

República de Colombia
Rama Judicial



**JUZGADO 57 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020).

Expediente n.º	:	11001-33-42-057-2019-00010-00
Demandante	:	MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS
Demandado	:	NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
Medio de control	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema	:	REINTEGRO A CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – RETÉN SOCIAL

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 059

El Despacho profiere sentencia dentro del proceso promovido por MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS, en contra de la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

I. ANTECEDENTES

La señora MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS, por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 demandó a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA para obtener las siguientes declaraciones y condenas.

1.1. Pretensiones

1. Declarar la **NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO** expresado en el **DECRETO 118 de fecha 15 de agosto de 2018**, mediante el cual fui declarada insubsistente del cargo y se restablezca mi derecho vulnerado como **AUXILIAR JUDICIAL GRADO 01** adscrita al despacho del Magistrado **ALEJANDRO MESA**

CARDALES de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

2. Que a título de restablecimiento del derecho, ordenar al **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, RAMA JUDICIAL- LA NACION**, órgano de creación constitucional y legal, representada judicialmente por **LA DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, el reintegro de mi poderdante con efectividad a la fecha en que se declaró la insubsistencia del cargo que venía desempeñando u otro empleo de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio con retroactividad al día 15 de agosto de 2018, fecha en que se le declaró insubsistente del cargo de **AUXILIAR JUDICIAL GRADO 01** adscrita al Despacho del Magistrado **ALEJANDRO MESA CARDALES** de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
3. Que como consecuencia de las peticiones anteriores, se condene **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, RAMA JUDICIAL- LA NACION**, a reconocer y pagar a mi mandante todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías que se causen, aumentos de salarios y demás emolumentos concurrentes al cargo, que le correspondan desde la fecha en que se separó del cargo hasta tanto sea efectivamente reintegrada.
4. Declarar para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por la Doctora **MARIA DAYSI SANCHEZ BUSTOS**, como **AUXILIAR JUDICIAL GRADO 01** adscrita al Despacho del Magistrado **ALEJANDRO MESA CARDALES** de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.
5. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso C.P.C.A., y se reajustará su valor desde la fecha en que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.
6. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en los términos de Ley, especialmente lo consagrado en los artículos 189 y 192 del C.P.C.A.
7. **CONDENAR** a las demandadas **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, RAMA JUDICIAL- LA NACION** en las costas del proceso.

1.2. Fundamentos fácticos.

En síntesis las pretensiones se sustentan en los siguientes supuestos fácticos:

(i) María Daysi Sánchez Bustos laboró como empleada pública en diferentes órganos del Estado, siendo el último de ellos la Rama Judicial, en la cual estuvo vinculada por más de veintidós (22) años.

(ii) El último cargo desempeñado fue el de Auxiliar Judicial Grado 01 en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el Despacho del Magistrado Alejandro Meza Cardales, quien declaró insubsistente su nombramiento mediante Decreto 118 del 15 de agosto de 2018.

(iii) Mediante escrito presentado por la demandante el 16 de agosto de 2018, puso en conocimiento de su nominador que era beneficiaria de las garantías del retén social como pre pensionada, ya que estaba afiliada al fondo privado de pensiones Colfondos y el día 15 de julio de 2018 acumulaba un total de 1.195 semanas cotizadas.

(iv) Para la época de presentación de la demanda, la señora **MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS**, ya contaba con 58 años de edad, y acorde con la normativa del Sistema de Seguridad Social en pensiones, pese a haber alcanzado la edad mínima de 57 años de edad, le hacían falta 105 semanas de cotizaciones para llegar a las 1300 requeridas, que corresponden a dos años de trabajo, aproximadamente.

(v) La demandante **MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS**, se encuentra dentro de los supuestos fácticos previstos por la sentencia T-802 de 2012 proferida por la Corte Constitucional en cuanto refiere a la protección especial del retén social establecido por las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, para todos aquellos trabajadores que integren el grupo poblacional a quienes falten menos de tres (3) años para cumplir con la totalidad de los requisitos de tiempo y edad para acceder a la pensión de vejez y jubilación, en los términos de la sentencia SU-389 de 2005, extensible por favorabilidad a todos los empleados de la Rama Judicial.

(vi) Desde el 22 de marzo de 2018 la demandante había comunicado a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria su condición de pre pensionada para obtener el amparo laboral reforzado previsto por el retén social.

(vii) Para acreditar lo afirmado en precedencia, la demandante presentó el día 14 de septiembre de 2018 solicitud ante la Secretaría Judicial de la entidad accionada para obtener copia de la mencionada comunicación, la cual fue negada por la funcionaria encargada mediante oficio del 25 de septiembre siguiente, bajo la excusa de hallarse cobijada con reserva legal en los términos del numeral 3º del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 2, 6, 25 y 125 de la Constitución Política y las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, así como el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional contenida En la sentencia T-802 de 2002 en cuanto a los derechos de los trabajadores amparados por la protección especial del retén social.

1.4 Causales de nulidad propuestas (fl. 9)

Abuso del derecho y desviación de poder

Sin exponer argumento alguno y en único y breve párrafo, afirmó que el acto administrativo demandado se hallaba incurso en las causales de anulación por abuso del derecho y desviación de poder, por lo que se debe restablecer el derecho de la demandante de continuar vinculada laboralmente al cargo de Auxiliar Judicial Grado 01 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

1.5. Contestación de la demanda

1.5.1 NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Mediante escrito presentado dentro de la oportunidad legal¹, la entidad pública accionada NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, por conducto de apoderada judicial, dio contestación a la demanda y se opuso a las pretensiones de la actora, afirmando que el acto

¹ Escrito que obra a folios 62 a 72 del expediente.

administrativo cuestionado fue expedido con apego al ordenamiento jurídico, ya que el cargo en el que estaba nombrada María Daysi Sánchez Bustos es de libre nombramiento y remoción, por lo que las normas sobre estabilidad laboral reforzada en su condición de prepensionada no tienen aplicación, máxime cuando ostenta una profesión de naturaleza liberal, como es la de abogada y, además, porque acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la garantía de estabilidad para el mencionado grupo poblacional no es absoluta ante la existencia de una justa causa de despido, como ocurrió en su caso que fue la búsqueda del mejoramiento del servicio público en el ejercicio del cargo que ella desempeñaba.

Afirmó que las pretensiones de la demanda carecen de fundamento fáctico y jurídico, ya que la demandante gozaba de una estabilidad relativa dada la naturaleza del cargo que desempeñaba, de manera que la declaratoria de insubsistencia fue proferida en ejercicio de la facultad discrecional, en procura del mejoramiento de la función pública, por lo que no existe indicio alguno que permita colegir la supuesta violación de sus derechos como empleada al servicio del Estado.

Planteó como única excepción la “*inexistencia de estabilidad laboral*”, para reclamar la improcedencia de las pretensiones.

4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Superada la etapa probatoria, en la cual fueron incorporadas las documentales y testimoniales solicitadas y decretadas, conforme a las audiencias celebradas los días 29 de octubre y 28 de noviembre de 2019 (fls. 79 a 82 y 88 a 90), se dispuso el traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión, oportunidad en la cual solo la entidad accionada presentó argumentos que a continuación se sintetizan²:

4.1. Parte demandada (fls. 96 y 97) En sus alegaciones la entidad accionada reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación, acerca de la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo que ocupaba la

² La parte actora allegó sus alegaciones en forma extemporánea, ya que el término de traslado venció el día veinte (20) de enero de 2020, acorde con lo dispuesto en providencia del 28 de noviembre de 2019 (fls. 88 a 90) y el actor allegó el escrito respectivo al día siguientes, esto es, en forma extemporánea. (fls. 100 a 104).

demandante, en los términos del artículo 130 de la Ley 270 de 1996, circunstancia que hacía viable su desvinculación a través del acto administrativo demandado, que goza de presunción de legalidad.

Además adujo que con el interrogatorio de parte absuelto por la señora María Daysi Sánchez Bustos quedó demostrado que para el día en que se produjo su desvinculación del servicio por la declaratoria de insubsistencia, esto es, el 15 de agosto de 2018, ya cumplía los requisitos de edad, 58 años, y tiempo de servicios, más de 25 años, para obtener el derecho a la pensión, restándole solo la presentación de la solicitud ante “*Colpensiones*” (sic fl. 97 vto).

4.2 Parte demandante. Como se consignó en la nota a pié de página precedente, el escrito fue presentado en forma extemporánea, por lo que no existen argumentos de la parte actora para considerar en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

PRUEBAS DE OFICIO

Una vez agotado el término de alegaciones, en uso de las facultades oficiosas previstas por el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, el Despacho, mediante auto del 6 de febrero de 2020 (fl. 105) dispuso el recaudo de una prueba documental adicional, con el fin de dar total claridad a los hechos alegados por la demandante, consistente en establecer la existencia de otra actuación judicial en curso para reclamar la anulación de su traslado de régimen pensional.

Para tal efecto, fue incorporado al expediente el material que obra a folios 131 y 132, que dan cuenta de la existencia de una demanda ordinaria ante los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, radicada el 19 de diciembre de 2019, en la cual actúa como demandante la señora María Daysi Sánchez Bustos y demandadas las administradoras de pensiones COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión del proceso, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo a lo normado por los artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

Problema jurídico

De conformidad con los argumentos presentados por la parte actora en su demanda y por la entidad demandada en su escrito de contestación, como se dejó plasmado en la etapa de fijación del litigio en la audiencia inicial, le corresponde al despacho determinar si **¿la demandante María Daysi Sánchez Bustos, identificada con la cédula de ciudadanía núm. 20.698.646 expedida en La Palma, Cundinamarca, de llegarse a acreditar que es beneficiaria del retén social en los términos de las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003, tiene derecho al reintegro al cargo de Auxiliar Administrativo Grado 01 del Despacho del Magistrado Alejandro Meza Cardales de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que desempeñaba o a otro de superior categoría, tras haberse declarado insubsistente su nombramiento?**

Para resolver el problema jurídico, el Juzgado desarrollará el siguiente orden metodológico **(i)** Régimen jurídico para la provisión de cargos en el sector público. Clasificación de los empleos para el desarrollo de la Función Pública, **(ii)** Régimen jurídico para la provisión de cargos en el Consejo Superior de la Judicatura, **(iii)** Ejercicio de la potestad discrecional de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura para disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción de su Despacho. Criterio Jurisprudencial, **(iv)** La estabilidad laboral reforzada o “*retén social*” – criterio jurisprudencial sobre su aplicación en empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, **(v)** comparación de los regímenes pensionales consagrados por la Ley 100 de 1993: RSPM y RAIS, y **(vi)** caso concreto.

(i) Régimen jurídico para la provisión de cargos en el sector público. Clasificación de los empleos para el desarrollo de la Función Pública

El artículo 125 de la Constitución Política prevé en cuanto a la provisión del empleo público lo siguiente:

*“(...) 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 trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

(...)

***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**”.* (Subraya fuera de texto original).

Bajo tal entendimiento, **por regla general** toda provisión de cargo público debe obedecer a la conclusión de una convocatoria pública para la escogencia mediante concurso de méritos del personal idóneo que garantice el cumplimiento de los requisitos mínimos para el ejercicio de una función determinada; **se exceptúa del precitado requisito, la provisión de cargos en empleo de libre nombramiento y remoción, pues su designación obedece a criterios de confianza, manejo y especialidad cuya decisión se encuentra atribuida de manera exclusiva al respectivo nominador.**

En consonancia con lo predicho, el Legislador expidió la Ley 909 de 2004³ para regular el sistema de empleo público, consagrando que la función pública se ejerce a través de los diferentes tipos de empleo, previendo en su artículo 5º la excepción a la regla general de provisión en carrera, siendo una de ella la de aquellos que por sus características de dirección, conducción y orientación institucional correspondan sean de libre nombramiento y remoción. Esto dispuso la norma:

“Artículo 5º. 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.

³ “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

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

a) *Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...)* (Destaca el Despacho).

(ii) Del régimen jurídico para la provisión de cargos de los Despachos que integran el Consejo Superior de la Judicatura.

Acorde con la estructura orgánica prevista por la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura fue creado por el Legislador para la administración y control de la Rama Judicial, integrado por dos Salas, la Administrativa y la Jurisdiccional Disciplinaria, conformada cada una por Magistrados, en los precisos términos del artículo 76 *ibídem*.

A voces del artículo 125 de la precitada Ley 270 de 1996, los servidores judiciales se dividen en dos categorías, funcionarios y empleados, siendo los primeros los Magistrados, Jueces y Fiscales y los segundos, quienes desempeñen los demás cargos dentro de la Rama Judicial, en las distintas Corporaciones, Despachos Judiciales y oficinas administrativas.

En cuanto a la clasificación de los distintos empleos de la Rama Judicial, esto consagró el artículo 130 de la Ley 270 de 1996:

“ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. *Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.*

(...)

Son de libre nombramiento y remoción *los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; **los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores**, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales...* (Destaca el Despacho).

El artículo 131 de la norma en cita, dispuso quiénes serían los respectivos nominadores de los cargos, en los siguientes, estableciendo, para el caso de los empleados en los Despachos de cada magistrado, lo siguiente:

“ARTÍCULO 131. AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL. *Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:*

1. *Para los cargos de las Corporaciones: Las respectivas Corporaciones en pleno.*
2. *Para los cargos adscritos a las presidencias y vicepresidencias: La respectiva Corporación o Sala.*
3. *Para los cargos de las Salas: La respectiva Sala.*
4. **Para los cargos del despacho de los Magistrados: El respectivo Magistrado.**
5. *Para los cargos de Magistrados de los Tribunales: La Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, según el caso.*

(...) (Destaca el Despacho)

Por último, consagró la mencionada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el artículo 141 las causales de retiro del servicio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 149. RETIRO DEL SERVICIO. *La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:*

1. *Renuncia aceptada.*
2. *Supresión del Despacho Judicial o del cargo.*
3. *Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.*
4. *Retiro forzoso motivado por edad.*
5. *Vencimiento del período para el cual fue elegido.*
6. *Retiro con derecho a pensión de jubilación.*
7. *Abandono del cargo.*
8. *Revocatoria del nombramiento.*
9. **Declaración de insubsistencia.**
10. *Destitución.*
11. *Muerte del funcionario o empleado”* (Destaca el Despacho).

Como queda visto, de acuerdo a la clasificación de los empleos en la Rama Judicial, los cargos de cada uno de los despachos de Magistrado de las Altas Corporaciones, para el caso del Consejo Superior de la Judicatura, **son de libre nombramiento y remoción**, lo cual permite concluir que no se trata de un empleo de carrera judicial que deba ser provisto mediante concurso de méritos, y que **el retiro del servicio del mismo obedece a criterios de discrecionalidad por el respectivo nominador.**

iii) Criterio jurisprudencial acerca de la facultad discrecional del Magistrado para disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción en su Despacho Judicial.

Como quedó consignado en precedencia, la excepción a la regla general de la provisión de cargos públicos mediante concurso de méritos, la constituye la designación en cargos de libre nombramiento y remoción, destinada a aquellos eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar del empleo al funcionario respectivo, en atención a la trascendencia de las tareas que le son encomendadas y el grado de confianza exigido en la persona que lo ejercerá.

Bajo tal entendimiento, resulta evidente afirmar que quienes desempeñen este tipo de empleos no estén sometidos a superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos, toda vez que, se itera, el factor determinante en su provisión es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional; consonante con lo anterior, **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.

Por tal virtud, resulta palmario concluir que los actos de desvinculación de los funcionarios que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción no requieren 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. Así lo dispone también el artículo 41 de la Ley 909 de 2004⁴, en su literal a) y en el párrafo 2º.

Ahora bien, no obstante que la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad se encuentra en todo caso condicionada por la razonabilidad que necesariamente implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites de justicia y ponderación, teniendo siempre de presente y como factor prevalente el interés general, como principio rector del ejercicio de una función pública⁵.

Sobre el aspecto de la discrecionalidad, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶ ha precisado que debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y en tal sentido ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Así mismo, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 establece que, 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; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “*razonabilidad*”.

Puede concluirse de lo expuesto que para casos como el que aquí ocupa la atención del Despacho, el nominador cuenta con cierto margen de discrecionalidad tanto para el nombramiento, como para la remoción, pues la aludida excepción constitucional le permite decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración y los fines que se le han encomendado, a saber: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la

⁴ “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

efectividad de los principios, derechos y deberes previstos en la Norma Suprema.

Bajo tal perspectiva, además de las condiciones personales y profesionales del funcionario y la exigencia del buen desempeño, el nombramiento implica un vínculo de confianza entre aquel y el nominador, mayor al que se presume de cualquier relación laboral, en virtud a la naturaleza misma de las funciones que desarrolla, **por lo que tanto la vinculación como su retiro permiten colegir que la proporcionalidad y razonabilidad en dicha decisión encuentran su principal argumento en el mejoramiento del servicio** para brindar bienestar a la comunidad frente a las funciones que le fueron encomendadas por la Ley y la Constitución.

(iv) La estabilidad laboral reforzada o “retén social” – criterio jurisprudencial sobre su aplicación en empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción.

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002⁷, reglamentado por el artículo 12 del Decreto 190 de 2003, consagró un régimen de transición con miras a proteger los derechos de los servidores públicos en especiales condiciones de vulnerabilidad, en desarrollo de los principios que rigen el Estado Social de Derecho. Esto dispuso la norma en comentario:

“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.”

La referida disposición ha sido materia de estudio por la Corte Constitucional⁸ con el fin de ampliar el campo de aplicación de la figura de protección laboral reforzada ante la restringida descripción normativa (*en los procesos de ajuste institucional por reestructuraciones administrativas implementadas en*

⁷ “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”

⁸ Ver entre otras decisiones de la Corte Constitucional: *i)* sentencia T-186 de 2013 del 10 de abril de 2012, actor Margarita Luz Orozco Lozano contra el INCODER, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y, *ii)* sentencia T-595 de 2016, de Octubre 31 de 2016, actores Bernardo Antonio González Vélez y otros contra Distrito Capital de Bogotá y otro, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

programas de renovación de la Administración Pública), para hacerla también extensiva, por razones inspiradas en principios constitucionales de raigambre fundamental, a los servidores públicos que sean retirados del servicio dentro de un tiempo anterior a la fecha en que reúnan los requisitos para adquirir el derecho a una pensión, sobre la base de que en virtud de lo establecido por el artículo 8° literal D) de la Ley 812 de 2003 en concordancia con las consideraciones contenidas en la sentencia C-991 de 2004, dicha estabilidad laboral reforzada rige de manera indefinida y se aplica a las entidades territoriales, atendiendo los parámetros establecidos en la sentencia T-1031 de 2006 de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, los beneficios contenidos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en la actualidad no se circunscriben a los servidores desvinculados como consecuencia directa de los procesos de reestructuración administrativa, como originalmente fue establecido, sino que, por consideraciones constitucionales que tienen relación con los derechos a la igualdad y al mínimo vital, especialmente, deben extenderse a todas aquellas personas que sean retiradas del servicio público, dentro de los tres (3) años anteriores al cumplimiento de los requisitos necesarios para adquirir el derecho a la pensión que corresponda.

Por último, debe precisarse que la Corte Constitucional, en sentencia de Unificación SU-897 de 2012⁹, entendió 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.*”

Corolario de lo expuesto, para tener derecho a la protección laboral reforzada permaneciendo en el servicio público, se requiere que la persona se encuentre a tres años o menos de reunir los requisitos para acceder a la pensión que corresponda, por lo que, fuerza concluir, que su aplicación se concreta en todos aquellos empleados a quienes les sean exigibles las condiciones de **tiempo y edad** previstas por la Ley 100 de 1993 para el otorgamiento de la

⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-897 del 31 de octubre de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada.

pensión de jubilación o vejez en el régimen de prima solidario de media con prestación definida, o RSPM, ya que quienes se encuentren cobijados con el régimen de ahorro individual con solidaridad, o RAIS, administrado por los fondos privados de pensiones, las condiciones de acceso a la prestación social por vejez o jubilación, son diferentes, como más adelante se expondrá.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de las normas protectoras para los prepensionados que se encuentren desempeñando cargos públicos de libre nombramiento, la Corte Constitucional, en reciente decisión, unificó su jurisprudencia en punto a establecer su improcedencia, en razón de las funciones a su cargo o del grado de confianza que se exige en su labor, ya que el criterio que debe imperar es el del servicio público con excelencia y eficacia para el bienestar general, como principio rector de la administración pública.

Esto dijo en la precitada sentencia de unificación la Corte Constitucional¹⁰

“4.- Análisis del primer problema jurídico sustancial, relativo al alcance de la estabilidad laboral reforzada para los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción

42. La resolución del primer problema jurídico sustancial, a que se hizo referencia en el numeral 2 supra, supone, como seguidamente se precisa, unificar la jurisprudencia constitucional en cuanto a si los servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción gozan de estabilidad laboral reforzada.

43. Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada. *Para efectos de fundamentar esta primera regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la normativa que regula esta categoría especial de servidores públicos, a su delimitación cuando ejercen función administrativa y a las razones relevantes para su justificación.*

44. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 125 de la Constitución, los empleados públicos, una de las especies del género “servidor público”, pueden ser (i) de carrera, (ii) de elección popular o (iii) de libre nombramiento y remoción. Dentro de esta última especie, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto para los regímenes especiales

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-003 del 8 de febrero de 2018, Magistrado ponente Carlos Bernal Pulido.

de carrera¹¹, el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004¹² reguló 6 criterios para clasificar estos empleos.
(...)

53. Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “prepensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el 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...” (Destaca el Despacho).

Con sustento en el criterio unificador de la Corte Constitucional, queda claro que a los empleados públicos que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, no le son aplicables las normas de protección previstas para el grupo poblacional de prepensionados, dada la naturaleza de sus funciones y el grado de confianza con su nominador, en aras de garantizar el cumplimiento de los principios rectores de la administración, entre ellos, el servicio eficiente y la excelencia en la función pública.

(v) Comparación de los regímenes pensionales consagrados por la Ley 100 de 1993: RSPM y RAIS

Por la importancia que reviste para el debate jurídico planteado, considera necesario el Despacho explicar las diferencias más significativas entre los dos regímenes pensionales consagrados por el artículo 12 de la Ley 100 de 1993: el régimen solidario de prima media con prestación definida (RSPM) administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, previsto en el Título II, artículos 31 a 58 y el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), de que trata el Título III, artículos 59 a 112, administrado por los distintos fondos privados debidamente autorizados por la Ley.

¹¹ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.2 de la Ley 909 de 2004, “Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales”.

¹² “[P]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Si bien ambos regímenes comparten elementos comunes, a saber: *i)* su creación se dio en desarrollo del artículo 48 de la Constitución, *ii)* su finalidad es garantizar el mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad de manifiesta vulnerabilidad y *iii)* tienen como común denominador el principio de solidaridad como una manifestación del Estado social de derecho, también se diferencian por características que los hacen incompatibles y excluyentes¹³ y que definen de manera clara los beneficios que recibirán sus afiliados, así como las condiciones y requisitos necesarios para el goce de la prestación.

En efecto, en el **Régimen solidario de prima media con prestación definida (RSPM)**, que actualmente está a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, los afiliados o sus beneficiarios deben hacer cotizaciones periódicas establecidas por la Ley a un **fondo común de naturaleza pública** para obtener una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, **previamente definidas** que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada caso, los gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. **Esta prestación social será reconocida cuando el cotizante cumpla con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.**

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), que es administrado por los Fondos privados de pensiones legalmente autorizados, está constituido por el conjunto de entidades, normas y procedimientos mediante los cuales se administran los **recursos privados y públicos** destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, en donde **los aportes no ingresan a un fondo común, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal**; además, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de cada afiliado y la pensión, lo cual determina que **el valor de la pensión sea variable** y no previamente definido como en el régimen de prima media. En este régimen, **se garantiza la pensión de vejez únicamente si se reúne en la cuenta individual el capital necesario para financiarla** independientemente de la

¹³ Art. 12 de la Ley 100 de 1993.

acreditación de cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización.

Para mayor comprensión del tema, se presenta en el siguiente cuadro una comparación puntual de las diferencias más significativas entre los dos regímenes:

RSPM (COLPENSIONES)	RAIS (Fondos Privados)
El reconocimiento de la pensión se produce al consolidar el <i>status</i> , esto es, al cumplir la edad de 57 años, mujeres y 62 años hombres, previa acreditación de un mínimo de 1300 semanas cotizadas.	La prestación social se consolida cuando acredite la constitución de un capital necesario para financiar una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo o tener cotizado 1.150 semanas.
Los aportes corresponden a las deducciones legales del salario devengado, sin que pueda el afiliado realizar pagos adicionales, ya que la pensión no depende del monto ahorrado.	El afiliado puede mejorar el valor de los aportes, mediante pagos adicionales voluntarios adicionales al monto del aporte obligatorio para su pensión.
El monto de la pensión, que se obtiene por el ingreso base de liquidación (IBL) y la forma de pago, se encuentran definidos previamente por la Ley.	El pensionado puede escoger de entre una variedad de alternativas, la forma y monto del pago de su pensión, ya que depende exclusivamente de la suma total de su ahorro individual y de los rendimientos financieros reportados por la administradora.

Adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes pensionales son excluyentes, por lo cual fuerza concluir que quien se encuentre afiliado a uno de ellos, no podrá exigir los beneficios previstos en el otro, so pena de la infracción al principio de inescindibilidad normativa, garante de la seguridad jurídica dentro de nuestro régimen institucional.

vi) Caso concreto

Hechos probados

- **Vinculación de la demandante como empleada pública.** Acorde con las certificaciones laborales que reposan en el expediente, se encuentra acreditado que María Daysi Sánchez Bustos prestó sus servicios como empleada en el sector público, primero como Escribiente de la Alcaldía de

Yacopí, Cundinamarca, del 15 de julio de 1984 al 10 de marzo de 1986¹⁴, posteriormente se vinculó a la Rama Judicial, en donde laboró para la Fiscalía General de la Nación, entre el 15 de julio de 1994 y el 5 de abril de 2011, sin solución de continuidad, y posteriormente en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 13 de junio de 2012 hasta el 15 de agosto de 2018, con algunas interrupciones, siendo el último cargo desempeñado el de Auxiliar Judicial Grado 01 del Despacho del Magistrado Ovidio Claros Polanco (fl. 17 y 18).

.- Retiro del servicio. Mediante el Decreto No. 118 del 15 de agosto de 2018, el Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura Alejandro Meza Cardales, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante (fl. 20).

.- Afiliación al régimen pensional. Obra en el expediente la copia del extracto expedido por el Fondo Privado de Pensiones COLFONDOS, que da cuenta de la afiliación de la señora María Daysi Sánchez Bustos, identificada con la C.C. No. 20.698.646 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) desde el mismo día de su vinculación laboral a la Rama Judicial, esto es, del mes de agosto de 1994, reportando para la fecha de su expedición (junio 30 de 2018), un total de 1.195 semanas cotizadas en dicho fondo, sin incluir las semanas correspondientes a los aportes por su vinculación a la Alcaldía de Yacopí en el periodo comprendido entre julio de 1984 y marzo de 1986, ni las vinculaciones laborales anteriores a su ingreso a la Rama Judicial.

.- Reporte de la condición de prepensionada: Según se observa en la copia de la hoja de vida que forma parte del expediente administrativo remitido por la entidad accionada en respuesta a requerimiento probatorio¹⁵, la demandante María Daysi Sánchez Bustos presentó a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial el día **23 de noviembre de 2015**, un escrito con copia a su hoja de vida, con la intención de informar su condición de prepensionada, en los siguientes términos: “...*me permito informar que el 14 de marzo de 2017, si Dios lo permite, cumpla 57 años de edad, y al finalizar el mismo año 2017 reuniría los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de*

¹⁴ Folio 12 de la primera parte del expediente administrativo remitido por la entidad accionada (cuaderno anexo).

¹⁵ Folio 72 de la tercera parte del expediente administrativo, cuaderno anexo.

*cotización, para adquirir el derecho a pensionarme, toda vez que nací el **14 de marzo de 1960 y habría cotizado a diciembre de 2017 25 años, laborando con la Administración Pública, constancias que obran en mi hoja de vida. Lo anterior para los efectos legales y constitucionales consagrados en las leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 (retén social)...***". La condición de prepensionada fue posteriormente reiterada en dos oportunidades, con sendos escritos presentados el 22 de marzo de 2018 y el 16 de agosto de 2018 (fls. 26 a 29 cuaderno principal), pero con diferente argumentación, pues en esta ocasión afirmó que requería laborar dos años más, ya que según reporte de COLFONDOS, tan solo contaba con **1.174 semanas cotizadas** y le hacían falta 126 semanas más para el tope de las 1.300 exigidas para obtener el derecho a la pensión.

.- Interrogatorio de parte absuelto por la demandante. Por solicitud de la entidad accionada, se practicó diligencia de interrogatorio de parte a la demandante, de la cual se extracta la siguiente información¹⁶:

La señora **MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS**, mujer de 59 años de edad, vecina y residente en esta ciudad, de profesión abogada, de estado civil casada, ratificó la información sobre su vinculación a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y el conocimiento que tenía de la naturaleza del cargo que allí desempeñó de libre nombramiento y remoción, cumpliendo funciones jurídicas. Manifestó en un primer momento que para el día en que fue desvinculada del servicio el reporte de cotizaciones expedido por Colfondos con destino a pensión arrojaba un total de 1.174 semanas cotizadas, por lo que no contaba con las mínimas requeridas para obtener el derecho a la pensión, pero ante requerimiento del Despacho para establecer la verdad, la demandante afirmó que al total de semanas reportadas por su Fondo privado le hacían falta otras que no aparecían allí y que corresponden al tiempo trabajado en la Alcaldía de Yacopí, por lo que para el momento de su interrogatorio ya contaba con más de 1.200 semanas cotizadas, que en todo caso no son suficientes para el mínimo que le exige "Colpensiones". (sic). Manifestó que había dado poder a un abogado para intentar por vía judicial el retorno al régimen pensional administrado por

¹⁶ Audiencia que tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2019, y la intervención de la demandante quedó registrada en medio magnético (C.D. fl. 91), en el intervalo de los minutos 4:36 a 30:14 de la grabación.

Colpensiones. Que al quedar desvinculada acudió ante la Caja de Compensación de Colsubsidio que le otorgó el beneficio de desempleo durante seis (6) meses, aportando a pensión por ese tiempo, pero aun así no alcanza a computar las 1300 semanas. Recordó en su intervención que además de haber laborado 20 meses para la Alcaldía de Yacopí, también trabajó 4 meses en un juzgado de Yacopí, 6 meses en la Registraduría del Estado Civil de Yacopí, 20 días en la Contraloría Departamental de Cundinamarca y en la Secretaría de Agricultura de Cundinamarca 3 meses, para un total de 33 meses y 20 días cuyas cotizaciones no aparecen reportadas en el fondo privado. Recordó todos los trámites relativos a la puesta en conocimiento de su condición de prepensionada ante la Secretaría de la entidad accionada y lo acontecido con la expedición del acto administrativo de desvinculación que fue igual para los diez integrantes del equipo de trabajo del Despacho del Magistrado, esto es, sin motivación alguna. Afirmó que no ha podido seguir haciendo aportes con destino a pensión por hallarse cesante laboralmente. Afirmó que no ha solicitado el trámite de su pensión ante Colfondos, entre otras razones porque otorgó poder a otro abogado para demandar su retorno al régimen de prima media ante Colpensiones y, la razón más relevante, porque no estaba dispuesta a aceptar una pensión en *“...condiciones tan lamentables para mí como profesional sabiendo que tuve un cargo, unos cargos donde percibía un buen salario, el último por \$5.800.000 y de acuerdo a las condiciones legales en que se obtendría una pensión en un fondo privado sería de un salario mínimo, entonces por eso está en curso el trámite de la demanda de nulidad...”* Concluyó su exposición la demandante manifestando no estar de acuerdo con la falta de motivación del acto administrativo de su desvinculación y afirmando que, en su opinión, no hubo mejoramiento del servicio con tal decisión.

Prueba oficiosa del Despacho

En ejercicio de la facultad oficiosa consagrada por el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011 y con miras a establecer la veracidad de la afirmación hecha por la demandante en su interrogatorio de parte el Despacho mediante auto del 6 de febrero de 2020 (fl. 105) dispuso la verificación de la existencia de la acción judicial en curso mencionada por la actora, con la cual pretende la anulación de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) con el

fin de regresar al de prima media con prestación definida (RSPM). De dicha prueba, que obra a folios 108 a 133, se logró establecer la inexactitud de lo afirmado por la demandante, pues, si bien otorgó el poder en el mes de mayo de 2019 con tal fin, lo cierto es que la acción judicial a la que hizo alusión en su interrogatorio de parte, en ese momento no estaba en curso (*28 de noviembre de 2019*) ya que sólo fue presentada para reparto el día 19 de diciembre de 2019 y al momento en que se practicó la prueba (*11 de febrero de 2020*), no había sido admitida por el juez de conocimiento.

Por lo evidente del asunto, ante la contundencia del material probatorio vertido al informativo y con sustento en el marco normativo aplicable a los servidores públicos vinculados a empleos de libre nombramiento y remoción, así como la posición adoptada por la Corte Constitucional en cuanto a la aplicación de las prerrogativas para los prepensionados en cargo de tal naturaleza, concluye el Despacho que las pretensiones de la demanda **NO** están llamadas a prosperar, pues, de una parte, la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado no fue desvirtuada y, de otro lado, en la demandante no se estructuran los supuestos fácticos y jurídicos para obtener la protección especial prevista por las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003 como prepensionada.

En efecto, la demandante pretende la nulidad del acto administrativo de desvinculación aduciendo para ello su condición de prepensionada, lo cual es relevante si su régimen pensional fuese el de prima media, puesto que allí se requiere además de la edad prevista en la ley se requiere haber cotizado al menos 1.300 semanas y en ese caso al ser desvinculada sin darle la oportunidad de completar las semanas faltantes se estarían violando las normas superiores y en principio tendría derecho a que se ordene su reintegro para garantizarle el derecho a adquirir su pensión.

No obstante, como antes se afirmó, la actora está afiliada a un fondo privado y su régimen pensional actualmente es el de ahorro privado, en el que sólo requiere un monto de 1.150 semanas para tener derecho a la pensión y realmente el argumento de que está en prepensión y requiere completar 1.300 semanas para acceder a dicha prestación, está fundado en la expectativa de lograr un cambio de régimen pensional trasladándose a Colpensiones, trámite que apenas inició al presentar demanda el pasado diciembre de 2019.

1.- Presunción de legalidad del acto demandado no desvirtuada

En efecto, acorde con lo demostrado en el proceso, la demandante estaba vinculada a un empleo público de libre nombramiento y remoción, no solo porque así fue clasificado por las normas antes citadas, sino que lo reconoció en la demanda y en el interrogatorio de parte absuelto, razones por las cuales su desvinculación debía darse mediante acto administrativo expedido por el respectivo nominador en ejercicio de la facultad discrecional, sin motivación alguna, decisión administrativa que se encuentra fincada en la necesidad del mejoramiento del servicio, como ocurrió en este caso.

Adicionalmente no existe en el proceso argumento o elemento de prueba que edifique reparo alguno sobre las razones de su desvinculación, circunstancia que releva al Despacho de emitir cualquier consideración al respecto.

En tales circunstancias, como se advirtió desde el momento en que se hizo alusión a los argumentos de la demanda, los cargos de nulidad endilgados, esto es, abuso del derecho y desviación de poder, se encuentran huérfanos de elementos probatorios, ya que la demandante se limitó a mencionarlos sin siquiera explicar de qué manera se podrían configurar en la actuación desplegada por la entidad accionada y en el curso del proceso no aportó prueba alguna sobre su configuración, por lo que, en punto del primero de los cargos, está demostrado que el funcionario judicial que expidió el acto administrativo demandado actuó dentro del ordenamiento jurídico, en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la Ley, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, presumiéndose su legalidad y proporcionalidad en la necesidad del mejoramiento del servicio de la función pública a él encomendada.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo cargo, la autorizada línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha sido enfática en exigir una eficiente actividad probatoria de la parte actora cuando endilgue la causal de desviación de poder, con miras a la anulación de la actuación de la administración. Esto dijo en reciente decisión¹⁷:

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 22 de marzo de 2018, actor Mauricio Giovanni Rojas Gil contra la Procuraduría General de la Nación, radicación No. 76001-23-33-000-2014-01351-01(0606-17), Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

“...La jurisprudencia y la doctrina¹⁸ clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

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

Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de **tener las pruebas necesarias “que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”**¹⁹

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

(...)

En el presente caso el apoderado del demandante sustentó esta causal por dos razones fundamentales, la primera, en la desmejora del servicio por parte de quien lo remplazó; y segundo, a que se desconocieron sus capacidades y calidades profesionales (...)

De acuerdo con lo anterior, la Sala, debe señalar que las pruebas allegadas al proceso no logran establecer en forma objetiva y razonable que el nominador actuara con un móvil oscuro o reprochable al disponer del retiro del demandante, por las razones que a continuación se pasan

¹⁸ Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “Le grands arrêts de la jurisprudence administrative” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pág. 26 a 35.

¹⁹ Sentencia de 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.

a exponer:

Es evidente que quienes remplazaron al demandante (...) lo superaron en mayor número las actuaciones que realizó aquél, incluso en un menor tiempo. Nótese que mientras que el señor Mauricio Giovanny Rojas Gil tardó algo más de 6 meses para expedir 40 decisiones disciplinarias, el señor (...), a pesar de estar ocupando al mismo tiempo el cargo de (...), tardó menos tiempo para proferir 231 providencias. De igual modo sucedió con el señor (...), quien en 5 meses también lo superó.

(...).

*Ahora bien, vale la pena señalar que **no existe en el expediente una prueba** que indique que el señor (...) hubiese realizado algo excepcional al normal desempeño de sus funciones (...) que conduzca a considerar que quien lo reemplazo no alcanzó tal grado de excepcionalidad (...)*

*Vistas así las cosas, **el demandante debió apoyarse en otras probanzas que de manera indirecta delinearán la existencia de la causal invocada**, de manera que puede concluirse que ni las estadísticas allegadas o los testimonios recogidos dentro del proceso no son una prueba suficiente para obtener la certeza de que la decisión administrativa se tomó por motivos ajenos a mejorar el servicio, para con ello, desvirtuar la legalidad del acto.*

*Resta por referirse al argumento del actor, según el cual, carece de toda justificación que se prive a la (...) de un funcionario de excelentes calidades personales, laborales y académicas como las de él, aspecto a lo cual la Sala responderá que esta Corporación ha sostenido en reiterados pronunciamientos que **este tipo de calidades y el buen desempeño de un empleo no genera fuero de estabilidad**, de ahí que estas circunstancias aducidas por el apelante no enerva la facultad discrecional del nominador, como quiera que **la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor público no pasa de ser un deber inherente al ejercicio del cargo y no algo excepcional**²⁰.*

La Sección Segunda de esta Corporación²¹, dilucidando el asunto de un empleado de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación declarado insubsistente y que alegaba aspectos similares a los que aduce el accionante en el sub examine, expuso:

“(...) La Sala desestimaré el argumento mediante el cual el actor

²⁰ En sentencia de 31 de julio de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado No. 16128, al respecto dijo:

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

En similar sentido se pueden leer, entre otras, de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado: Sentencia del 24 de julio de 2008, radicado interno 7066-05, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante; sentencia del 26 de abril de 2012, radicado interno 1205-10, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 24 de octubre de 2013, radicado interno 1928-13, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Actor: Jairo Hernando Gutiérrez García. Accionado: Procuraduría General de la Nación.

sostuvo que en razón a que prestó sus servicios eficientemente y acató el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones no podía ser retirado de la entidad demandada, puesto que una excelente hoja de vida y la buena gestión en las actividades desempeñadas acatando las directrices del Procurador General de la Nación, no le otorgaban estabilidad en el empleo ya que no gozaba de la calidad de funcionario escalafonado. Además, ejercer la función pública con el mayor decoro y compromiso es una obligación de todo servidor público lo cual no otorga garantía de inamovilidad en el empleo, máxime cuando se ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción (...).”

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.

En el caso concreto, tras el análisis individual y conjunto de las pruebas que obran en el expediente, para la Sala, en atención a las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia no se encuentra acreditado el cargo de nulidad de desviación de poder, motivo por el cual este no tiene vocación de prosperidad”. (Destaca el Despacho).

Conforme a lo explicado, ante la ausencia total de actividad probatoria de la demandante María Daysi Sánchez Bustos en demostrar la ocurrencia de los cargos endilgados, impera concluir que permanece incólume la presunción de legalidad que cobija la expedición del acto administrativo demandado.

2.- La demandante no es beneficiaria de la protección especial consagrada por las Leyes 790 de 2002 y 812 de 2003

Conforme al marco jurídico y jurisprudencial expuesto en precedencia, a la demandante no le son aplicables las normas protectoras de estabilidad laboral reforzada destinada a los prepensionados, ya que, como quedó demostrado, se hallaba desempeñando un empleo de libre nombramiento y remoción, criterio que sentó la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-003 del 8 de febrero de 2018, en razón de las funciones propias de su cargo y del grado de confianza que exige su labor.

De otra parte, fue demostrado plenamente en el proceso que a la demandante no le eran aplicables las normas protectoras previstas para los prepensionados,

ya que estas tienen por destinatarios a los afiliados al régimen de solidaridad con prestación definida (RSPM) administrado por Colpensiones, a quienes se exige el mínimo de 1300 semanas cotizadas al sistema de seguridad social, mientras que a los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por fondos privados, como es el caso de la demandante (Colfondos), el único requisito es el de haber acumulado un capital mínimo en su cuenta individual o reportar más de 1.150 semanas cotizadas.

Con la prueba de interrogatorio de parte absuelto por la demandante quedó en evidencia que era conocedora de haber cumplido con suficiencia, para la fecha de su desvinculación, los requisitos necesarios para obtener el derecho a la pensión en el régimen al cual se hallaba afiliada, esto es, al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), pues así lo confesó cuando afirmó que no aceptaría una pensión en condiciones “...*tan lamentables...*” dada su condición de abogada y de haber ocupado cargos con considerable asignación salarial, dejando entrever que su finalidad era hacer tiempo para tramitar otra acción judicial para obtener su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RSPM) administrado por Colpensiones.

No puede pasar por alto el Despacho que la demandante adujo hechos contrarios a la realidad al manifestar que se hallaba en trámite la demanda ordinaria para anular su vinculación al régimen administrado por el Fondo privado Colfondos, pues quedó establecido que al momento de su interrogatorio ello no había sucedido; de otro lado, no es cierto que para el día de la desvinculación del empleo Colfondos le hubiere reportado un total de 1.174 semanas cotizadas, pues del extracto respectivo que obra a folios 32 a 41 del cuaderno principal, quedó en evidencia que para el día 30 de junio de 2018, dos meses antes de su desvinculación, la demandante ya contaba con 1.195 semanas cotizadas, sin incluir las que afirmó estaban pendientes de registrar, correspondientes al lo laborado antes de la vinculación a la Rama Judicial; también quedó acreditada otra inconsistencia en los argumentos de la demanda, ya que omitió manifestar que había presentado en el mes de noviembre de 2015 escrito ante la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, con copia a su hoja de vida, para informar que, según las pruebas que tenía en su poder, **en el mes de diciembre de 2017** cumpliría los requisitos de edad y tiempo de servicios o cotizaciones para adquirir el derecho pensional, ya que, para esa fecha

consolidaría **25 años de servicios en la administración pública**, hecho que contradice lo argumentado en la demanda.

Así las cosas, siendo concedora la demandante de que para el día en que se produjo su desvinculación en el mes de agosto de 2018, ya había reunido con suficiencia los requisitos para obtener su pensión en el régimen al cual se hallaba afiliada, esto es, al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), pues contaba con más de 1150 semanas cotizadas y un capital mínimo que le otorgada una pensión superior al 110% del salario mínimo, sin consideración a su edad, mal podía alegar que era beneficiaria de la protección laboral reforzada como pre pensionada, pretendiendo con ello que le fueren aplicados los beneficios destinados a quienes se rigen por un régimen pensional diferente.

.- Conclusión

Corolario de lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda por no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado y, además, por cuanto la demandante no es sujeto de protección laboral especial al no estructurarse en su caso particular los supuestos normativos para acceder a los beneficios de prepensionada para la fecha de su desvinculación del servicio público, ya que, conforme a lo acreditado en Agosto de 2018 ya había reunido con suficiencia los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por Colfondos y su desacuerdo con el monto de la mesada que le llegare a corresponder, no desvirtua la legalidad del acto administrativo demandado. La excepción alegada por la entidad accionada se declarará fundada.

.- Costas

Por último, no se evidencia que ellas hubiesen sido causadas, razón por la cual, en esta instancia, no se condenará por dicho concepto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado 57 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

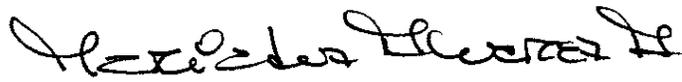
PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la excepción de “*inexistencia de estabilidad laboral*” alegada por la entidad demandada, acorde con lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora MARÍA DAYSI SÁNCHEZ BUSTOS, identificada con la C.C. No. 20.698.646 expedida en La Palma, Cundinamarca, en contra de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, referidas a la legalidad del Decreto No. 118 del 15 de agosto de 2018 que declaró insubsistente su nombramiento en el empleo de libre nombramiento y remoción de Auxiliar Judicial Grado 01.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, **devuélvase** a la interesada el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso, si la hubiere, y **archívese** el expediente, previas las constancias de rigor

Notifíquese y cúmplase



MARÍA LUZ ÁLVAREZ ARAÚJO

Jueza