



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 11001-33-35-028-2021-00250-00
Demandante: Alexandra Natacha Mosquera Florián¹
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.²
Controversia: Reintegro

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por la demandante **Alexandra Natacha Mosquera Florián**, identificada con cédula de ciudadanía número 51.743.176, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones³

La parte demandante, solicita:

“1°. Declárase nula la Resolución Número 190 del 10 de marzo de 2021, expedida por la Gerente (E) encargada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., GLORIA LILIANA MARTINEZ MERIZALDE, con C. C. N° 52.220.480 de Bogotá, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la doctora ALEXANDRA NATACHA MOSQUERA FLORIÁN, identificada con C. C. No. 51.743.176 de Bogotá, del cargo de libre nombramiento y remoción de Director Operativo, código 009, grado 05, antes denominado Director Técnico, adscrito a la Dirección de Talento Humano, Subgerencia corporativa, empleo que es del nivel Directivo de libre nombramiento y remoción.

2°. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese el reintegro de la señora ALEXANDRA NATACHA MOSQUERA FLORIÁN, identificada con C. C. No. 51.743.176 de Bogotá, en el empleo antes denominado Director Técnico, actualmente Director Operativo, código 009, grado 05, adscrito a la Dirección de Talento Humano, Subgerencia corporativa, empleo que es del nivel Directivo de libre nombramiento y remoción, o a otro empleo de código, grado y cargo similar o igual o superior categoría en la planta de personal de la entidad convocada de la ciudad de Bogotá, y consecuentemente, en el cargo- empleo de grado y código de igual o superior jerarquía que debería ocupar a la fecha de pronunciamiento de la providencia judicial, como si nunca hubiera sido retirada del servicio activo en la subred Centro Oriente, o en su defecto, al grado y cargo igual o de superior jerarquía al que ocupaba cuando fue retirado ilegalmente del servicio activo en la brillante servicio que desempeñaba en la entidad demandada.

¹ ragomez12@hotmail.com y coprevin317@hotmail.com

² notificacionesjudiciales@subredcentrooriente.gov.co y apoyoprofesionaljuridico4@subredcentrooriente.gov.co

³ Archivo Digital No. 1, folios 2 y 3

3°. En consecuencia, y como restablecimiento del derecho, ordénese a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., que pague a la señora ALEXANDRA NATACHA MOSQUERA FLORIÁN, el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás adehalas de la asignación básica correspondientes al cargo que venía ocupando, cargo que ocuparía de no haber sido retirada del servicio activo en la subred Centro Oriente E.S.E., junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrada a su empleo.

4°. Se declare que se considera que no ha existido solución de continuidad en los servicios, para todos los efectos legales y prestacionales de la señora ALEXANDRA NATACHA MOSQUERA FLORIÁN.

5°. En consecuencia, se ordenará que se debe reintegrar a la señora ALEXANDRA NATACHA MOSQUERA FLORIÁN, en el empleo con el código y grado que debería ocupar al momento en que se ejecute materialmente, o a uno igual o de superior jerarquía, y se haga real y efectiva la sentencia que disponga el restablecimiento de sus derechos, tal y como si nunca hubiera sido retirado del servicio de la SUBDRED CENTRO ORIENTE E.S.E., valga decir, ordenando reconocer la antigüedad en el servicio público que prestaba de todos los años en que esté retirada del servicio activo, incluyendo los conceptos de pensión, cesantías, pagos por salud, ARL, vacaciones, bonificaciones y demás prestaciones legales, de todos los años en que esté retirada del servicio activo.

6°. Igualmente se han de reconocer a la demandante todos los daños materiales, inmateriales, daños a la vida de relación y demás causados a aquella.

7°. La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda legal colombiana, y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor.

8°. Así mismo, la liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda legal colombiana, y se pagarán los intereses de ley, y ajustarán dichas condenas tomando como base la indexación legal y jurisprudencialmente reconocida para estos eventos.

9°. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a lo establecido en el nuevo C.P.A.C.A., Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (LEY 1437 DE 2011).

10°. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condene en costas a la parte demandada.”

2. Hechos⁴

El apoderado de la parte demandante señala que la señora **Alexandra Natacha Mosquera Florián**, fue nombrada mediante la Resolución N° 241 del 13 de abril 2020, y posesionada en la misma fecha, en el empleo antes denominado Director Técnico, actualmente Director Operativo, Código 009, Grado 05 de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., adscrito a la Dirección de Talento Humano, Subgerencia corporativa, empleo que es del nivel Directivo de libre nombramiento y remoción.

Advierte que el nombramiento de la accionante en el empleo antes mencionado, fue efectuado por la doctora Claudia Lucía Ardila Torres, quien fungía para la época del nombramiento como Gerente titular de la Subred

⁴ Archivo Digital No. 1, folios 3 a 5

Centro Oriente E.S.E., sin embargo, por su ausencia se designó y posesionó en calidad de Gerente encargada, a la señora Gloria Liliana Martínez Merizalde, a partir del 10 de marzo de 2021.

Aduce que mediante **Resolución N° 190 del 10 de marzo de 2021**, la Gerente encargada declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Director Operativo de Talento Humano, Código 009, Grado 05.

Sostiene que a través de Oficios con radicados N° 20213300003393 y 20213500042152 de 10 y 11 de marzo de 2021, respectivamente, la demandante presentó peticiones ante la Gerente encargada de la entidad demandada para que se le respetara su condición de pre-pensionada y la estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, se reintegrara al cargo que ocupaba al momento en el cual fue declarada insubsistente, no obstante, mediante Oficio N° 20213300075241 del 5 de abril de 2021, se dio contestación en forma desfavorable a su petición.

3. Normas violadas y concepto de violación⁵

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitucionales Artículos 6, 13, 25, 29, 48, 49, 53, 90 y 209.

Declaración universal de derechos humanos, Art. 23-1

Legales: Ley 797/2003, art. 9°, artículos 9°, 12 y s.s., de la ley 790 DE 2002; decreto 190 de 2003, art. 12 y Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.12.1.2.1., modificado por el decreto 648/2017.

Indica que debe protegerse y ordenarse el amparo por la infracción a la norma constitucional de "Estabilidad Laboral Reforzada" por ostentar la condición de pre-pensionada de la demandante, acorde a la línea jurisprudencial desarrollada ampliamente por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Señala que en el acto administrativo acusado se configura un desconocimiento absoluto de las garantías mínimas consagradas, por errores materiales, pues se violaron las normas citadas y, concretamente, el derecho que le asiste a la demandante al amparo de los derechos fundamentales del acceso a la pensión de vejez, derecho a la igualdad, derecho a la seguridad social, derecho a un trabajo digno, derecho al mínimo vital, derecho a la salud.

Aduce que no es aceptable que la entidad demandada emita una declaratoria de insubsistencia que no sea motivada, como quiera que con ello viola la Constitución Política de Colombia, la Ley y los precedentes jurisprudenciales proferidos por las Altas Cortes colombianas que han forjado línea jurisprudencial al respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción de las entidades públicas que están ad portas de completar los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación.

⁵ Archivo Digital No. 1, folios 7 a 25

Manifiesta que la gerente encargada, fungiendo como nominadora, desvió el poder que ostentaba en la Subred Centro Oriente E.S.E., en detrimento de la accionante, declarándola insubsistente, por tanto, lo realizado por la Gerente Encargada no fue otra acción que el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, pues, hizo creer en su acto administrativo que tenía una facultad discrecional para adoptar tal decisión en perjuicio de mi representada, cuando ello realmente carece de validez y veracidad. Añade que el deber de la nominadora era ponderar la situación fáctica y jurídica concreta de la demandante y, una vez analizada la misma, era su obligación motivar el acto administrativo que profirió, atendiendo la condición especial de garantía de pre-pensionada. Concluye que se debían fundamentar las razones del por qué se consideraba que el amparo de estabilidad laboral reforzada que se encuentra en cabeza de la demandante podía ser desconocido, como efectivamente se hizo, vulnerando las normas y jurisprudencia que ampliamente han regulado la materia.

Aclara que la condición de pre-pensionada de la accionante, se da por cuanto le faltarían menos de tres (3) años de cotización para acceder al derecho a la pensión de vejez. Por otro lado, advierte que se vulneró el derecho a la igualdad, pues en el caso de la servidora pública, Claudia Silenia Niño Rey, quien también ocupa un cargo Directivo de libre nombramiento y remoción en el empleo de Director Técnico de Servicios Complementarios, Código 009, Grado 05, a quien se le iba a declarar insubsistente por no aceptar la petición de renuncia que le hicieron la Subgerente y la Gerente encargada de la subred, pero una vez informó a la Gerente Encargada que se encontraba en calidad de pre-pensionada, se le respetó su derecho fundamental a la obtención de la pensión de vejez por encontrarse en situación de amparo por estabilidad laboral reforzada.

Aunado a lo expuesto, manifiesta que la demandante padece de “*anemia hemolítica autoinmune ideopática*” y “*obesidad mórbida*”, de lo que se infiere que se encuentra en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud

Finalmente, en apoyo a sus argumentos cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que considera aplicable al presente asunto.

4. Contestación de la demanda⁶

Mediante escrito allegado el 31 de mayo de 2022, la entidad procedió a contestar la demanda manifestando su oposición a algunos de los hechos y a las pretensiones de la demanda.

Asegura que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera. Señala que es claro que el ordenamiento jurídico le otorgó a los órganos nominadores, incluyendo a la Subred Centro Oriente ESE, la posibilidad de remover funcionarios de libre nombramiento y remoción mediante el ejercicio de

⁶ Archivo Digital No. 8

facultades discrecionales, lo cual tiene como consecuencia que su estabilidad laboral es precaria frente a los que pertenecen a la carrera.

De otra parte, concluye que i) las actuaciones y las decisiones de la Gerente de la SUBRED CENTRO ORIENTE ESE, fueron ajustadas a la ley y las normas internas de la sociedad y también se encuentran acordes con la jurisprudencia reinante en la materia, ii) no se configuró en su haber el derecho a exigirse un procedimiento especial para la separación del cargo de libre nombramiento y remoción y iii) de ningún modo le fueron vulnerados los derechos a los que alude en el escrito de demanda.

5. Fijación del litigio y traslado para alegar de conclusión

El 13 de septiembre de 2022, se llevó a cabo audiencia inicial hasta la etapa de pruebas⁷, las cuales fueron recaudadas en la audiencia de pruebas celebrada el 1º de noviembre de 2022⁸, en la cual se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5.1. Parte accionante⁹

La parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, a través del cual reiteró los argumentos señalados en la demanda.

5.2. Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.¹⁰

La parte accionada presentó escrito de alegatos de conclusión, a través del cual reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

5.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la audiencia inicial, el problema jurídico se contrae a definir si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, y en consecuencia, condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., a reintegrar a la demandante al cargo de Director Operativo de Talento Humano, Código 009, Grado 05 o a uno superior, y a reconocer y pagar los emolumentos dejados de percibir, desde su desvinculación hasta que se haga efectivo el reintegro.

⁷ Archivo Digital No. 12

⁸ Archivo Digital No. 16

⁹ Archivos Digitales No.18 a 20

¹⁰ Archivo Digital No.17

2. Marco legal y jurisprudencial

Las competencias constitucionales para fijar el régimen de carrera, salarial, prestacional, de ingreso y retiro de los servidores públicos, se encuentran consagradas en los artículos 123 y 125 de la Constitución Política, que en lo pertinente preceptúan:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.
(...).*

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción” (Resaltado fuera del texto original)

Es así como la Constitución Política, impone como regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera administrativa y deberán ser provistos, previa realización de concurso público de méritos, a menos que se trate de aquellos que por su naturaleza, sean de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que expresamente determine la Ley, mencionando también, que el retiro de los mismos, se efectuará por calificación insatisfactoria, por violación del régimen disciplinario y por las demás que establezca la Constitución y la Ley.

Por su parte, la Ley 909 de 2004, señaló en su artículo 1º, que quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública, así mismo indicó los empleos que la integran, así:

“Artículo 1º: De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) *Empleos temporales.*” (Resaltado fuera del texto original)

Ahora bien, el artículo 5 *ibídem*, estableció la clasificación de los empleos públicos y especificó aquellos que no son de carrera administrativa, así:

“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:

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

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

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

(...)” (Resaltado fuera del texto original)

A su turno, el artículo 41 del mismo estatuto, determinó las causales de retiro del servicio en los siguientes términos:

“Artículo 41. 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;

(...)

***La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.*”** (Resaltado fuera del texto original)

Al tenor literal del artículo antes transcrito, los servidores nombrados en los empleos de libre nombramiento y remoción, pueden ser declarados insubsistentes de sus cargos, siendo ésta una facultad discrecional que ostenta el nominador, la cual, no requiere motivación expresa.

2.1. De las decisiones discrecionales.

La facultad discrecional, utilizada para el retiro de los servidores vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción, debe procurar asegurar los intereses superiores del Estado Social de Derecho, pues dicho instrumento jurídico, se justifica, para lograr los fines de la administración pública, en cuanto permite a la autoridad, apreciar la oportunidad o conveniencia de asentir que un

determinado empleado, continúe prestando sus servicios, todo ello, claro está, dentro de los límites fijados por el Constituyente y desarrollados por el Legislador. En otras palabras, la toma de una decisión discrecional por la autoridad administrativa, no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, como sí lo es el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la Ley.

El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, prescribe como condición de expedición de toda decisión discrecional, lo siguiente: *“Artículo 44. Decisiones discrecionales. 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**”* (Destacado fuera de texto)

Por lo expuesto, es claro entonces, que la facultad discrecional de la administración, se encuentra condicionada por las disposiciones constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública, las normas especiales que autorizan la expedición del acto administrativo y los elementos fácticos del caso concreto.

De manera que el ejercicio de la potestad discrecional para retirar del servicio al personal nombrado en cargos de libre nombramiento y remoción, debe sustentarse, en expresas razones objetivas, proporcionales y razonables, atendiendo los fines que se persiguen, que para el caso concreto, consiste en la eficiencia y eficacia de esa institución, en aras de garantizar el interés general y la prestación del servicio.

De igual manera, el Consejo de Estado ha indicado sobre los actos de retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, que a estos no les asiste fuero de estabilidad y su desvinculación se presume que obedece a la necesidad de mejoramiento del servicio, así: *“(...) conforme a la Ley 270 de 1996, el cargo que ocupaba la demandante al momento de ser retirada del servicio era de libre nombramiento y remoción, por lo que podía ser declarado insubsistente su nombramiento en cualquier momento, en virtud de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción que el legislador le otorga al nominador para que disponga de esta clase de cargos en aras del mejoramiento del servicio. La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y esta decisión goza de presunción de legalidad.”*¹¹

2.2. De la condición de prepensionado.

Al respecto, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, *“Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*, en el marco de la reestructuración de las entidades públicas en procesos de reestructuración, creó la figura del retén social, señalando:

“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 económica⁴, las personas con limitación física, mental, visual

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B”, sentencia del 3 de mayo de 2007, Radicación 08001-23-31-000-1998-01687-01 (3777-04), Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

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 (...)

La anterior disposición fue reglamentada por el Decreto 190 de 2003, en los siguientes términos:

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

Artículo 13. Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública en el orden nacional respetarán las siguientes reglas:

13.1 Acreditación de la causal de protección

- a) Madres cabeza de familia sin alternativa económica: (...)
- b) Personas con limitación visual o auditiva: (...)
- c) Personas con limitación física o mental: (...)
- d) Personas próximas a pensionarse: Sin perjuicio de que el servidor público que considere encontrarse en este grupo adjunte los documentos que acreditan la condición que invoca, los jefes de personal o quienes hagan sus veces deben verificar que a los servidores que puedan encontrarse en estas circunstancias en efecto les falten tres (3) años o menos para reunir los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, y expedir constancia escrita en tal sentido.**

El jefe del organismo o entidad podrá verificar la veracidad de los datos suministrados por el destinatario de la protección.

13.2 Aplicación de la protección especial

Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral.

En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del Programa de Renovación de la Administración Pública conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto.

Artículo 14. Pérdida del derecho. La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando se constate que el ex empleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial.

En todo caso, la estabilidad laboral cesará una vez finalice el Programa de Renovación de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 16 del presente decreto.” (Destacado fuera del texto original)

Se advierte entonces que el retén social se creó inicialmente para los procesos de reestructuración en la Administración Pública, con el fin de proteger, entre otros, a los servidores públicos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de los 3 años siguientes a la promulgación de la ley, prohibiendo su retiro del servicio. Para el efecto, la entidad debía verificar las hojas de vida o los documentos que presentaran los empleados para acreditar la causal de protección invocada.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-186 de 2013, indicó que la estabilidad laboral reforzada de los prepensionados, no proviene de un mandato legal, sino que tiene raigambre constitucional, así:

“(…) 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. Por ende, la Corte desestima 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 reestructuración de la Administración Pública”.

Así pues, si bien en un principio, el retén social fue adoptado para los procesos de reestructuración de las entidades públicas, la jurisprudencia lo ha extendido a otras situaciones, en consideración a que dicha prerrogativa encuentra su fundamento en la Constitución Política. Sobre este aspecto, la Subsección “B” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló:

“Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “prepensionados” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse”¹²

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado estableció las reglas para la aplicación del retén social a los prepensionados, así:

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

“De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.

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

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

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

No obstante, con posterioridad la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-003 de 2018, restringió el nivel de protección de los prepensionados, excluyendo de ese grupo a las personas que cumplen con el requisito de semanas de cotización, así:

“Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, 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, 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. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Conforme a los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión de esta Corte, 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. 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”.

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.” (Destacado fuera del texto original)

3. Caso concreto

A fin de resolver la controversia planteada en el sub judice, a continuación se analizará si con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado el derecho de la demandante al reintegro al cargo de libre nombramiento y remoción que venía desempeñando en la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.**

Se verifica que la demandante fue nombrada mediante la Resolución N° 241 del 13 de abril 2020, y posesionada en la misma fecha, en el empleo antes denominado Director Técnico, actualmente Director Operativo, Código 009, Grado 05 de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., adscrito a la Dirección de Talento Humano, Subgerencia corporativa, empleo que es del nivel Directivo de libre nombramiento y remoción.¹³

El nombramiento de la accionante en el empleo antes mencionado, fue efectuado por la doctora Claudia Lucía Ardila Torres, quien fungía para la época del nombramiento como Gerente titular de la Subred Centro Oriente E.S.E., sin embargo, por su ausencia se designó y posesionó en calidad de Gerente encargada, a la señora Gloria Liliana Martínez Merizalde, a partir del 10 de marzo de 2021.¹⁴

También se encuentra acreditado que mediante la **Resolución N° 190 del 10 de marzo de 2021**, la Gerente encargada declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Director Operativo de Talento Humano, Código 009, Grado 05.¹⁵

Así mismo, a través de Oficios con radicados N° 20213300003393 y 20213500042152 de 10 y 11 de marzo de 2021, respectivamente, la demandante presentó peticiones ante la Gerente encargada de la entidad demandada para que se le respetara su condición de prepensionada y la estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, se reintegrara al cargo que ocupaba al momento en el cual fue declarada insubsistente, no obstante, mediante Oficio N° 20213300075241 del 5 de abril de 2021, se dio contestación en forma desfavorable a su petición.¹⁶

¹³ Archivo Digital No. 1, folios 103 y 105

¹⁴ Archivo Digital No. 8, folio 4

¹⁵ Archivo Digital No. 1, folio 102

¹⁶ Archivo Digital No. 1, folios 106 y 110 a 123

Por otra parte, obra en el plenario copia del documento de identidad de la demandante, en el cual se observa como su fecha de nacimiento el 10 de septiembre de 1963¹⁷; igualmente, extracto de pensión obligatoria expedido por la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos el 9 de abril de 2021, en el que consta que al primer trimestre del referido año la accionante contaba con 1.166 semanas de cotización.¹⁸

Ahora bien, de la lectura de los hechos de la demanda y del concepto de violación, se observa que la demandante funda la solicitud de nulidad del acto administrativo acusado, en: i) la desviación de poder y ii) la infracción de las normas en que debía fundarse, como quiera que puso en conocimiento de la entidad su situación especial por la calidad de prepensionada, pero aún así la entidad a través de la Gerente encargada, señora Gloria Liliana Martínez Merizalde, consideró que ello no impedía su retiro; desconociendo la norma vigente y los lineamientos jurisprudenciales y constitucionales para proceder al retiro, aunado al hecho, de que no se relacionaron las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decidió declarar insubsistente su nombramiento.

Dicho lo anterior, inicialmente se determinará si la demandante, para el momento en que fue declarada insubsistente ostentaba la calidad de prepensionada y en este sentido, si tenía la condición de sujeto de especial protección por el retén social.

Así las cosas, se advierte que la señora **Alexandra Natacha Mosquera Florián**, para el momento en que fue desvinculada de la entidad demandada, tenía 57 años y 1.166 semanas de cotización.

Así mismo, se evidencia que la demandante, se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que **no** es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a su entrada en vigencia no contaba con la edad o el tiempo de servicios necesarios para tal efecto, por lo tanto, el régimen pensional que la cobija es el dispuesto por la norma *ibídem*.

En este sentido, cabe traer a colación el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Así mismo, el artículo 65 *ibídem* precisó que los afiliados que, a los 62 años si son hombres y 57 si son mujeres, no hayan alcanzado a generar el capital requerido para acceder a la pensión, pero hubiesen cotizado por lo menos 1.150 semanas, tendrán derecho al reconocimiento de la garantía de pensión mínima.

¹⁷ Archivo Digital No. 1 Folio 39

¹⁸ Archivo Digital No. 1 Folio 135

De lo anterior, se infiere que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual se encuentra afiliada la demandante, le otorga el derecho a una pensión de vejez, a la edad que escoja, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, en las condiciones descritas en la norma antes citada, o en su defecto, si no cumple con las mismas, tiene derecho al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, al contar con más de 57 años y más de 1.150 semanas cotizadas.

Cabe precisar que el objeto de la protección especial que otorga la condición de prepensionado, es proteger el derecho pensional ad portas de ser reconocido, así lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial indicando que no sólo basta con demostrar dicha calidad, sino que además requiere que la desvinculación ponga en peligro derechos fundamentales:

“26. Adicionalmente, la Corte ha sostenido que no basta con ostentar la calidad de prepensionado para gozar de esta protección, pues además se requiere que la terminación del contrato de trabajo ponga en riesgo derechos fundamentales tales como el mínimo vital, debido a la edad en que se encuentra quien es retirado de su puesto de trabajo, lo cual puede conllevar a que sea difícil conseguir un nuevo empleo y por ende satisfacer las necesidades básicas de un hogar. Lo que implica que, en los eventos de retiro de una persona a quien le falten tres años o menos para adquirir la condición de pensionado, se debe analizar cada caso concreto para establecer si están en riesgo sus derechos fundamentales.”¹⁹

De conformidad con lo expuesto, se concluye que el derecho pensional de la demandante no fue puesto en riesgo con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, por lo tanto, el argumento según el cual no debió ser desvinculada por la condición de prepensionada, no es de recibo para el Despacho, así como tampoco aquel según el cual debió motivarse el acto administrativo acusado, pues se reitera, los servidores nombrados en los empleos de libre nombramiento y remoción, pueden ser declarados insubsistentes de sus cargos, siendo ésta una facultad discrecional que ostenta el nominador, la cual, no requiere motivación expresa.

De igual manera, el argumento según el cual los padecimientos de salud de la demandante le generan una condición de debilidad manifiesta, tampoco tienen asidero, en la medida que al cumplir con los requisitos para obtener el derecho pensional, ello también le otorga acceso al sistema de salud.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad de la señora **Alexandra Natacha Mosquera Florián**, fundada en que la señora Claudia Silenia Niño Rey, quien también ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, se encontraba en condición de prepensionada y se le permitió continuar vinculada a la entidad demandada, cabe precisar que de conformidad con la documentación aportada con la demanda se evidencia que al momento de los hechos, la señora Niño Rey se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y le faltaban 41.43 semanas de cotización para obtener el derecho pensional²⁰, lo cual varía sustancialmente su situación y no la hace comparable a la de la demandante, habida cuenta que en el caso de la señora

¹⁹ T- 325 de 2018

²⁰ Archivo Digital No. 1, folios 157 y 160 a 163

Niño Rey, era en absoluto necesario completar las 1.300 de cotización para obtener el derecho a la pensión de vejez, lo que no ocurre con la demandante quien en la actualidad ya acredita los requisitos para el reconocimiento pensional.

Así entonces, de conformidad con lo expuesto, se tiene que la parte demandante, no logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste al acto administrativo acusado. En consecuencia, se declararan probadas las excepciones propuestas y se negarán las pretensiones de la demanda.

4. De la condena en costas

Finalmente, no se condenará en costas a la parte vencida, como quiera que no aparece prueba de su causación conforme con el numeral 8° del artículo Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

- Primero:** **Declarar** probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motivada de esta decisión.
- Segundo:** Negar las pretensiones de la demanda.
- Tercero** Sin condena en costas, como se expuso en precedencia.
- Cuarto:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028

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: **3bd1b2f729b35a1dd1be4891556321a32015371062c76d6acf2af9cd7715eed8**

Documento generado en 30/11/2022 08:29:45 AM

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