no se fundamenta en un mandato legal sino en principios de orden constitucional. Ello con el propósito de diferenciar de la protección que se genera del retén social y la que se

ARTÍCULO 90. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:
Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. 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 10 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 10 de enero del año 2003 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 10 de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.250 semanas en el año 2015.
Sentencia SU 897-12

produce en otras situaciones. Así fue sostenido por la Corte Constitucional en las sentencias T-186 de 2013 y T-638 de 2016¹².

Dicho Órgano Constitucional también sostuvo que la figura de protección a prepensionados –de manera autónoma y no por retén social– obedece a aspectos subjetivos, como la vulneración de derechos fundamentales¹³.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en Sentencia T-460 de 2017, concluyó que la protección por estabilidad laboral reforzada a personas en condición de prepensionado, no opera en los cargos de libre nombramiento y remoción, por cuanto, la declaratoria de insubsistencia de dichos cargos, se encuentra precedida por la *manifestación clara e inequívoca de poner fin a la relación legal y reglamentaria, sin que ello se produzca necesariamente por una actuación específica de quien ocupó el cargo en la modalidad de libre nombramiento y remoción, sino porque la relación entre nominador y empleado, en ese tipo de cargos, están fundadas en la discrecionalidad para nombrar funcionarios que a su juicio sean idóneos para desarrollar funciones de dirección, manejo y confianza.*

Recientemente el Tribunal Constitucional unificó el criterio en torno a la estabilidad reforzada de servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción en sentencia SU-003 de 2018 y determinó que si bien por virtud del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor cuando se acredita 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

¹² “Con todo, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia para la solución de los problemas jurídicos materia de esta decisión. 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. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Pretende, la Corte desestimar lo expresado por los jueces de instancia, en el sentido de confundir la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad y en el marco de los procesos de restructuración de la Administración Pública”.

¹³ Sentencia T-638 de 2016.

“En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas 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 prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el 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 salario 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”.

7.4. En suma, la estabilidad laboral de los prepensionados es una garantía constitucional de los trabajadores del sector público o privado, de no ser desvinculados de sus cargos cuando se encuentren ad portas de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. De otro lado, no basta la mera condición de prepensionado, sino que se precisa verificar si hubo afectación de los derechos fundamentales.”

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, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

En consecuencia, quienes ocupen cargos de libre nombramiento y remoción gozan de estabilidad laboral cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea 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, que le hiciere falta 3 años o menos tiempo para adquirir el status pensional.

Similar criterio sostuvo el Consejo de Estado¹⁴ en reciente providencia al establecer que “se entiende por estabilidad laboral reforzada, derivada de la condición de pre - pensionada, la que cobija a todas las personas próximas a pensionarse, y a quienes les falten 3 o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener el derecho a la pensión, situación que impide de esta forma el retiro del servicio hasta tanto le sea reconocida y pagada la pensión”.

8. EL CASO CONCRETO

El demandante ERNESTO MILLÁN LÓPEZ, prestó sus servicios en el Senado de la República como Conductor, grado 2 de la Comisión Tercera, desde el 18 de febrero de 2010, tal como consta en la Resolución No. 129 del 16 de febrero de 2016 (fl.12-13), hasta el 1º de agosto de 2012, fecha en la que fue declarado insubsistente a través de la Resolución No. 2130 de la misma fecha (fl.7-8).

Conforme a lo contenido en la Ley 5ª de 1992, trascrita en el título anterior, el cargo de Conductor, grado 2 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional del Senado de la República, desempeñado por el actor, es de libre nombramiento y remoción.

En este orden de ideas, la remoción del cargo desempeñado por el demandante era procedente a través del mecanismo de la insubsistencia siempre y cuando obedeciera a razones del buen servicio público, por cuanto la Carta Política señala que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, por ello, la función

¹⁴ Consejo de Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, providencia del 8 de junio de 2017, rad. 25000-23-25-000-2013-00985-01(1724-13).

691

administrativa que ellos ejercen debe atender los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, imparcialidad y publicidad (art. 209 Superior).

La Resolución No. 2130 del 1º de agosto de 2012 (fl. 7-8), mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, fue expedida por el Director General del Senado de la República, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 376 de la Ley 5ª de 1992, que lo autoriza a remover al personal que desempeñe cargos de libre nombramiento y remoción, es decir que en principio, el acto acusado se ajusta a las formalidades señaladas por el Legislador para su expedición.

No obstante, el Despacho debe precisar que la facultad discrecional consagrada a favor del nominar para declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no es absoluta, pues dicha facultad debe realizarse en procura del buen servicio público, es decir, tal potestad no fue concebida para satisfacer intereses distintos al bien común y el servicio de la comunidad. Es claro entonces que *"un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume emitido en beneficio del buen servicio público, presunción legal que admite prueba en contrario, que puede ser desvirtuada a través de la acción contenciosa"*¹⁵.

De las pruebas aportadas al plenario, no se logra evidenciar que la desvinculación del actor no obedeció a razones diferentes que garantizar la prestación de un buen servicio público, toda vez que de las hojas de vida allegadas, se evidencia que tanto el señor ERNESTO MILLÁN LÓPEZ como su remplazo el señor NICOLÁS OSORIO GONZÁLEZ cumplen con los requisitos para desempeñar el cargo de Conductor en el Senado de la República, pues ambos cuentan con experiencia para el desarrollo de dicho cargo, ya que el accionante para ser nombrado como Conductor acreditó un poco más de dos años de experiencia en ejercicio de tal oficio (fl. 16 Anexo 1), experiencia que también fue acreditada por el señor NICOLÁS OSORIO GONZÁLEZ (fl. 15 anexo 2 del expediente), de tal forma que la decisión de la entidad demandada de declarar insubsistente al demandante no afectó el buen funcionamiento del cargo desempeñado por el actor. Además, al expediente no se aportaron pruebas que permitan realizar un juicio sobre la eficiencia en la prestación del servicio del actor.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 2 de mayo de 2013, exp. 25000-23-25-000-2006-01539-0202236-111, C.P., Alfonso Vargas Rincón.

Despacho que tal situación se debió a un error de digitación, pues se repite, el fundamento jurídico de ambas resoluciones estuvieron encaminadas a declarar insubsistente el nombramiento del demandante ERNESTO MILLÁN LÓPEZ.

Al respecto se advierte, que conforme a lo establecido en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011⁷, los errores formales de digitación en los actos administrativos pueden ser corregidos en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte. Tal como fue realizado por la entidad que modificó la parte resolutive de la resolución en tanto declaró insubsistente al accionante ERNESTO MILLÁN LÓPEZ el cargo de Conductor, grado 02 de la Presidencia de la Comisión Tercera Constitucional Permanente del Senado de la República y nombró en dicho cargo al señor NICOLÁS OSORIO GONZÁLEZ, lo cual no generó cambios en el sentido material de la decisión, pues se reitera, los fundamentos de ambas resoluciones estaban encaminadas a declarar insubsistente al actor.

Así las cosas, contrario a lo aducido por el actor, en el presente caso no existió violación al principio de paralelismo, pues la actuación de la entidad estuvo encaminada a corregir un formal de digitación, lo cual se encuentra autorizado en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011. Razón por la cual tampoco se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

En consecuencia, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

Costas y agencias en derecho

Ahora bien, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

⁷ ARTÍCULO 45. CORRECCIÓN DE ERRORES FORMALES. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión. Al revivir los términos legales para demanda el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandante quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasarán entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$1'227.651 que deben ser liquidadas por Secretaría.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad 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, por las razones expuestas.

SEGUNDO. CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante correspondiente en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de un millón doscientos veintisiete mil seiscientos cincuenta y un pesos (\$1'227.651), por Secretaría líquidese.

TERCERO. En firme esta providencia, por la Secretaría del Juzgado liquídese el proceso, devuélvase al interesado el remanente de los gastos que llegaren a quedar luego de descontar los causados y hechas las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes providencia anterior, hoy 10 de mayo de 2018 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 10 de mayo de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria