



Sentencia 2016-05246 de 2020 Consejo de Estado

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR PREPENSIONADO – Opera no solo en caso de supresión de cargos / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR PREPENSIONADO – Reglas de aplicación / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR PREPENSIONADO – No aplica cuando sólo falta cumplir la edad pensional

Aunque en principio, el retén social fue concebido exclusivamente para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que la prerrogativa en cuestión no se origina en un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. (...) las reglas jurisprudenciales definidas son: (i) la condición de prepensionado la tienen los funcionarios que les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos a la pensión. (ii) esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario y; (iii) la protección de estabilidad laboral de prepensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión. (...) la sentencia de unificación de la Corte Constitucional [SU/003 de 2018] circunscribió la calidad de prepensionados a quienes acrediten los dos requisitos (edad y semanas de cotización o capital necesario) para obtener el derecho a la pensión de vejez, pues cuando el único requisito faltante para ser beneficiario de la prestación es la edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada. NOTA DE RELATORÍA: En relación con la procedencia de aplicar el fuero de estabilidad de los prepensionados en casos distintos a la supresión del cargo, ver: C de E, Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. rad 3685-2013.Corte Constitucional sentencia T-186 de 2013.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Requisitos / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN CON FUERO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR PREPENSIONADO AFILIADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD- No se aplica si la pensión que obtiene equivale al 110 del salario mínimo sin importar la edad y que no haya sido reconocida a la fecha del retiro

En el régimen de ahorro individual con solidaridad, el sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, estos últimos son requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida (...) para la fecha en la que el nominador declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, esto es, 16 de mayo de 2016, aquella ya contaba con el dinero necesario en el fondo privado para obtener derecho a su pensión de vejez, se resalta que no era necesario que la demandante esperara a cumplir los 57 años como erradamente lo adujo en el recurso de apelación para ser beneficiaria de dicha prestación. Lo anterior, por cuanto conforme a la ley y a la jurisprudencia, en dicho régimen no se requiere para obtener el estatus de pensionada la edad y tiempo de servicio o cotizaciones tal como ocurre en el régimen de prima media con prestación definida, solo que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente, lo cual ocurrió en el *sub lite*. (...) Ahora, si bien al momento de declaratoria de insubsistencia la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa aún no se le había reconocido pensión, lo cierto es que en el presente asunto no se hace evidente la afectación de los derechos que dicha medida busca proteger, entre ellos, el mínimo vital, toda vez que podía acudir de forma inmediata al fondo de pensiones Protección S.A. al cual se encontraba afiliada con el fin de que le reconocieran su prestación, pues como se probó, ya contaba con el capital necesario para acceder a ella, sin que se acreditaran perjuicios adicionales derivados de tal decisión.

FUENTE FORMAL : LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 64 / LEY 790 DE 2002 -ARTÍCULO 9 / LEY 909 DE 2004 -ARTÍCULO 41 LITERAL E / LEY 100 DE 1993- ARTÍCULO 33

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / CARGO DE CONFIANZA / FACULTAD DISCRECIONAL

Se observa que el empleo denominado asesor, código 1020, grado 16 perteneciente antes a la Comisión de Regulación en Salud y posteriormente al Ministerio de Salud y Protección Social, es de libre nombramiento y remoción, ello, por cuanto el ejercicio de dicho empleo

implicaba especial confianza, funciones asignadas de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y que estaba al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, además de ello, se encontraba adscrito al respectivo despacho de la Viceministra. En este sentido, advierte la Sala que el cargo de asesora, código 1020 grado 16, de la planta de personal del Ministerio de Salud y Protección Social, desempeñado por la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa se encuentra catalogado por la ley como de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción, circunstancia que es aceptada por la misma demandante en el libelo introductor (folio 3). Lo anterior conduce a concluir que el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que atienden, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 909 DE 2004-ARTÍCULO 41

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-42-000-2016-05246-01(3487-18)

Actor: NELCY RUTH PEÑARANDA CORREA

Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: Declaratoria de insubsistencia. Cargo de libre nombramiento y remoción. Retén social, calidad de prepensionado de afiliado al RAIS. Consolidación de derecho a la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Desviación de poder, ausencia de prueba.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-466-2020

ASUNTO

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (folios 1 a 2):

1. Declarar la nulidad de la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016 expedida por el ministro de Salud y Protección Social, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa en el empleo de asesor, código 1020, grado 16.
2. A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene al Ministerio de Salud y Protección Social a reintegrar a la demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento de su desvinculación.
3. Que para todos los efectos legales y prestacionales, se considere que no ha existido solución de continuidad.
4. Ordenar el pago a favor de la libelista de todos los emolumentos salariales y prestacionales, tales como asignación básica mensual, aumentos legales, prima técnica, primas, prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias laborales causadas, asimismo, efectuar todos los aportes correspondientes a pensiones. Lo anterior, desde la fecha en que fue declarada insubsistente hasta cuando se haga efectivo su reintegro.
5. Condenar a la entidad demandada a publicar en la página web y en las carteleras informativas de cada sede del Ministerio, la sentencia condenatoria que se dicte en el *sub lite*, a fin de resarcir el buen nombre de la libelista.
6. Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social a cancelar 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por los perjuicios materiales y morales causados a la demandante, con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado que le generó zozobra, sufrimiento, angustia, enfermedades, pagos a sicólogos, entre otros.
7. Las sumas reconocidas deberán ser indexadas conforme al IPC vigente a la fecha en que se produzca la decisión definitiva, según lo preceptuado en el último inciso del artículo 187 del CPACA.
8. Ordenar el pago de intereses legales, comerciales y moratorios respecto de la condena impuesta según lo prevé el artículo 192 *ibidem*. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 195 *ejusdem* y condenar en costas a la demandada.

Supuestos fácticos relevantes indicados en la demanda (folios 2 a 11)

1. Mediante Resolución 229 del 8 de noviembre de 2010, se nombró a la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa como asesora, código 1020, grado 16, en la Comisión de Regulación en Salud, CRES, cargo de libre nombramiento y remoción. Empleo del cual tomó posesión el 2 de diciembre de la mencionada anualidad.
2. Mediante Resolución 74 del 19 de abril de 2012 fue designada como coordinadora del Grupo de Regulación de la Subdirección Técnica de la CRES.

3. Posteriormente, a través del Decreto 2560 del 10 de diciembre de 2012, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de la Comisión de Regulación en Salud, reincorporándose un gran porcentaje de los empleados de dicha entidad a la planta global de personal del Ministerio de Salud y Protección Social, entre ellos, la señora Peñaranda Correa en el mismo cargo que venía desempeñando en la CRES.

4. La aquí demandante cuenta con un importante perfil profesional de más de 25 años, 19 de ellos específicamente en el sector salud, tal como se puede observar en su hoja de vida.

5. Una vez reincorporada al Ministerio de Salud y Protección Social, se le dio la directriz de apoyar en la Dirección de Regulación de la Operación del Aseguramiento en Salud, Riesgos Laborales y Pensiones, función que cumplió a cabalidad de acuerdo al manual vigente para la época.

6. Dicho Ministerio, cuenta con un instrumento para evaluar a los empleados de libre nombramiento y remoción, aprobado por el Departamento de la Función Pública, por medio del cual se calificó a la libelista durante el tiempo que estuvo vinculada obteniendo 100 sobre 100.

7. La entidad empleadora conocedora de la calidad de prepensionada de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa, dado que cumplió 55 años el 24 de septiembre de 2014 y 57 años en el 2016, la invitó a ser parte de las actividades dirigidas a dicho grupo de protección constitucional, para un aprestamiento de esa nueva etapa de la vida.

8. Con ocasión de su calidad de prepensionada, la aquí demandante se acercó a las oficinas del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., con el fin de que le efectuaran una proyección de la mesada pensional, lo que generó como resultado que si se pensionaba al cumplir los 57 años sobre ingresos mínimos de \$10.000.000, la suma sería de \$1.400.000, por su parte, si adquiriría el derecho a dicha prestación a los 59 años de edad, el valor era de \$1.900.000, motivo por el cual escogió la segunda opción.

9. Luego de tener una serie de inconvenientes respecto del funcionario que debía evaluarla para el año 2016, le fue notificada la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016, mediante la cual el ministro de Salud y Protección Social la declaró insubsistente a partir del 16 de mayo de 2016.

10. En virtud de lo anterior, la demandante radicó oficio con el fin de que se reconsiderara la decisión de declaratoria de insubsistencia por tener la calidad de prepensionada, toda vez que contaba con 56 años y 7 meses.

11. La anterior petición fue resuelta de forma negativa a través de oficio fecha 1.º de julio de 2016, con el cual se desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de las personas próximas a pensionarse, lo que evidencia un motivo oscuro y por tanto, una clara desviación de poder.

12. En el cargo de asesor, código 1020, grado 16 que ocupó la libelista hasta el 15 de mayo de 2016, fue nombrado el señor Gilberto Torres Torres, quien cuenta con apenas 6 años de experiencia en el sector salud y que se traduce en un desmejoramiento del servicio, dado que aquél no cuenta con la experticia, idoneidad y títulos académicos que sí tiene la señora Peñaranda Correa.

13. Además de ello, el señor Gilberto Torres Torres ha presentado ausentismo laboral en alto grado por incapacidades médicas y ha tenido dificultad en el manejo del personal a su cargo, lo cual ocasionó apertura de investigación disciplinaria en su contra.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron

condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 28 de julio de 2017.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«En el asunto bajo estudio se formularon las excepciones de *“inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del ministerio para reconocer a la señora Nelcy Ruth Peñaranda como prepensionada”, “legalidad para la declaración de la insubsistencia” y “cobro de lo no debido”,* frente a las cuales debe decirse que no tienen la calidad de previas por cuanto no dan lugar a la inhibición para conocer sobre el fondo del asunto. Así pues, los argumentos en que se sustentan se deberán tener como alegaciones de la defensa susceptibles de ser analizadas junto con los demás fundamentos de la contestación de la demanda» (Cursiva del texto original) (folio 222 vuelto y cd visible a folio 227).

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«Revisado el expediente se observa que se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

- La actora desempeñaba el cargo de Asesor 1020-16 de la Dirección de Regulación del Aseguramiento en Salud Riesgos Laborales y Pensiones del Ministerio de Salud y Protección Social, dependencia perteneciente al Despacho de la Viceministra de la Protección Social (f. 37).

- Por medio de la Resolución 1748 de 11 de mayo de 2016, el Ministro de Salud y Protección Social, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante como Asesor 1020-16 del Despacho de la Viceministra de la Protección Social (f. 30).

- Mediante escrito radicado el 13 de mayo de 2016 (f. 32), la accionante solicitó al Ministro de Salud y Protección Social que se tuviera en cuenta su condición de prepensionada, obteniendo respuesta negativa por medio de oficio de 1º de junio de 2016 (f. 31).

- Mediante Resolución 2379 de 1º de junio de 2016, el Ministro de Salud y Protección Social nombró al señor Gilberto Torres Torres, en el empleo de Asesor 1020-16, ubicado en el Despacho de la Viceministra de la Protección Social (f. 384 Cd. 2).

De acuerdo a lo indicado, analizada la demanda y su contestación el Despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes son los siguientes:

3.1. Tesis del demandante

(i) La entidad demandada desconoció que la actora tenía la calidad de prepensionada, actuación con la cual vulneró las normas que consagran el fuero de estabilidad de este tipo de servidores, (ii) la declaratoria de insubsistencia no obedeció al mejoramiento del servicio, toda vez que se nombró en reemplazo de la demandante al señor Gilberto Torres Torres, quien no tenía el perfil para el desempeño del cargo de Asesor 1020-16 de la Dirección de Regulación del Aseguramiento en Salud Riesgos Laborales y Pensiones del Ministerio de Salud y Protección Social.

3.2. Tesis de la demandada

(i) la calidad de prepensionada que alega la demandante no está debidamente acreditada, pues no existe certeza que al momento del retiro le hicieran falta tres años para obtener el derecho pensional, (ii) la actora no puso en conocimiento de la entidad demandada su presunta condición de prepensionada, sino que hizo alusión a ese aspecto con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia y (iii) el empleo desempeñado por la actora tenía el carácter de libre nombramiento y remoción, característica que le permitía a la entidad hacer uso de la facultad discrecional para remover sin motivación alguna a este tipo de servidor, por tratarse de personal que debe ser de especial confianza del nominador.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si existen otros hechos o pretensiones que deban ser tenidos en cuenta para fijar el litigio.

· Parte demandante (Min 6:50). De acuerdo con la fijación de litigio.

· Parte demandada (Min 7:05): De acuerdo con la fijación de litigio.

· Ministerio Publico (Min 7:11). De acuerdo con la fijación del litigio.

De conformidad con lo expuesto por las partes, procede el Despacho a fijar el problema jurídico, así:

PROBLEMA JURÍDICO: Se contrae a determinar si la insubsistencia de la actora en el empleo de Asesor 1020-16 de la Dirección de Regulación del Aseguramiento en Salud Riesgos Laborales y Pensiones del Ministerio de Salud y Protección Social, se ajusta a derecho, para lo cual se deberá establecer si el acto por medio del cual fue desvinculada la actora se encuentra viciado por alguna causal de nulidad». (Negrillas y mayúsculas del texto original) (folios 223 a 224 y cd visible a folio 227).

Se notificó la decisión en estrados y las partes manifestaron estar de acuerdo.

SENTENCIA APELADA (folios 614 a 630)

El 12 de abril de 2018, el *a quo* profirió sentencia escrita mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1994 en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los afiliados no tienen que cumplir una edad ni semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión de vejez, pues solo basta con confirmar que el dinero en la cuenta del afiliado sea suficiente para un pensión del 110% del salario mínimo por el tiempo de la vida probable. Agregó que en todo caso, la protección constitucional de los prepensionados se encuentra encaminada a permitir que este grupo de personas gocen de una estabilidad relativa hasta tanto obtengan los requisitos para tener derecho a la pensión.

Bajo dicho entendido, aludió que se había demostrado que para la fecha de declaratoria de insubsistencia de la demandante, según las proyecciones de Protección S.A. fondo al cual se encontraba afiliada, contaba con un capital suficiente para acceder a la mencionada prestación, por lo que al momento del retiro del servicio, ya había consolidado su capital para ser beneficiaria de la pensión, motivo por el cual, no era sujeto de la protección constitucional deprecada y podía ser retirada sin restricción alguna.

Aunado a lo anterior, aclaró que no compartía la tesis según la cual se debía reconocer estabilidad laboral a personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, cuya situación era completamente distinta a los de carrera, dado que para éstos la vinculación, permanencia y retiro dependía de la voluntad de empleador, quien gozaba de la potestad discrecional para tal fin.

En segundo lugar, analizó legal y jurisprudencialmente la figura de desviación de poder, y, adujo que dado que el cargo desempeñado por la demandante se encontraba catalogado como de libre nombramiento y remoción, circunstancia que era aceptada por las partes, la facultad de su retiro por parte del ministro de Salud y Protección Social se tornaba más amplia.

Seguidamente, analizó los testimonios practicados dentro del proceso y concluyó que estos no permitían determinar con certeza las razones que se tuvieron para declarar insubsistente a la libelista, aunado a ello, no era posible afirmar que con el nombramiento del señor Gilberto Torres Torres en su reemplazo, se desmejoró el servicio, pues de una parte, los testigos no manifestaron nada al respecto, y por otro, las documentales obrantes en el expediente, no demostraban que se hubiese causado un perjuicio grave en el desempeño de sus funciones.

Bajo dicho entendido, arguyó que con los medios de prueba allegados no se lograba probar un ánimo ajeno u oculto a la ley por parte del ministro de Salud y Protección Social, toda vez que aquél podía, en calidad de nominador, ejercer la facultad discrecional que le permitía el retiro de la libelista dado su desempeño en un empleo de libre nombramiento y remoción.

En relación con lo afirmado por la demandante en el sentido de que el señor Gilberto Torres Torres había presentado ausentismo laboral y dificultad para manejar el personal a su cargo, el tribunal consideró que la primera situación se encontraba demostrada en el plenario, no así la segunda, empero, ninguna de ellas generaba nulidad del acto acusado, toda vez que el deber de nominación se encaminaba al mejoramiento del servicio, más no era de resultado.

Conforme a lo anterior, concluyó que no era posible atender la tesis de la demandante, respecto de la gestión de quien la reemplazó en su cargo, pues ello equivaldría a que cada vez que una entidad cometiera errores con posterioridad al retiro de un servidor de libre nombramiento y remoción, el empleado desvinculado se encontraría facultado para alegar el desmejoramiento del servicio, lo cual resultaba inadmisibles.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN (folios 633 a 637)

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitó se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, al argumentar que la protección de estabilidad constitucional que poseen los prepensionados, se predica de cualquier trabajador, habida cuenta de que esta se deriva de la Constitución.

Aseveró que el *a quo* ponderó entre la potestad discrecional y la protección especial reforzada de prepensionada, dándole prevalencia al primero y de esta forma, vulneró los derechos al mínimo vital, a la igualdad en la seguridad social y a la vejez digna, por lo tanto sí se demostró la desviación de poder por parte de la administración pues decidió dejar sin un ingreso mensual a la demandante.

Indicó que contrario a lo afirmado en la sentencia recurrida, la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa no había consolidado su derecho pensional, toda vez que a la fecha en que fue declarada insubsistente le faltaban 4 meses y 8 días para cumplir los 57 años de edad. Agregó que no es dable aplicar la sentencia de la Corte Constitucional SU del 8 de febrero de 2018, dado que los efectos de dicha providencia solo se predicen

respecto del accionante de la tutela conforme lo prevé el artículo 48.2 de la Ley 270 de 1996.

Arguyó que, la protección constitucional solicitada se predica de los afiliados a los dos regímenes pensionales contemplados en la Ley 100 de 1993, lo cual se traduce en que la demandante no podía ser declarada insubsistente, por lo menos hasta que llegara a las 57 años y 4 meses más, lo cual ocurriría el 24 de enero de 2017. Adicionó que los testimonios recepcionados en el transcurso del proceso son contundentes en señalar que con ocasión de su desvinculación, la demandante quedó desamparada en su vejez, pues se afectó su mínimo vital.

Aludió que el acto administrativo enjuiciado se encuentra viciado de desviación de poder, toda vez que no podía desvincularse del servicio pues se encontraba protegida por la estabilidad laboral dada su calidad de prepensionada, situación que ya conocía la entidad demandada puesto que fue invitada a charlas y conferencias que dictaba el mismo Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual se traduce en que la administración tenía fines ocultos o distintos al mejoramiento del servicio.

De otra parte, sostuvo que existió un desmejoramiento del servicio con el nombramiento del señor Gilberto Torres Torres, puesto que la aquí demandante contaba con unas altísimas calidades académicas y profesionales que en contraste «con las bajas calidades para el cargo de Asesor 1020 16, del Ingeniero Catastral y Geotecnia Gilberto Torres [...] que cuenta tan solo con 6 años de experiencia en el sector salud». Además de ello, desde que se vinculó ha presentado múltiples quebrantos de salud (ausentismo laboral) que le han impedido ejercer a cabalidad sus funciones.

Adujo que el acto de insubsistencia no era tan discrecional como lo quiso hacer ver el nominador, toda vez que las verdaderas razones del retiro de la libelista se plasmaron en el documento suscrito el 11 de mayo de 2016 por el ministro de Salud en el cual se señaló la necesidad de vincular un profesional «con experiencia en el diseño, implementación y seguimiento de políticas públicas en la operación del régimen subsidiado de salud», escrito que ni siquiera fue valorado por el *a quo*, error que no le permitió vislumbrar las altísimas calidades académicas de quien fuera desvinculada en comparación con su reemplazo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (folios 655 a 657): reprodujo en su totalidad los argumentos del recurso de apelación e insistió en que con su desvinculación se desmejoró el servicio y se le vulneraron sus derechos dada la calidad de prepensionada que tenía.

Parte demandada (folios 658 a 664): solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, habida cuenta de que la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa al momento de ser declarada insubsistente ya tenía cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, pues el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tiene derecho a la prestación a la edad que escoja siempre y cuando el capital acumulado le permita devengar mensualmente un ingreso superior al 110% del salario mínimo legal vigente.

Sustentó que la libelista no logró probar un fin ajeno al servicio público, no se acreditó de qué manera la administración pudo afectar la prestación del mismo con la decisión de su retiro, por el contrario, se demostró que el señor Gilberto Torres Torres presentó prueba llevada a cabo por el Departamento Administrativo de la Función Pública en la cual que obtuvo como resultado 80% siendo lo máximo en el nivel asesor 70%, adicional a ello, según los formatos de evaluación aportados obtuvo calificación definitiva de 100% en el nivel sobresaliente.

El Ministerio Público guardó silencio en desarrollo de esta etapa procesal, según constancia secretarial visible a folio 665.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa estaba cubierta por la protección de estabilidad laboral de prepensionada, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿el Ministerio de Salud y Protección Social desconoció las garantías propias de tal condición?
2. ¿La declaratoria de insubsistencia de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa a través de la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016 quien se desempeñaba en el cargo de asesora, código 1020, grado 16 del Ministerio de Salud y Protección Social, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración?

Primer problema jurídico

¿La señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa estaba cubierta por la protección de estabilidad laboral de prepensionada, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿el Ministerio de Salud y Protección Social desconoció las garantías propias de tal condición?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la condición de prepensionada también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario.

Ø De la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante

Como prolegómeno se encuentra que, mediante Resolución 229 del 18 de noviembre de 2010 la coordinadora ejecutiva de la Comisión de Regulación en Salud, nombró a la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa en el cargo de asesor, código 1020, grado 16 (folio 34).

Por medio de Resolución 4221 del 11 de diciembre de 2012 el ministro de Salud y Protección Social incorporó a la planta de personal de dicha entidad a entre otras personas, a la señora Peñaranda Correa en el empleo de asesor, código 1020, grado 16, adscrito al Viceministerio de la Protección Social (folio 36 anverso y reverso).

Posteriormente, la demandante fue declarada insubsistente mediante Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016, expedida por el ministro de Salud y de la Protección Social, a partir del 16 de mayo de la citada anualidad, cuando ocupaba el cargo de asesora, código 1020, grado 16 adscrito al Despacho de la Viceministra, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción (folio 30).

En efecto, en la certificación expedida por la subdirectora de Gestión de Talento Humano del Ministerio de Salud y Protección Social, el cargo de asesor 1020, grado 16 adscrito a dicho Ministerio y desempeñado por la aquí demandante, está clasificado como de libre nombramiento y remoción (folios 85 a 87).

Asimismo, conforme a las Resoluciones 00001 del 3 de noviembre de 2011³ y 00800 del 17 de marzo de 2015⁴ expedidas por el ministro de Salud y Protección Social, el empleo denominado asesor, código 1020, grado 16, tiene como propósito principal: «Dirigir, orientar y controlar el sector administrativo de salud y protección social, el Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, las acciones de interés en salud pública a cargo del Gobierno Nacional y las de promoción social a cargo del Ministerio, con el fin de asegurar la protección de los derechos de las personas en materia de salud, pensiones y promoción social y en el cuidado, protección y mejoramiento de la calidad de vida» (folios 100 a 110).

De conformidad con lo anterior, se observa que el empleo denominado asesor, código 1020, grado 16 perteneciente antes a la Comisión de Regulación en Salud y posteriormente al Ministerio de Salud y Protección Social, es de libre nombramiento y remoción, ello, por cuanto el ejercicio de dicho empleo implicaba especial confianza, funciones asignadas de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y que estaba al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, además de ello, se encontraba adscrito al respectivo despacho de la Viceministra.

En este sentido, advierte la Sala que el cargo de asesora, código 1020 grado 16, de la planta de personal del Ministerio de Salud y Protección Social, desempeñado por la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa se encuentra catalogado por la ley como de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción, circunstancia que es aceptada por la misma demandante en el libelo introductor (folio 3).

Lo anterior conduce a concluir que el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes⁵. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que atienden, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.

Ø El «retén social» para los empleados de libre nombramiento y remoción

La Ley 790 de 2002⁶ «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» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la Rama Ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.

Precisamente, con ocasión de la posible afectación de los derechos de aquellos que pudieran tener una situación que ameritara un trato especial, se creó el denominado «reten social». El mismo fue definido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:

«[...] *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 ley⁷ [...]»

Conforme la ley enunciada, no pueden ser retirados del servicio, entre otros servidores públicos, aquellos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de los 3 años siguientes a su promulgación, lo que busca proteger que estos no queden cesantes laboralmente y se afecte su derecho pensional.

Aunque en principio, el retén social fue concebido exclusivamente para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que la prerrogativa en cuestión no se origina en un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto, se expresó⁸:

«[...] 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 [...]» (Resalta la Sala).

Asimismo, la Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a aquellos que conforman un grupo de especial protección como los pre pensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad⁹. Estas fueron las conclusiones:

«[...] En consecuencia, si bien es cierto, las personas que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción tienen una estabilidad laboral precaria, dentro de estos procesos administrativos deben ser tratados de manera igualitaria cuando hacen parte de este grupo de protección especial. Pues resulta claro que la intención de legislador es proteger a un grupo de personas en estado de vulnerabilidad, por ello se estableció que el retén social opera para los procesos de liquidación y de reestructuración independientemente si es del orden nacional o departamental, es así, que por la naturaleza de la vinculación como en cargos de libre nombramiento y remoción, no se pierde la condición de ser un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación que debe ser evaluada dentro del desarrollo del estudio técnico utilizando los medios para establecer quienes hacen parte del grupo, mediante el análisis de las hojas de vida y de información que resulta de fácil acceso para el empleador, como es el caso de los prepensionados.

3.8. Así las cosas, en los procesos de reestructuración, aún en los cargos de libre nombramiento y remoción, deberán respetarse los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección; no obstante, su estabilidad sea precaria. En estos eventos, la administración pública está obligada a adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público que pueda llegar a ser considerado como sujeto de especial protección y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular, independientemente de la naturaleza de su nombramiento. [...]» (Subrayas de la Sala)

Al respecto, la Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos¹⁰, posición reiterada recientemente en la anterior providencia aludida¹¹:

«[...] 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 [...]»(Subrayas de la Sala)

Como se observa, las reglas jurisprudenciales definidas son: (i) la condición de prepensionado la tienen los funcionarios que les falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos a la pensión. (ii) esta condición también se predica del servidor de libre nombramiento y remoción, pero no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto, la afectación de los derechos fundamentales del funcionario y; (iii) la protección de estabilidad laboral de prepensionado no se aplica para quien tiene cumplidos los requisitos para adquirir la pensión.

Por su parte, la Corte Constitucional ha protegido los derechos de las personas en esta situación, cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en cada caso concreto que la desvinculación pone en riesgo los derechos fundamentales de en este caso la demandante, donde la edad de aquella es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse, junto con el hecho de que el sueldo sea la única fuente de ingresos de esta o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero¹². Así lo ha indicado la Corte Constitucional¹³:

«[...] En todo caso, a pesar de haberse superado el contexto de la renovación de la administración pública como requisito para ser considerado sujeto de especial protección constitucional en el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en el caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse junto con el hecho de que el salario sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero [...]».

Se hace necesario resaltar que en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional¹⁴ SU/003 de 2018 se sostuvo que los servidores prepensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad:

«[...] Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de 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 [...]».

En cuanto a los requisitos para acceder a la pensión en el RAIS advirtió:

«[...] 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 [...]».

Se tiene entonces que la sentencia de unificación de la Corte Constitucional circunscribió la calidad de prepensionados a quienes acrediten los dos requisitos (edad y semanas de cotización o capital necesario) para obtener el derecho a la pensión de vejez, pues cuando el único requisito

faltante para ser beneficiario de la prestación es la edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada.

Ø Del régimen de ahorro individual con solidaridad

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993 prevé que para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad se requiere un capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente:

«Requisitos para obtener la pensión de Vejez. 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. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre».

Conforme a la normativa y jurisprudencia en cita, se advierte que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, el sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, estos últimos son requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida.

Ø La causal de retiro con derecho a pensión prevista en el parágrafo 3.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 y en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004

La Ley 100 de 1993, en el artículo 33, señaló los requisitos para obtener el derecho a la pensión de vejez y en el parágrafo 3 previó: «No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso»¹⁵.

En concordancia con lo anterior el artículo 150 *ibidem* admitió la posibilidad de reliquidación del ingreso base para calcular la pensión, para aquellas personas que ya hubieran sido notificadas de la resolución del otorgamiento de la prestación y que aún se mantuvieran en el cargo, con la inclusión de los sueldos devengados con posterioridad a que se les hubiera informado del reconocimiento. En el parágrafo de la misma disposición normativa indicó «No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso».

Más adelante, la Ley 797 del 29 de enero de 2003 modificó la Ley 100 de 1993 y concretamente, en lo relevante al particular, en el artículo 9.º, previó una justa causa de retiro del servicio aplicable sin distinción a los servidores públicos y a los trabajadores del sector privado, en los casos en que estos cumplan los requisitos señalados para tener derecho a una prestación pensional, en los siguientes términos:

«Artículo 9º. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

(...)

Parágrafo 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. [...]».

Del aparte transcrito, se concluye lo siguiente:

1. La disposición en cita rige para los trabajadores del sector privado, los servidores públicos y los trabajadores oficiales.
2. Es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el hecho de que el trabajador o empleado cumpla con los requisitos determinados en la ley para obtener la pensión y, como consecuencia de ello, le haya sido reconocida o notificada el reconocimiento de la prestación por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.
3. El inciso segundo del parágrafo en comento previó que en caso de que el trabajador o servidor público habiendo consolidado su estatus pensional, no solicite el reconocimiento de la prestación pensional, podrá el respectivo empleador, transcurridos 30 días, efectuar la referida solicitud ante las administradoras del sistema general de pensiones.
4. La expresión *podrá* referida a la posibilidad que tiene el empleador de disponer el retiro del trabajador o servidor público, supone el ejercicio de una potestad por parte del nominador para decidir sobre la permanencia en el servicio del empleado, a pesar de que se verifique el reconocimiento prestacional.
5. Se advierte que el parágrafo 3.° del artículo 9.° de la Ley 797 de 2003 derogó tácitamente el parágrafo único del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, toda vez que este último señaló que «no puede obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso», contenido normativo que se opone a lo señalado en la Ley 797 de 2003.

En relación con esta misma causal, es importante tener presente que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3.° del artículo 9.° de la Ley 797 de 2003 en la sentencia C-1037 del 5 de noviembre de 2003. En esa oportunidad, dicha Corporación consideró, que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política el legislador contaba con un amplio margen de configuración de las causales de terminación de una relación laboral, limitada por la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores.

En lo atinente a la causal de retiro del servicio bajo estudio, la mencionada Corte encontró que resultaba razonable, para lo cual tuvo en cuenta que la persona que haya obtenido el reconocimiento de la pensión y es retirada del servicio, tiene la posibilidad de disfrutar de los ahorros que ha acumulado durante toda su vida laboral lo que, que en la práctica impide, una situación de orfandad prestacional y, adicionalmente, porque la separación del servicio en esas condiciones materializa el derecho a la igualdad, al permitirle a otras personas acceder al mercado laboral.

Sin embargo, la providencia en cita, en aplicación de la garantía efectiva de los derechos¹⁶, estimó que para disponer el retiro del trabajador o servidor público, no es suficiente la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, sino que también es necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente, con el fin de que el cambio de estatus no implique la privación de un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del sujeto que sea separado del empleo.

Posteriormente, la Ley 909 de 2004 en su artículo 41, literal e) retomó la causal de retiro con derecho a pensión, haciéndola extensiva no solo a empleados de carrera administrativa sino a quienes ocupen empleos de libre nombramiento y remoción, norma que a su vez, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005, condicionada a que con el fin de garantizar la efectividad de los derechos del pensionado y asegurar su digna subsistencia, dicha causal solo podía operar a partir del momento en que se hace efectivo ese derecho, es decir, «a partir de la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la entidad».

De conformidad con el sumario normativo y jurisprudencial sobre el tema, en el plenario se aportaron los siguientes medios de prueba relevantes a efectos de resolver el problema jurídico planteado:

- Acorde con el extracto expedido por PROTECCIÓN S.A. la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa es afiliada a pensión en el Régimen de Ahorro Individual desde el año 1995 y al 30 de septiembre de 2016 tenía un capital acumulado por valor de \$319.774.408 (folios 146 a 150).

- En el oficio fechado 14 de abril de 2015, expedido por la jefe encargada del Área de Prestaciones del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., mediante el cual se dio respuesta a la petición elevada por la señora Peñaranda Correa respecto una proyección del monto de su pensión de vejez, se señaló:

«[...] Efectuamos la proyección de su mesada en el Régimen de Ahorro Individual al cual usted se encuentra afiliada, siendo fundamental aclarar que se trata de una proyección y por tanto son cálculos tentativos que no representan obligaciones para Protección [...].

El cálculo se realiza proyectado a la edad de 57 años, teniendo en cuenta su capital actual, su edad y se tomó como supuesto que seguirá efectuando cotizaciones al Sistema de pensiones con base en el salario de \$10.739.000.

En conclusión el cálculo se efectuó con las siguientes variables:

Capital cuenta individual a fecha de pensión: \$313.483.917

Valor bono pensional actualizado y capitalizado a hoy: \$0

Cotizaciones a partir de la fecha y hasta que cumpla los 57 años con base en el salario de \$10.739.000.

Valor de la mesada a pensión a edad de pensión (57 años) \$1.419.483». (Folios 68 a 69).

De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, en primer lugar, no se discute que el cargo que desempeñaba la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa como asesora código 1020, grado 16 en el Ministerio de la Protección Social y antes en la Comisión de Regulación en Salud, CRES, es de libre nombramiento y remoción, conforme se analizó en procedencia.

En segundo lugar, se observa que la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa invoca la protección de la condición de prepensionada, que supone la proximidad de cumplir los derechos a la pensión, circunstancia que hace necesario verificar su situación frente al derecho pensional.

Del material probatorio allegado, se concluye que para la fecha en la que el nominador declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, esto es, 16 de mayo de 2016, aquella ya contaba con el dinero necesario en el fondo privado para obtener derecho a su pensión de vejez, se resalta que no era necesario que la demandante esperara a cumplir los 57 años como erradamente lo adujo en el recurso de apelación para ser beneficiaria de dicha prestación.

Lo anterior, por cuanto conforme a la ley y a la jurisprudencia, en dicho régimen no se requiere para obtener el estatus de pensionada la edad y tiempo de servicio o cotizaciones tal como ocurre en el régimen de prima media con prestación definida, solo que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permita obtener una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente, lo cual ocurrió en el *sub lite*.

Lo anterior lleva a entender que ya no tenía la calidad de prepensionada, por lo que no puede inferirse que la administración desconoció las prerrogativas que de esa condición emanan. En consecuencia, podía ser retirada del servicio sin restricción alguna, pues se reitera, no tenía la estabilidad laboral reforzada habida cuenta de que ya tenía el ahorro necesario para obtener el derecho pensional en el RAIS al cual se encontraba afiliada, en condiciones dignas y no se hacía necesario el cumplimiento de la edad para disfrutar su derecho pensional.

Con todo, la parte demandante tampoco acreditó la afectación de sus derechos fundamentales con ocasión de la desvinculación, pues como se expuso en precedencia, la sola condición de prepensionada no hubiera sido suficiente para enervar la potestad de libre remoción¹⁷. En consecuencia, era plausible para la entidad demandada hacer uso de la facultad discrecional que le permitía retirar del servicio a la señora Peñaranda Correa, quien para la fecha se desempeñaba en el cargo de asesora, código 1020 grado 16 en el Ministerio de Salud y Protección Social.

Ahora, si bien al momento de declaratoria de insubsistencia la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa aún no se le había reconocido pensión, lo cierto es que en el presente asunto no se hace evidente la afectación de los derechos que dicha medida busca proteger, entre ellos, el mínimo vital, toda vez que podía acudir de forma inmediata al fondo de pensiones Protección S.A. al cual se encontraba afiliada con el fin de que le reconocieran su prestación, pues como se probó, ya contaba con el capital necesario para acceder a ella, sin que se acreditaran perjuicios adicionales derivados de tal decisión.

Aunado a ello, las circunstancias personales de la demandante por su trayectoria profesional, preparación académica (abogada, folio 113 y licenciada en ciencias sociales, folio 115, además de varias especializaciones según se advierte de folios 116 a 119) y las demás circunstancias favorables (como el salario que percibía en el empleo), indican que contaba con los medios necesarios para satisfacer su mínimo vital mientras se le reconocía su pensión. Adicionalmente, no probó tener hijos menores dependientes sin las condiciones necesarias para realizar una actividad productiva, por ende no se vislumbra una condición para invocar una protección especial.

Se hace necesario destacar que las invitaciones a la señora Peñaranda Correa a charlas dirigidas a prepensionados por parte de la entidad demandada, no se traduce *per se* en una desviación de poder como lo aduce la libelista en el recurso de alzada, pues dicha circunstancia solo da cuenta de que el Ministerio de Salud y Protección Social brindaba información y capacitación a sus empleados respecto de la estabilidad laboral de las personas prepensionadas, por lo que su participación en tales conferencias no significa que tenga esta calidad, dado que deben cumplir unos requisitos previstos por la ley y la jurisprudencia para tener tal condición.

En conclusión: pese a que la protección de estabilidad laboral de prepensionados aplica a los empleados de libre nombramiento y remoción, la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa no tenía tal condición, puesto que para el momento de la expedición de la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016, que declaró la insubsistencia de su nombramiento como asesora, código 1020, grado 16 en el Ministerio de la Protección Social, ya había acumulado el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al que se encontraba afiliada.

De otra parte, con la expedición del acto demandado la administración no desconoció a la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa el derecho a permanecer en el cargo hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso, pues aunque la decisión de retiro se encontrara supeditada al reconocimiento pensional y a la inclusión del peticionario en nómina de pensionados, en atención a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el nominador sigue siendo titular de la potestad para decidir sobre la permanencia en el servicio del empleado con vinculación de libre nombramiento y remoción, sin que se haya demostrado en este caso la vulneración de derechos de raigambre constitucional, entre ellos, el mínimo vital.

Segundo problema jurídico

¿La declaratoria de insubsistencia de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa a través de la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016 quien se desempeñaba en el cargo de asesora, código 1020, grado 16 del Ministerio de Salud y Protección Social, desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la Constitución y la ley a la administración?

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: con la expedición del Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016 a través del cual se desvinculó del servicio a la demandante, no desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad que discrecional de la entidad demandada, tal y como pasa a explicarse.

De la motivación del acto administrativo

Ahora bien, respecto, de la regla de no motivar el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es preciso señalar que esta Subsección la ha justificado en varias ocasiones, en el entendido de que la discrecionalidad para retirar a esta clase de funcionarios bien puede producirse por el nombramiento de otro empleado de confianza que reclama este tipo de cargos. En efecto, en sentencia del 8 de marzo de 2018¹⁸ se indicó:

«[...] Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza.

Por ende, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han 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. [...]» (Subrayas de la Sala).

Conforme a lo anterior, es claro que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requieren de motivación, sin embargo, el ejercicio de dicha facultad exige unos límites que deben ser acatados por el nominador. Bajo este entendido, habrá de analizarse si la desvinculación de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa fue adecuada a los fines de la norma que autoriza dicha potestad y fue proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Ø Límites constitucionales y legales para ejercer la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹⁹, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la

trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

En virtud de lo anterior, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

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

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2, contempla la facultad discrecional de remover a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado²⁰ 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.

Asimismo, la Subsección ha sostenido²¹ que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala: «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», contenido normativo que supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

Ø La desviación de poder

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas no gozan de autonomía. Al contrario, el poder público es heterónomo, porque la normativa que regula dichas funciones prevé deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6 de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Conforme a ello, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»²².

Sobre la desviación de poder, se ha entendido que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder²³ es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]

[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]»²⁴

Por lo tanto, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente contestó la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales. Algunos incluso sostienen que en el derecho administrativo no es necesario hablar de la constitucionalización, porque por su naturaleza es constitucional.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley²⁵. En esos términos, al tratarse de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, el Consejo de Estado²⁶ ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, desde esta misma óptica, al respecto:

«[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse²⁷.

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

Cabe resaltar, que sobre la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad

de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta Corporación²⁸ ha sostenido lo siguiente:

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

Ø Declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por la demandante

En virtud de los precedentes razonamientos y de cara al *sub lite*, en el presente caso, se reitera que no está en discusión que el cargo denominado asesor, código 1020, grado 16 del Ministerio de Salud y Protección Social, que desempeñaba la demandante es de libre nombramiento y remoción, como quedó analizado anteriormente según las normas vigentes para la fecha de su vinculación y retiro del servicio.

Ahora bien, del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016, visible a folio 30, por la cual la administración ordenó el retiro del servicio de la demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era en uso de las atribuciones constitucionales y legales, especialmente las conferidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. En este sentido, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción conlleva que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda. En este sentido, es indispensable que con pruebas así lo demuestre, en cumplimiento de la carga procesal señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual «[...] incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]».

En virtud de las consideraciones legales y jurisprudenciales expuestas dentro del plenario se acreditó lo siguiente:

Documentales:

Ø Mediante Resolución 229 del 18 de noviembre de 2010 la coordinadora ejecutiva de la Comisión de Regulación en Salud, nombró a la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa en el cargo de asesora, código 1020, grado 16 (folio 34).

Ø Por medio de Resolución 4221 del 11 de diciembre de 2012 el ministro de Salud y Protección Social incorporó a la planta de personal de dicha entidad a entre otras personas, a la señora Peñaranda Correa (folio 36 anverso y reverso).

Ø Posteriormente, la demandante fue declarada insubsistente mediante Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016, expedida por el ministro de Salud y de la Protección Social, a partir del 16 de mayo de la citada anualidad, cuando ocupaba el cargo de asesora, código 1020, grado 16 adscrito al Despacho de la Viceministra, empleo que se encuentra catalogado como de libre nombramiento y remoción (folio 30).

Ø Ante la anterior decisión, la demandante elevó escrito el 13 de mayo de 2016 en el cual solicitó se reconsiderara dicha decisión (folio 32).

Ø La anterior petición fue resuelta por parte del Ministerio de Salud y Protección Social de forma negativa a través de Oficio 201644000996001 del 1.º de julio de 2016 (folio 31 anverso y reverso).

Ø Conforme a certificación expedida por la subdirectora de Gestión de Talento Humano del Ministerio de la Protección Social de fecha 28 de abril de 2013, se hizo constar que la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa se vinculó a la Comisión de Regulación en Salud, CRES desde el 1.º de diciembre de 2010 y a partir del 11 de diciembre de 2012, fue incorporada en la planta de personal del Ministerio de Salud y Protección Social (folio 37).

Ø Documentos de la hoja de vida de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa, los cuales dan cuenta de que es abogada y licenciada en ciencias sociales, con 2 especializaciones, una maestría y una experiencia laboral de 26 años 11 meses en el ámbito público y privado (folios 113 a 132).

Ø Por medio de Resolución 2379 del 10 de junio de 2016 se nombró al señor Gilberto Torres Torres en el cargo de asesor, código 1020, grado 16 en el Ministerio de Salud y Protección Social, empleo del cual tomó posesión el 16 de junio de 2016 (folio 89 y 469).

Ø Documentos contentivos de la hoja de vida del señor Gilberto Torres Torres, remitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, que permiten advertir que es ingeniero catastral y especialista, con más de 20 años de experiencia laboral. Asimismo, se aportaron acuerdos de gestión laboral en el Ministerio de Salud y Protección Social (folios 111 a 112, 234 a 305, 349 a 388 y 420 a 436).

Ø De igual forma, se advierten unas incapacidades del año 2016 e historia clínica del señor Torres Torres (folios 391 a 418, 437 a 452, 503, 508, 516 a 517, 520).

Testimoniales

De igual manera, dentro de la audiencia de pruebas, se practicaron los siguientes testimonios, de los cuales la Sala se permite citar lo relevante:

Ø Álvaro León Muriel López (minuto 09:04 a 23:00 del cd visible a folio 596)

«[...] La razón por la que creo que estoy acá es porque yo trabajé durante algo más de 10 años con el Ministerio de Salud y Protección Social. He estado en dos ocasiones en planta, he estado muchísimos años como contratista. Entre 2001 y 2004 trabajé de planta como coordinador del régimen subsidiado del Sistema de Salud de la época, y posteriormente he sido asesor de Despacho y he sido asesor en varias de las direcciones del Ministerio.

Mi último cargo, después de haber trabajado tres años con la Comisión de Regulación en Salud, donde trabajé con la doctora Nelcy Peñaranda; trabajamos en el mismo cargo de asesor; el nivel era el mismo, cada uno era asesor de uno de los comisionados. Una vez se acabó la Comisión, fue liquidada, automáticamente pasé al Ministerio de Salud y Protección Social como asesor del Despacho del viceministro, pero tenía una obligación que era de subdirector de costos y tarifas de la seguridad social en salud, entonces ese fue mi trabajo durante un año, hasta que salí el 2 de marzo de 2014. Preguntado: cuéntenos lo que usted sepa en torno a la desvinculación de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa y desde qué perspectiva nos lo va a contar, quién era usted para el momento de los hechos. Contestó: para el momento de los hechos yo estaba trabajando ya en Bayern [...], entiendo que a la doctora Nelcy la declararon insubsistente por algunas razones que en algún momento comentamos, que me parecían un poco como fuera de lugar porque evidentemente, cualquiera de nosotros que haya sido asesor de la Comisión de Regulación, que básicamente reemplazó al Consejo Nacional de Seguridad Social en buena parte de las funciones, por virtud de la Ley 1122 de 2007, artículo 7.º, pues uno entendía que teníamos una cantidad de obligaciones como Comisión de Regulación y que posteriormente pasaban al Ministerio de Salud y Protección Social [...].

[...] Nelcy me llamó y me dijo lo que había sucedido con su salida del Ministerio, hicimos 2 o 3 comentarios sobre el particular y hace más o menos unos 2 meses me dijo que me iban a llamar para hacer parte de la audiencia de pruebas. Preguntado: ¿en forma directa entonces usted

no conoció nada sobre los hechos por los cuales ella fue desvinculada, porque ya para esa época, usted no estaba allí? Contestó: no estaba, simplemente me contaron. Me dijo que la razón que había argumentado del Ministerio para sacarla y que fue objeto incluso de nuestras conversaciones [...] era que ella no tenía experiencia en Sistema General de Seguridad Social Régimen Subsidiado.

Como lo he dicho, es difícil uno haber pasado por la Comisión de Regulación como asesor de comisionado y no tener un gran conocimiento de lo que es este sistema. Creo que la mayoría de nosotros y más ella como abogada, yo como coordinador técnico de la Comisión, pues obviamente nuestro conocimiento sobre el Sistema General de Seguridad Social en ambos regímenes es, no solamente muy bueno, sino que puede ser extraordinariamente bueno [...] y los asesores que estaban conmigo, especialmente Nelcy, tenían unas responsabilidades dentro de eso desde la Comisión de Regulación que como he dicho, pasaban muchas de esas funciones al Ministerio y, esto no lo puedo decir que asumo, sino que presumo, que parte de lo que le estaban pidiendo a ella en la Subdirección de Aseguramiento tenía que ver precisamente con régimen contributivo y régimen subsidiado. Por eso me llamó la atención la causal. Preguntado: ¿doctor Álvaro, sírvase informarle al Despacho si podríamos afirmar o no que la doctora Nelcy conocía el Sistema General de Seguridad Social en Salud? Contestó: para mí es un categórico sí. Claro que lo conoce, lo tenía que conocer y de hecho trabajamos en muchas cosas que ameritaban que nosotros supiéramos. Dicho de otra manera, yo no puedo hacer una reglamentación, y en la CRES hacíamos reglamentaciones casi todo el tiempo [...], sin conocer sobre lo que va a reglamentar. Entonces, ni siquiera es una presunción; para mí es una asunción.

[...].

La doctora Nelcy era la asesora de confianza de la doctora Marta Gualtero cuando fue vocera, por lo tanto, todos los temas de la Comisión de Regulación en Salud [...] tenían que pasar por el vocero y obviamente por la persona de confianza; en este caso, la doctora Nelcy. Preguntado: ¿indíqueme al Despacho si tiene conocimiento o le consta de cuál fue el trato que tanto a usted como a la abogada Nelcy Peñaranda le dieron en el Ministerio de Salud una vez fueron incorporados en diciembre de 2012? Contestó: la verdad, y puedo hablar por mí, si a mí me preguntaron la razón por la cual salí del Ministerio, tendría que decir que por maltrato laboral por parte de mi jefe inmediato, el señor Fely Hernández [...]. Con la doctora Nelcy, digamos que a veces es un poco difícil porque ella trabajaba en otro lado y cuando llega al Ministerio pues obviamente se presentaron algunas dificultades que tenían que ver más como con ese acoplamiento que a veces le da uno con la gente que le rodea en su trabajo.

Ella tuvo como primer jefe al doctor Luis Gonzalo Morales, con quien no tuvo ninguna dificultad, entiendo, pero después, el doctor Luis Gonzalo también salió del Ministerio, entonces hubo algunas situaciones que hacían notar que había como ciertas dificultades por parte de la doctora Peñaranda, que las comentaba en alguna eventualidad que pudimos conversar, pero no podría decir pues nombres o cualquier tipo de personas específicamente que hubieran ocasionado eso [...]. Preguntado: ¿doctor Álvaro, usted qué opinión le merece la doctora Nelcy? ¿Podríamos considerarla o no como experta en el diseño e implementación de políticas públicas en cuanto el régimen subsidiado de salud, desde la óptica que fueron compañeros en la Comisión de Regulación de Salud? Contestó: creo que decir que la doctora Nelcy no tiene una alta experticia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería una mentira. Creo que lo que dije al principio es absolutamente claro y eso nos faculta para hacer cierto tipo de regulaciones sobre el tema, además de su condición de abogada, que hace que obviamente interprete de manera un poco diferente la forma cómo se debe hacer una regulación, cómo se debe escribir un artículo, cómo se debe hacer un párrafo, la técnica jurídica, etcétera. Entonces digamos que tiene una gran cantidad de condiciones que le permitirían hacer cosas importantes dentro del sistema, incluidas las regulaciones».

Ø Testimonio de la señora Ana Elsa Camargo Quintana (minuto 24:40 a 37:25 del cd visible a folio 596)

«Preguntado: ¿Usted me puede decir si sabe por qué razón está en esta audiencia? Contestó: tengo entendido porque pues a ella la declararon insubsistente y ella asistió conmigo a los cursos de prepensionados dos años seguidos a cursos de prepensionados que el Ministerio nos invitó.

Preguntado: ¿cuéntenos todo sobre los hechos que dieron lugar a la insubsistencia de la demandante, señalándonos en especial usted por qué los conocía y quién era usted para esa época? Contestó: yo trabajaba en la parte contable, en la contabilidad del Ministerio y pues [...] nosotras nos conocimos con ella en la CRES y nos conversábamos, entonces yo me enteré que la habían declarado insubsistente, pero pues yo no conozco exactamente qué conllevó al Ministerio a declararla insubsistente. Pues yo sé que nos invitaron a los seminarios de prepensionados en Villa de Leyva, incluso pues a nosotras nos llegaba una comunicación donde nos decían que éramos prepensionadas [...]. Eso fue en el 2014 y en el 2015 el Ministerio volvió y nos invitó [...] y de igual manera compartimos el viaje y pues allá toda la actividad [...]. Preguntado: ¿indíqueme usted al Despacho si sabía o tiene algún conocimiento que para la fecha del retiro de la señora Nelcy, para el 16 de mayo de 2016, ella le contó o había algún rumor en el Tribunal que la doctora estaba próxima a pensionarse? Contestó: la prueba es que nos habían invitado al seminario de prepensionados en el 2014 y 2015 y pues se supone que todos los que nos invitaron; la invitación venía firmada por la doctora Nohora Teresa,

estábamos próximos a pensionarnos, incluida yo. Preguntado: doctora Ana Elsa, ¿hace usted referencia al Programa de Orientación al Retiro implementado por la Oficina de Talento Humano del Ministerio de Salud, esto es, que fueron invitados el 24 y el día 25 de noviembre del 2014 en Villa de Leiva y con anuencia de la honorable magistrada, le pongo de presente el documento visible a folio 269 del cuaderno anexo, simplemente para que nos indique si a usted también le llegó una comunicación idéntica a esta? Contestó: sí, efectivamente, pues obviamente venía con mi nombre y con mi cargo, pero sí, exactamente el mismo memorando. Preguntado: doctora Ana Elsa, en el mismo sentido, también le fue enviada comunicación el 4 de noviembre de 2015, invitándola al Programa de Orientación al Retiro a celebrarse los días 19 y 20 de noviembre de 2015, Lagomar Compensar, documento visible a folio 308 ¿usted recibió un documento parecido o casi idéntico? Contestó: sí, efectivamente. El memorando era para todo el mundo y también lo recibí pues a nombre mío. [...] Preguntado: ¿díganos si en las capacitaciones que usted menciona que fueron invitadas tanto a Villa de Leyva como a Lagomar, asistían solo prepensionados o existían otras personas en dicha capacitación? Contestó: solo prepensionados».

Ø Testimonio del señor Juan Pablo Murillo Rojas (minuto 37:43 a 45:36 del cd visible a folio 596)

«Preguntado: Por favor, nos informa su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, y si tiene algún vínculo con la demandante. Contestó: Juan Pablo Murillo Rojas, 55 años, soy odontólogo, psicólogo con especialización y maestría y sí conocí a Nelcy desde la CRES, cuando fui asesor y ella también se desempeñaba como asesora y en el Ministerio nos veíamos esporádicamente. [...] Preguntado: ¿fue usted citado a efectos de que nos informe lo que usted sepa en torno a la desvinculación de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa de cuando estuvo vinculada a la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social. Cuéntenos qué puede decirnos a este respecto? Contestó: pues cuando estábamos ya en el Ministerio, la condición laboral que nosotros tenemos pues yo la conozco [...] y se entiende que si uno ejerce el cargo de libre nombramiento, está supeditado a que en cualquier momento pueden prescindir del cargo de uno. Eso es lo que puedo decir. Preguntado: [...] ¿qué concepto o apreciación profesional, no personal, tiene sobre la doctora Nelcy? ¿Podríamos considerarla como experta en diseño y seguimiento de políticas públicas del régimen de seguridad social en salud a la doctora Nelcy? ¿O no tiene conocimiento, no tiene ni idea? Explique. Contestó: al laborar en la Comisión de Regulación en Salud, manejábamos todo lo que implicaba el Sistema General de Seguridad Social en Salud. De por sí, nosotros fuimos los que reemplazamos la Comisión Nacional de Seguridad Social en Salud y manejábamos todo lo que era la parte universal de salud, ya sea su régimen subsidiado, contributivo, lo que era el manejo de SOAT, tarifas, para el asunto también de inclusiones. [...] Yo considero que sí, más que nosotros fuimos asesores de los comisionados deberíamos tener el bagaje para poder manejar tanto el contributivo como el subsidiado [...]. Preguntado: ¿Señor testigo, usted nos puede informar si en la entidad existía otra persona que tuviera los mismos conocimientos o calidades de la demandante, que pudiera también colaborar en el trabajo que normalmente usted realizaba con la demandante? Contestó: [...] yo trabajé conjuntamente con Nelcy fue en la Comisión de Regulación en Salud. Una vez esta CRES se escindió, pasamos los técnicos al Ministerio, pero nosotros continuamos en la 72, cuando el viceministro nos dijo que pasábamos nosotros como asesores de Viceministerio, pero la doctora Nelcy se fue para el Ministerio y yo continué en la CRES. En esa época eran 5 comisionados y 5 asesores, pero todos teníamos el mismo bagaje».

Del material probatorio allegado, para la Subsección no queda duda de las condiciones académicas y profesionales de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa, sin embargo, al desempeñarse en un cargo considerado de libre nombramiento y remoción conforme la norma citada anteriormente, hacía procedente que el nominador válidamente la retirara del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional, sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido.

Aunado, debe señalarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le otorga al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público:

i) En ese orden de ideas, el hecho de que la hoy demandante hubiese realizado una excelente labor en el ejercicio de su cargo conforme lo advierten las testigos, no desdice de las aptitudes de quien la reemplazó, esto es, del señor Gilberto Torres Torres quien fue nombrado en dicho empleo el 10 de junio de 2016 (folio 469).

ii) Como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

Así mismo, como se indicó en precedencia la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida dentro de los parámetros de la razonabilidad y proporcional a los hechos que le sirven de

fundamento, acto administrativo que tiene presunción de que fue expedido en virtud de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción legal susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional.

Ahora, la parte demandante afirma que el acto administrativo enjuiciado a través del cual fue retirada del servicio, fue expedido con desviación de poder, ello en razón a que las calidades profesionales de su reemplazo son menores a las que ella posee, sin embargo, conforme las Resoluciones 00001 del 3 de noviembre de 2011²⁹ y 00800 del 17 de marzo de 2015³⁰ (folios 100 a 110) para el empleo denominado asesor, código 1020, grado 16, se requerían 56 meses de experiencia laboral relacionada y título, entre otros, de ingeniería catastral y geodesia, requisitos que cumplía el señor Torres Torres, dado que tenía más de 20 años de experiencia laboral y 10 aproximadamente en el sector salud (folios 111 a 112).

Pues bien, esta Sala de Decisión encuentra que al realizar un análisis en conjunto de las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento obedeció a fines distintos al mejoramiento del servicio.

En efecto, del examen de los documentos no se desprende lo afirmado en la demanda, en el sentido de que el nominador pretendió satisfacer intereses diferentes al buen servicio con el retiro de la demandante, aspecto que debió ser probado por parte de la parte demandante en razón al mandato del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, según el cual «[...] Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]».

Dicha situación, tampoco se evidencia de los testimonios practicados, pues todos son claros en señalar que la aquí demandante tuvo un buen cumplimiento de las labores a ella encomendadas en el desarrollo de sus funciones y que tenía amplio conocimiento del tema, no obstante ello, no tienen el conocimiento respecto del desempeño del señor Gilberto Torres Torres funcionario que la reemplazó.

En cuanto a las incapacidades del señor Torres Torres, ello por sí solo no constituye una prueba directa de que existió un desmejoramiento del servicio, pues no obra en el plenario cómo se afectó aquél, aunado, se aportaron al plenario acuerdos de gestión laboral entre su reemplazo y la entidad demandada que se cumplieron (234 a 305, 349 a 388 y 420 a 436), por tanto, dicha circunstancia no da cuenta de que el retiro del servicio obedeció a razones de carácter político o burocrático.

En todo caso, de las declaraciones recibidas tampoco se concluye que el acto de insubsistencia hubiera sido expedido con un fin torcido, además, no puede dejarse de lado que la especial confianza del nominador en el servidor de libre nombramiento y remoción es lo que justifica, en gran medida, su permanencia en el mismo y que es precisamente lo que habilita para que disponga su retiro de manera discrecional.

En este sentido, no es una exigencia que quien ocupa el cargo en reemplazo de la señora Peñaranda Correa, deba tener más estudios y mejor experiencia profesional, como se ha asegurado en el desarrollo del proceso, solo se requiere que cumpla con los requisitos mínimos de experiencia y preparación académica para el desempeño del cargo, los cuales cumplió conforme se analizó en párrafos anteriores.

En consecuencia, se concluye que con el retiro de la demandante no se desmejoró el servicio, pues su reemplazo además de cumplir con los requisitos exigidos por la Constitución y la ley para desempeñar el cargo de asesor, código 1020, grado 16, ejerce su labor de forma competente y responsable, pues no se demostró lo contrario en el curso del proceso.

La Subsección debe precisar que, de acuerdo con lo explicado en precedencia en esta providencia, quien es escogido para proveer un empleo de libre nombramiento y remoción lo es en consideración a la confianza con respecto al nominador, razón que también permite a este, disponer libremente sobre el retiro, sin que sea necesario u obligatorio expresar los motivos que lo llevan a adoptar tal decisión, en tanto se presume que es emitida en aras de mejorar el servicio público.

En resumen, de acuerdo con lo expuesto, se verificaron los siguientes aspectos en el *sub examine*:

Ø La naturaleza del empleo de asesora, código 1020, grado 16 en Ministerio de Salud y Protección Social, es de libre nombramiento y remoción.

Ø Las calidades profesionales y personales de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa no le otorgaban fuero de estabilidad en el cargo.

Ø No se desmejoró el servicio, en razón a que no se demostró que la labor llevada a cabo por la persona encargada de sus funciones, desarrolló las actividades en condiciones inferiores en las que se venía ejerciendo.

Ø No se demostró que la decisión de desvinculación obedeció a represalias, motivos de índole personal u otros distintos del mejoramiento del servicio.

Colofón de los razonamientos expuestos, se considera que el contenido del acto demandado cumple las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio. Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le correspondía allegar todos los elementos probatorios tendientes a demostrar que la medida adoptada no tuvo dichas finalidades, lo que en el *sub lite* no ocurrió.

En relación al argumento aludido por la demandante en el recurso de apelación en el sentido de que el acto de insubsistencia no era tan discrecional como lo quiso hacer ver el nominador, toda vez que las verdaderas razones de su retiro se plasmaron en el documento suscrito el 11 de mayo de 2016 por el ministro de Salud en el cual se señaló la necesidad de vincular un profesional «con experiencia en el diseño, implementación y seguimiento de políticas públicas en la operación del régimen subsidiado de salud», se advierte que dicho documento da cuenta del cumplimiento del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968³¹, esto es, dejar constancia del hecho o de la causa del retiro en la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción (folio 323 del cuaderno de antecedentes administrativos), esta situación no genera la nulidad del acto demandado, ni puede calificarse como una desviación de poder, toda vez que dicha constancia no hace parte del acto administrativo de insubsistencia.

En conclusión: con la declaratoria de insubsistencia de la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa en el cargo de asesora, código 1020, grado 16 del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 0001748 del 11 de mayo de 2016, no se demostró fines distintos al mejoramiento del servicio, por ende, no se puede predicar una desviación de poder en la expedición del acto administrativo demandado.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 12 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016³² sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.

b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³³, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público³⁴.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, se condenará en costas a la demandante y a favor de la entidad demandada, toda vez que resultó vencida en esta instancia y el Ministerio de Salud y Protección Social intervino en sede de apelación. Las costas serán liquidadas por el *a quo* acorde con lo regulado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 12 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, que denegó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Nelcy Ruth Peñaranda Correa contra el Ministerio de Salud y Protección Social.

Segundo: Condenar en costas en segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma «SAMAI».

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.
2. Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).
3. «Por el cual se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta del Ministerio de Salud y Protección Social».
4. *Ibidem*.
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-00420-01(3613-15).
6. 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.
7. Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.
8. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Ver también Corte Constitucional sentencia T-186 de 2013.
9. Sentencia T-862 de 2009.
10. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013.
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Radicado No. 250002325000201201184 01 (2130-2016).
12. T-357 de 2016.

13. Corte Constitucional, Acción de tutela, Sentencia T-357 del 6 de julio de 2016.

14. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Referencia: T- 5.712.990.

15. Reglamentado por el Decreto 2245 de 2012.

16. Constitución Política. «Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.[...]».

17. Al respecto ver la sentencia del 8 de febrero de 2018, Sección Segunda, Subsección A. Radicado: 250002325000201201184 01 (2130-2016).

18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16).

19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016, número interno 3685-2013.

20. Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3.215.182.

21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16).

22. Atienza, Manuel; Ruíz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.

23. La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.

24. Eduardo García de Enterría; Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998, pp. 31 y 36.

25. Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.

26. *Ibidem*.

27. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).

28. Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).

29. «Por el cual se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta del Ministerio de Salud y Protección Social».

30. *Ibidem*.

31. Cuyo objeto es el de regular «la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público».

32. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

33. «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

34. Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:07:11