



Sentencia 00280 de 2012 Consejo de Estado

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Régimen de carrera administrativa / PROCURADOR JUDICIAL - Naturaleza del cargo

De las pruebas allegadas al expediente, se puede establecer, que el cargo ocupado por la actora, Procurador Judicial II Administrativo de Pereira, Código 3PJ, Grado EC corresponde a los de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que justifica al Procurador General de la Nación para que pueda disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 262 DE 2000 - ARTICULO 182 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 279

RETIRO DEL SERVICIO - Facultad discrecional / INSUBSISTENCIA - Cargo de libre nombramiento y remoción / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - No gozan de fuero de relativa estabilidad laboral

La situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable por cuanto consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo. Así las cosas, si el artículo 209 de la Constitución contempla que "...la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...", la facultad discrecional debe propender por lograr este contenido, V. gr., el interés general y los principios allí previstos, materializados en las necesidades y mejoramiento del servicio, así como por razones de éste. Es decir, no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico; por consiguiente, y tal como se mencionó en el acápite anterior, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio, entre otros.

ACTO DE INSUBSISTENCIA - Anotación en la hoja de vida / ANOTACION EN LA HOJA DE VIDA - No afecta la validez del acto administrativo

Sea la oportunidad para recordar, que si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, determinó que se debe anotar en la hoja de vida el motivo por el cual se produjo el retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, y no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. Quiere decir lo anterior, que si bien en el plenario no aparece probado que se haya dejado anotación en la hoja de vida sobre el motivo que dio lugar al retiro de la demandante, tal hecho no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que, además, no constituye elemento de aquél.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012).

Rad. No.: 66001-23-31-000-2008-00280-02(1781-12)

Actor: NOHORA LUZ MURILLO CARDENAS

Demandado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de abril de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Nohora Luz Murillo Cárdenas en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA¹

NOHORA LUZ MURILLO CÁRDENAS en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Risaralda declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 1340 de 20 de mayo de 2008, suscrita por el Procurador General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de la señora Nohora Luz Murillo Cárdenas del cargo de Procurador 38 Judicial II Administrativo de Pereira, Código 3PJ, Grado EC.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reintegrarla al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro o a uno de igual o superior categoría, sin solución de continuidad.
- Pagarle los salarios y todas las prestaciones dejadas de percibir desde la fecha del retiro, hasta cuando el reintegro se produzca.
- Pagar la condena en costas.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

Estuvo vinculada a la Procuraduría General de la Nación desde el 10 de agosto de 2006, como Procuradora Judicial en asuntos administrativos, hasta la fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento, esto es, el 20 de mayo de 2008.

Aseguró, que le faltaba poco para pensionarse para el momento en que fue retirada, pues nació el 11 de septiembre de 1954.

En desarrollo de sus funciones, recibió un puntaje superior a las estadísticas suministradas por el Procurador 1º Delegado ante esta Corporación, que la posicionaba en cuarto lugar a nivel nacional. No obstante, la mencionada calificación se vio afectada con ocasión a la reforma que se presentó en la metodología para valorar el trabajo de los delegados de la Procuraduría, ya que se basó en un puntaje cualitativo, lo que modificó su posicionamiento en la calificación en tanto la ubicó, con la nueva metodología, por fuera de los 22 puestos que fueron merecedores de felicitación por parte del Procurador General de la Nación.

Destacó, tanto su experiencia laboral como académica, para ello realizó un recuento de algunas de las especializaciones que ha efectuado y de los cargos que ha ocupado.

De otro lado, al momento en que conoció la determinación del nominador por medio del acto cuestionado, solicitó reconsiderar la medida bajo el argumento de encontrarse próxima a pensionarse, sin embargo, el Secretario General le contestó que el acto está amparado en la facultad discrecional que la Ley le otorga al Procurador frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

En su remplazo fue nombrado el señor Luís Alberto Cardona Márquez, quien en su sentir, a pesar de haber ocupado anteriormente el cargo de Asesor, Grado 24, no cuenta con la experiencia y capacitación propia para desempeñar el cargo que ella venía ejerciendo.

En síntesis, la *“causa petendi”*² encuentra su sustento en la terminación del vínculo legal y reglamentario de los motivos distintos a la mejora del servicio, pero además, *“en la confianza legítima construida de alcanzar el derecho a la pensión”*, ya que sólo le faltaban 12 meses para adquirir tal derecho.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 25, 53, 122, 123 inciso 2, 209 y 207.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 36, 84 y 85.

Del Decreto 2400 de 1968, los artículos 26 y 61.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 33 parágrafo 3.

El actor consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por los siguientes cargos:

- i. Ilegalidad sustantiva por ignorar la estabilidad relativa del empleado público próximo a pensionarse.

Alega que se desconoció el parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993³ y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁴, pues ha sido clara en manifestar que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, pues con ello se garantiza al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la primacía de los derechos fundamentales.

En esos términos aseguró que la jurisprudencia constitucional ha optado por asegurar los derechos de los funcionarios públicos que están próximos a pensionarse con un término no inferior a 5 años, en esas condiciones no pueden ser despedidos sin justa causa *“por el contrario, pueden seguir trabajando y cotizando durante cinco años más para completar los requisitos de la pensión de vejez o uno de ellos si ya se tiene*

el otro”.

Es evidente que la desvinculación del servicio público debe responder siempre a criterios, objetivos y razonables, en aras a garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, la separación del servidor debe ser el resultado de una valoración de sus condiciones particulares en cada caso en concreto, las cuales determinan en qué momento debe ser desvinculado, aún cuando se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción.

Por lo anterior, adujo, no puede invertirse *“la carga pública de la temporalidad del servidor”* a la absoluta discreción del nominador para prescindir de un funcionario público, por cuanto se estaría recayendo en arbitrariedad y se dejaría de lado, el respeto de los derechos de aquél funcionario por atender pretensiones particulares.

ii. Ilegalidad del acto administrativo por prescindir del mejoramiento del servicio.

Tal y como se indicó anteriormente, advirtió la actora, la potestad de la administración pública, dada su naturaleza jurídica, no puede atender consideraciones personales o arbitrarias; es por ello que, tal determinación puede ser desvirtuada con una prueba que denote que la persona que la remplazó tenga un menor mérito o calificación.

Siguiendo con este planteamiento señaló que, su hoja de vida y los altos puntajes alcanzados por ella, permiten constatar *“el verdadero alcance de su estabilidad en el cargo, así como su idoneidad”*; de manera entonces que la determinación del Procurador General de la Nación estuvo lejos, del concepto de mejorar el servicio.

Luego de citar una posición doctrinal, respecto de la facultad discrecional⁵, afirmó que el acto administrativo que retira a un funcionario de libre nombramiento y remoción implica la facultad de la administración pública la cual no puede confundirse, reiteró, con arbitrariedad; de hecho, la Ley obliga al nominador a seguir con los fines de la administración pública.

En el mismo sentido, si bien es cierto, los artículos 136 y 182 de las Leyes 201 de 1995 y 262 de 2000, respectivamente, le otorgaron al Procurador General de la Nación, la facultad de disponer de la planta de personal, también los es que, estas disposiciones están encaminadas a obtener el mejoramiento del servicio, *“por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro para proferir la decisión, pero no así, su desagregación absoluta de expuesto fin (sic)”*.

iii. Ilegalidad manifiesta por la modificación arbitraria del método de evaluación a las delegadas y sus consecuencias en la estabilidad del funcionario.

Alegó, que recibió una calificación inferior a la efectivamente alcanzada, debido a la irregular modificación del método de evaluación. En efecto, ya que dicho método pasaría de ser cuantitativo, basado exclusivamente en el número de actuaciones ante la jurisdicción por parte de los delegados, a cuantitativo - cualitativo, éste último dispuesto por el Coordinador de los Procuradores.

Lo anterior implicó, que se alterara su calificación, y por ende, facilitara su remoción, pues por medio de la Circular No. 047 de 10 de septiembre de 2004, la cual estableció los indicadores definidos previamente por el Memorando No. 010 de 9 de septiembre de 2004, aquél funcionario que obtuviera el puntaje mínimo, estaría inmerso en uno de los criterios relativos a la permanencia en el cargo. Es más, la Circular No. 014 de 25 de abril de 2005, indicó que si alcanzaban 160 puntos mensuales por las actuaciones realizadas, podían permanecer en su empleo.

Anotó, que la modificación y ocultación de dicha metodología, hace evidente la violación al debido proceso y al principio de buena fe, al momento en que se alteró la manera en que el funcionario es evaluado, por cuanto no existe la mínima posibilidad de variar su conducta a un nuevo método de valoración. Al respecto sostuvo:

“Todo lo señalado resultó novedoso para el servidor quien no tendría por qué haber advertido una modificación en la manera en que ejercía sus funciones de cara a obtener una buena calificación, y así conservar su nombramiento, puesto que las reglas de calificación cambiaron al momento mismo de hacerla, y no previamente, cuando el funcionario podría acertar en su comportamiento y mejorar sustancialmente su ejercicio de conformidad con las reglas de evaluación prefijadas”

Entre tanto, si la facultad para evaluar a un funcionario está inmersa en principios que rigen la justicia disciplinaria y la función pública en general, tales como, transparencia, moralidad, eficiencia, entre otros, lo cierto es que el ente demandado no persiguió ninguno de estos supuestos, como quiera que fue removida de su empleo sin tener en cuenta sus capacidad e idoneidad.

También se violó el debido proceso por medio del Memorando No. 009 de 2007, ya que además de no haber protegido el principio del mejoramiento del servicio, estableció reglas distintas a las señaladas previamente a la manera en que finalmente estableció la calificación de cada funcionario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demandante, en los siguientes términos (folios 155 a 177):

Al desarrollar la supuesta desviación de poder por un cambio en la calificación mensual, expuso diferentes criterios doctrinales⁶ para concluir

respecto de esta causal, que es deber de la parte actora demostrar que el Procurador General de la Nación al expedir la Resolución No. 1340 de 2008 actuó por fuera del interés general y por motivos ocultos.

En esas condiciones, la calificación cualitativa no tiene nada que ver, ni mucho menos existe una relación de causalidad con la decisión de insubsistencia contenida en el acto acusado, debido a que las calificaciones están a cargo de la Coordinación de Procuradores Judiciales en Asuntos Administrativos y no del Procurador General de la Nación, quien fue en últimas quien expidió dicho acto.

Lo anterior demuestra la falta de claridad en la demanda, ya que al pretender demostrar la desviación de poder alega situaciones de tipo administrativo y funcional de la entidad, como lo son datos estadísticos que maneja la citada Coordinación. Entonces, la calificación cualitativa efectuada no es la causal o motivo para la declaratoria de insubsistencia, máxime que quien realiza la calificación es diferente a quien toma la determinación de despojarla del cargo.

En cuanto al nombramiento efectuado al señor Luis Alberto Cardona Márquez, precisó que además de realizarse bajo la figura de encargo, él cumplía con los requisitos necesarios establecidos en los artículos 127 y 128 de la Ley 270 de 1996; aunado a lo anterior, la actora no demostró un desmejoramiento del servicio de las funciones de intervención y conciliación adelantadas por la Procuraduría Judicial II de Asuntos Administrativos, lo que en su sentir, deja sin fundamento la causal invocada.

Dicho de otro modo, la parte actora no cumple la carga de la prueba para predicar el desmejoramiento del servicio que permita desvirtuar la presunción de legalidad que trae implícita la facultad discrecional, pues el simple hecho de que el remplazo no cuente con iguales o superiores calidades académicas o experiencia laboral, no es suficiente para predicar la desviación de poder como causal de nulidad del acto cuestionado.

Para finalizar aseguró que, la entidad en ningún momento tuvo conocimiento del régimen pensional aplicable a la actora, ni mucho menos, la normatividad que le era aplicable; además, frente a este tópico en particular, esta Corporación⁷ ya se pronunció anteriormente en la Acción de Tutela donde obró la señora Murillo Cárdenas como accionante.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia del 26 de abril de 2012, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Nohora Luz Murillo Cárdenas en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación, en los siguientes términos (folios 315 a 331):

En lo que tiene que ver con la calificación realizada a los Procuradores Judiciales respecto de la gestión que desempeñan y el método empleado, se encontró por parte del A - *quo*, que no existe evidencia alguna que indique que fue la variación de la calificación la que llevó al Jefe del Ministerio Público a tomar la determinación de declarar insubsistente el nombramiento de la actora. Todo lo contrario, lo que se evidencia es que la entidad afirmó, oportunamente, haber tomado la determinación en ejercicio de la facultad discrecional con la que se encuentra investido el nominador.

Entonces, *“quien pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional”* en procura de la declaratoria de un acto como el del presente asunto, debe acreditar de manera certera que la decisión estuvo totalmente alejada de los fines de la función pública y en procura del mejoramiento del servicio. Siendo así, la demandante, a pesar de contar con diversos estudios de posgrado y con un destacado papel profesional, ello por sí solo no le confiere un fuero de estabilidad en el cargo desempeñado, ni mucho menos la *“aptitud”* para enervar la presunción de legalidad del acto demandado.

En lo que tiene que ver con el argumento expuesto por la actora referente a que su remplazo no contaba con las condiciones necesarias para ocupar un cargo como el que venía ejerciendo, continuó el A - *quo*, éste no puede ser de recibo, primero, porque el señor Cardona Márquez fue nombrado en encargo, lo que implica que su designación no tenía vocación de permanencia y, segundo, puesto que la mera comparación de títulos y el tiempo de ejercicio no basta para demostrar el desmejoramiento del servicio.

En el mismo sentido, si bien es cierto el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 estableció que en tratándose del ejercicio de la facultad discrecional el nivel ejecutivo debe dejar constancia en la hoja de vida de los motivos que llevaron al nominador a adoptar la decisión con el fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de la medida, no lo es menos que, en el presente caso *“debe tomarse en consideración que los procuradores delegados representan a la persona misma del procurador, razón por la cual los designados para el desempeño de esa labor deben gozar de la absoluta confianza de quien delega la función, de donde se obtiene que el ejercicio de esa facultad (sic) resulta plenamente válido para que el jefe del Ministerio Público se rodee del personal de su más absoluta confianza”*.

Por último, en lo concerniente al cargo relativo al desconocimiento de la prerrogativa de la estabilidad reforzada de que gozaba la demandante por su condición de *“prepensionada”* al momento de la expedición de la Resolución No. 1340 de 20 de mayo de 2008, trajo a colación un aparte jurisprudencial de ese Tribunal⁸ en el que se estableció, entre otros, lo siguiente:

“... la expresión demandada “durante 5 años más” es constitucional, siempre que se entienda que se trata de una garantía especial de estabilidad para el trabajador que dentro de dicho término está en la posibilidad de adquirir el status de pensionado. Quienes no estén en esa situación no quedan cobijados con este amparo, pues ello implicaría que a pretexto de la expectativa de adquirir la pensión se le imprimiera al principio de estabilidad laboral de carácter absoluto del cual carece.”

Conforme a lo esbozado por la Corte Constitucional para que el trabajador, en este caso la doctora Nohora Luz Murillo Cárdenas, hoy se encontrara amparada por la estabilidad que brindó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que desapareció con ocasión de la modificación

introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, sería necesario que ella a 28 de enero de 2003 se encontrara en la posibilidad de adquirir el estatus de pensionado dentro de los cinco (5) años siguientes, término que la ampararía sólo hasta el 28 de enero de 2008. Condición que encuentra la Sala no se verifica, pues como ella lo señaló en la demanda, solamente adquiriría el estatus el 11 de septiembre de 2009, cuando cumpla 55 años de edad, motivo por el cual fácilmente puede colegirse que para el último día de vigencia de la aludida estabilidad laboral la servidora contaba apenas con 48 años 4 meses y 17 días de edad, faltándole más de cinco años para completar los requisitos que le permitieran acceder a la pensión”.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos que se sintetizan así (folios 333 a 354):

Destacó, que el presente proceso contiene en realidad tres cargo de ilegalidad, a saber, la desmejora del servicio provocado por el acto administrativo enjuiciado; el desconocimiento de las normas que protegían su estabilidad laboral; y por último, la arbitraria modificación de la calificación de los procuradores judiciales.

Al desarrollar lo anterior manifestó, que el A - quo al descartar los citados cargos, no ofreció un razonamiento franco frente al “*motivo y motivación*”, pues se ampara en la discrecionalidad que tiene el nominador para declarar insubsistente a un servidor público y se deja de lado el argumento de la mejora del servicio “*y se traslada el debate a la debida motivación del acto administrativo*”.

Es decir, no se permite probar que el desmejoramiento del servicio tiene la capacidad de desvirtuar la legalidad del acto acusado, en tanto, se ha considerado de manera arbitraria, que las condiciones particulares del funcionario público son equivalentes a la estabilidad de su nombramiento. Además se ha confundido la arbitrariedad con la discrecionalidad administrativa al exonerar, incluso, al Procurador General de la Nación de consignar las circunstancias que motivaron su retiro de conformidad con lo establecido con el Decreto 2400 de 1968.

Al respecto anotó, que la potestad discrecional de la administración pública no supone la injustificable facultad de remover a un funcionario, que aunque se presuma siempre a favor del buen servicio público, resulta desvirtuado al momento en que se prueba que la idoneidad del funcionario que lo remplazó, ha sido menor “*independientemente del hecho de que se tratase de un funcionario nombrado en encargo*”. Sobre el particular precisó, que se han inobservado los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de dicha facultad⁹.

De otro lado se ha omitido cualquier consideración tendiente a demostrar la proximidad que tenía para adquirir su derecho a pensionarse, el cual constituye por sí solo un supuesto suficiente como para que prospere la presente acción.

En efecto, el poder para desvincular a empleados públicos mediante insubsistencia no es ilimitado, en tanto, el estado de indefensión configure “*los supuestos fácticos centrales para garantizar los derechos fundamentales en juego*”.

Ahora bien, “*el memorando No. 010 del 09 de septiembre de 2004 contiene el mecanismo de control y evaluación para cada uno de los Despachos del Procurador General de la Nación. En esta prueba documental se recabo el Método de evaluación inicialmente planteado por la Coordinación de Procuradores, que sería reiterado por la Circular No. 047 del 10 de Septiembre de 2004 del Despacho del Procurador General de la Nación*”. El cual, además de contener los puntajes mínimos, estableció que aquel que no los alcanzara, estaría en juego su estabilidad al interior del ente.

Sobre este tópico indicó, que el A - quo no se pronunció sobre las Circulares 047 de 2004 y 14 de 2005, la calificación que obtuvo entre los 55 Procuradores, y por último, lo referente a la rendición de cuentas que efectuó ante el nominador.

Para finalizar insistió en su condición de beneficiaria del régimen de transición pensional, concretamente, con que su retiro no pudo haberse realizado hasta tanto hubiese sido incluida en la respectiva nómina de pago por parte del fondo de pensiones. En este punto en particular, además de reiterar algunos planteamientos que expuso inicialmente en la demanda, sostuvo que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 permite “*que el sujeto de derecho que le hace falta el requisito de semanas cotizadas o edad, pueden (sic) permanecer en la entidad administrativa hasta por cinco años, para cumplir con estos requisitos*”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado intervino en el presente asunto, dentro del término legal establecido, con el objeto de solicitar que se confirme la providencia recurrida, con base en los siguientes argumentos (folios 399 a 406 Vuelto):

Es evidente que los nominadores de las entidades públicas tienen la competencia para ejercer la facultad discrecional respecto del empleo denominado de libre nombramiento y remoción, es decir, de aquellos que no se encuentran inscritos en el escalafón de carrera. Por tal motivo, además de que el representante legal del ente accionado podía hacer uso de tal facultad, atendiendo la necesidad de mejorar el servicio, era deber de la actora probar alguna de las causales contempladas en el artículo 84 del C.C.A.

Bajo este planteamiento, no se demostró que el nominador produjera el acto atendiendo una razón distinta a la prestación del servicio, máxime cuando el acto de nombramiento no genera por sí sólo alguna estabilidad ya que la naturaleza del empleo se mantiene.

En cuanto a la calificación efectuada, consideró la Agencia Fiscal, que la Procuraduría General de la Nación explicó las razones por las cuales tuvo que evaluar su gestión sin que sea dable admitir que con posterioridad le fueron modificadas las condiciones propias de la calificación.

De igual forma, respecto del remplazo que se designó por parte del Procurador General, es claro que no solamente cumplía con los requisitos necesarios para ocupar el cargo, sino también, tenía la capacidad, idoneidad y experiencia, pues estaba vinculado a la entidad por más de 20 años.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Procurador General de la Nación, de declarar insubsistente el nombramiento de la señora Nohora Luz Murillo Cárdenas, quien se desempeñó como Procurador 38 Judicial II Administrativo de Pereira, Código 3PJ, Grado EC.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad de la Resolución No. 1340 de 20 de mayo de 2008.

Hechos probados:

· A través del Memorando No. 009 de 10 de abril de 2005, el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, remitió a los Procuradores Judiciales II para asuntos administrativos el “nuevo formato de indicadores para la evaluación de la gestión de cada uno de sus despachos”. Al respecto se estipuló (folios 8 y 9):

“La modificación de los indicadores numéricos y la inclusión de otras actividades, así como su valoración, es el resultado de un esfuerzo conjunto que obedece, fundamentalmente, al examen riguroso de las sugerencias y observaciones presentadas por ustedes, en relación con el formato que se estaba aplicando desde el mes de septiembre del año 2004, en aplicación de lo dispuesto por el Procurador General de la Nación en la Circular 047 del 10 de septiembre de 2004 y en el Memorando 010 del 9 de septiembre del mismo año emanado de esta Procuraduría Delegada”.

· A folios 39 a 98 cuaderno 2, se encuentran los indicadores, que obtuvo la demandante en el año 2007, para el control y evaluación de la gestión.

· Por medio de la Resolución No. 1340 de 20 de mayo de 2008, el Procurador General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Nohora Luz Murillo Cárdenas, quien desempeñaba el cargo de Procurador 38 Judicial II Administrativo de Pereira, Código 3PJ, Grado EC (folio 72).

· Mediante Oficio No. 2125 de 27 de mayo de 2008, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, además de comunicarle a la demandante que por medio del anterior acto había sido declarada insubsistente, le informó que el Procurador General de la Nación encargó al señor Luis Alberto Cardona Márquez (folio 2, cuaderno 2).

· El 4 de agosto de 2008, la parte actora solicitó certificar el hecho y las causas que motivaron la declaratoria de insubsistencia del cargo que venía ocupando desde el 10 de agosto de 2006; lo anterior en atención al Decreto No. 2400 de 1968 (folio 3, cuaderno 2).

· En virtud de citada solicitud, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación le contestó, entre otros, a la señora Murillo Cárdenas que (folios 6 y 7, cuaderno 2):

“... su desvinculación del cargo como Procuradora Judicial Administrativa se produjo en ejercicio de la Facultad discrecional del nominador establecida en el artículo 165 del Decreto -Ley 262 de 2000 de retirar a un servidor que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción. Así mismo, el inciso segundo dispone que no procede ningún recurso contra la resolución que declara la insubsistencia del nombramiento”.

· A folios 320 a 460 del cuaderno 2-1, se observa la hoja de vida con sus correspondientes soportes del señor Luis Alberto Márquez Cardona.

· El 29 de junio de 2010, se dictó por parte de la Universidad Tecnológica de Pereira un concepto de evaluación estadística, en el cual se consignó que la demandante debió ocupar el lugar número 11 en el “Ranking” de calificación de los Procuradores Judiciales II a nivel nacional (folios 778 a 783, cuaderno 2-3).

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo i) De la naturaleza del cargo ocupado por la demandante; ii) Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional; y, iii) El caso que demanda la atención de la Sala.

i. De la naturaleza del cargo

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, esta misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se provea como de libre nombramiento y remoción.

Con respecto al régimen de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, la Constitución Política en su artículo 279 designó al legislador para que determinara de manera especial lo relativo a su estructura, ingreso y concurso de méritos, al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.

En desarrollo de tal precepto constitucional, se expidió, el Decreto Ley 262 de 2000, el cual en su artículo 182 exceptuó de los empleos de carrera y, por tanto, le asignó la naturaleza de libre nombramiento y remoción a los siguientes cargos:

“ARTICULO 182. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

1) De carrera

2) De libre nombramiento y remoción

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- Viceprocurador General

- Secretario General

- Tesorero

- Procurador Auxiliar

- Director

- Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público

- Procurador Delegado

- Procurador Judicial

- Asesor del Despacho del Procurador

- Asesor del Despacho del Viceprocurador

- Veedor

- Secretario Privado

- Procurador Regional

- Procurador Distrital

- Procurador Provincial

- Jefe de Oficina

- Jefe de la División de Seguridad

- Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.

3. De período fijo: Procurador General de la Nación”. (Lo subrayado es de la Sala).

Tal disposición fue objeto de examen constitucional, por parte de la Corte Constitucional, quien en sentencia C-146 de 2001 estableció:

“En efecto, igual que ocurre con los Procuradores Delegados, los Procuradores Judiciales son agentes directos del Procurador frente a los despachos judiciales ante los que actúan como Ministerio Público. Y la Corte examinó la dependencia directa de esta clase de empleados del Ministerio Público, al decidir sobre la constitucionalidad de normas que incluidas en la Ley 27 de 1992 y en la Ley 201 de 1995, en lo sustancial, es el mismo, como ya se recordó en esta sentencia”.

En virtud de lo anterior, y de las pruebas allegadas al expediente, se puede establecer, que el cargo ocupado por la actora, Procurador Judicial II Administrativo de Pereira, Código 3PJ, Grado EC corresponde a los de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que justifica al Procurador General de la Nación para que pueda disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera.

Ahora bien, al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la demandante, una presunción legal¹⁰, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y *“opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”*¹¹.

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A.

Es pertinente manifestar a la altura de lo ya enunciado, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio, entre otros.

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

La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Sobre el particular, cabe precisar que la facultad es discrecional siempre y cuando el ordenamiento jurídico no establezca cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar; por lo tanto, *“para que el ejercicio de una potestad sea discrecional administrativa no es necesario que sean discrecionales los tres aspectos indicados, bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos”*¹². Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen por cada potestad, estén taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior indica, que la función de la administración se ha constituido con el fin de servir a los intereses generales, que previamente ha establecido el legislador; sin embargo, en los casos en que no esté específicamente la protección a dicho interés general, la administración cuenta con la capacidad de sopesar todos los hechos e intereses comprometidos en cada caso en concreto con el fin de *“elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea que le confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional”*¹³.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

“La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.”

Al igual esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico¹⁴. En este sentido, en la providencia anteriormente mencionada esta Corporación manifestó:

“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y

en las anotaciones que registre la hoja de vida *con inmediatez al retiro* a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”.

Ahora respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción en los que se exige una especial confianza, se ha señalado¹⁵:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente.”. (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo expuesto la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable por cuanto consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.

Así las cosas, si el artículo 209 de la Constitución contempla que *“...la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”*, la facultad discrecional debe propender por lograr este contenido, V. gr., el interés general y los principios allí previstos, materializados en las necesidades y mejoramiento del servicio, así como por razones de éste. Es decir, no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico; por consiguiente, y tal como se mencionó en el acápite anterior, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio, entre otros¹⁶.

iii. El caso que demanda la atención de la Sala.

a. Desmejora del servicio.

Al respecto debe precisarse, inicialmente, que el simple mérito personal, aunque es un elemento valioso para juzgar el posible abuso de la arbitrariedad, no es por sí solo fuente de inmunidad contra el uso de la discrecionalidad por parte del nominador, sin perjuicio de que ese buen servicio se vea menguado con el ingreso del reemplazo, y que en casos excepcionales pueda tomarse como un indicio que, junto con otras manifestaciones y señales, constituyan la prueba de la desviación de poder.

Entonces, aunque no debe descartarse que pueda haber desviación de poder en el uso de la facultad discrecional por el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, su configuración es un asunto más exigente de lo que se piensa, pues la responsabilidad del nominador en el éxito de su gestión, depende en gran medida de la posibilidad de ejecutar sus políticas por el círculo más cercano de sus colaboradores que se identifican con ellas y que por ser de confianza se mantienen en una relación laboral siempre precaria.

En el presente caso, concretamente, la actora sostiene que el señor Luis Alberto Cardona Márquez no es un funcionario idóneo para reemplazarla, por lo tanto, al entrar a controvertir lo mencionado, se hace necesario verificar los requisitos para desempeñar el empleo que venía ejerciendo. Para tal efecto es necesario examinar los requisitos contemplados en el Decreto No. 263 de 2000, veamos:

“Artículo 12. Empleos del nivel directivo. Se deben exigir los siguientes requisitos para el desempeño de los empleos del nivel directivo: título de formación universitaria, título de formación avanzada o de postgrado y siete (7) años de experiencia profesional o docente”.

Ahora bien, sin perder de vista las anteriores exigencias, encuentra la Sala en el material probatorio que obra en el expediente, que el señor Luis Alberto Cardona Márquez cumple en exceso con lo estipulado en el citado marco normativo, pues además de tener el título profesional otorgado en el año de 1984 y el posgrado requerido, contaba con más de 20 años de experiencia al interior de la entidad, ya que se vinculó el 19 de diciembre de 1985.

En síntesis, el señor Cardona Márquez contaba con las condiciones necesarias para ocupar el cargo que venía desempeñando la demandante; en ese sentido, no es suficiente aducir, endilgar o menospreciar las calidades de la persona que la reemplazó sin antes demostrar que efectivamente con su reemplazo se deterioró el servicio; ya que si bien, puede que no tenga la misma formación académica, éste no es impedimento para que pueda llevar a cabo los fines propuestos por la administración.

Vale decir también sobre este tópico en particular, que las altas capacidades y logros académicos con los que pueda contar la demandante, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario. En efecto, así lo ha puntualizado la Corporación¹⁷:

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

b. Anotación en la Hoja de Vida.

Manifestó la demandante, que no se dejó constancia en su hoja de vida, del hecho y/o causa que ocasionó la insubsistencia de su nombramiento, situación que dio lugar a la configuración de la desviación de poder; y que además, no se tuvo en cuenta su gran formación profesional y conocimiento de la entidad.

Sea la oportunidad para recordar, que si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, determinó que se debe anotar en la hoja de vida el motivo por el cual se produjo el retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, y no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas.

En efecto, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida que realiza normalmente el Jefe de Personal o su equivalente, se efectúa con posterioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el nominador.

Esta ha sido la tesis reiterada de esta Corporación, en sentencia del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda, Subsección “A”, quien sostuvo:

“La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda.”

Quiere decir lo anterior, que si bien en el plenario no aparece probado que se haya dejado anotación en la hoja de vida sobre el motivo que dio lugar al retiro de la demandante, tal hecho no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que, además, no constituye elemento de aquél.

c. De la protección especial a prepensionados, consagrada en la Ley 790 de 2002 y concordantes:

Mediante la Ley 790 de 2002 el Congreso de la República consagró varias disposiciones tendientes a adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública, con el objeto de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, y la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

Dentro de este proceso de renovación de la administración, el legislador previó una medida de protección especial a favor de los empleados que se encontraran en circunstancias excepcionales que ameritaban un tratamiento preferencial, en los siguientes términos:

“Artículo 12. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia T-768 de 2005, sostuvo que la medida consagrada en la norma arriba transcrita responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho. Así se lee en la citada sentencia:

“(...) Pues bien, es en desarrollo de este tipo de medidas, entre otras, en donde se enmarca la protección laboral reforzada establecida por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, denominada “reten social”, por medio de la cual se buscó que dentro del programa de renovación de la administración pública, se otorgara una protección especial a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación la ley en comento cumplieran con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez. De lo

contrario, en virtud de la fusión, reestructuración o liquidación de las entidades públicas objeto del programa de renovación referido, esas personas quedarían desprotegidas y cesantes laboralmente.

Así las cosas, se concluye que aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en la condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribe a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, no obstante, dicha protección no se agota allí, como quiera que la disposición referida es simplemente una aplicación concreta de las garantías constitucionales, las cuales están llamadas a ser aplicadas cuando quiera que el ejercicio del derecho fundamental pueda llegar a verse conculcado. En este orden de ideas, debe tenerse presente que la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos constitucionales que se desprenden de los artículos 13, 42, 43 y 44 superiores, entre otros, y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado Social de Derecho.

6.4. Los programas de renovación o modernización de la administración pública persiguen una mejora en la eficiencia de las labores adelantadas por las entidades públicas con la finalidad de optimizar la prestación de los servicios necesarios en el cumplimiento de los fines del estado. Con este objetivo, es posible que la administración decida reorganizar su estructura y, en este proceso, eventualmente racionalizar las plantas de personal de las entidades estatales. No obstante, los derechos de los trabajadores no pueden verse lesionados por la supresión intempestiva de sus cargos, en virtud de una decisión unilateral y discrecional de la administración. Es dentro de esta finalidad en donde se inscribe la protección laboral reforzada que prevé la ley 790 de 2002. (...).” (Negrilla fuera del texto).

Cabe destacar de igual modo, que esta protección especial fue reglamentada con posterioridad mediante el Decreto 190 de 2003, en los siguientes términos:

“(…) ARTÍCULO 1°. DEFINICIONES. Para los efectos de la Ley 790 de 2002 y del presente decreto, se entiende por:

(…)

1.5 Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) o menos años, contados a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez.

(…)

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

Visto lo anterior, se puede concluir dos aspectos en particular, la primera, que la figura de prepensionado es una medida de protección, la cual no es absoluta por cuanto sólo se extiende hasta la supresión definitiva de la entidad, y la segunda, que los destinatarios del citado amparo deben estar en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública.

Bajo este presupuesto, si bien es cierto la actora pudo estar cerca de tener los requisitos necesarios para obtener su pensión de jubilación al momento en que fue declarado insubsistente su nombramiento, no lo es menos que, la estabilidad laboral reforzada propia de los prepensionados es aplicable a quienes están inmersos en un proceso de reestructuración, lo que indica que no puede ser aplicable a la señora Murillo Cárdenas.

Finalmente, si en gracia de discusión se admitiera que la demandante es destinataria de la protección especial que prevé el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se debe tener en cuenta que el artículo 13 del Decreto 190 de 2003¹⁸, ha definido previamente un trámite especial, el cual, al examinar con detenimiento el caudal probatorio, no se encuentra que acredite las diligencias necesarias para su obtención.

d. Modificación de la calificación de los Procuradores Judiciales.

Sostiene la demandante que el A - quo no se pronunció sobre aquellos actos administrativos que regulan el proceso de calificación de los Procuradores Judiciales; no obstante, es necesario afirmar, que no se demostró en el presente caso, que ello hubiese sido la razón por la cual fue retirada del cargo que venía desempeñando.

Es decir, no existe un nexo causal entre las calificaciones que obtuvo la señora Nohora Luz Murillo Cárdenas por su desempeño, con su declaración de insubsistencia; por tal motivo, resulta inocuo efectuar un estudio de las diferentes evaluaciones que obtuvo la demandante, cuando al fin y al cabo, no se probó que ésta hubiese sido la razón de su retiro de la Procuraduría General de la Nación.

Siguiendo con este planteamiento, cuando un acto administrativo se encuentra inspirado en fines del buen servicio público, lleva implícita la presunción de legalidad, y debe ser desvirtuable mediante prueba en contrario. A saber, en este caso en particular, la afectada tenía la carga de probar de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron su retiro fueron ajenos al interés general y al buen servicio, o en su defecto, que su salida se debió, no solamente, por las presuntas bajas calificaciones que obtuvo por su desempeño en el ente demandado, sino también, por el cambio del tipo de evaluación.

Así las cosas, al no configurarse los cargos formulados por la demandante y mantenerse incólume la presunción de legalidad de que goza el acto

impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del A - *quo*, que negó las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 26 de abril de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Nohora Luz Murillo Cárdenas en contra de la Nación - Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

(En comisión)

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Mediante Auto de 29 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Risaralda, admitió corrección de la demanda visible a folios 90 a 123.

2 http://es.wikipedia.org/wiki/Causa_petendi

"Causa petendi es la voz *latina* que significa en *español* "causa de pedir".

En el ámbito del *derecho procesal* o adjetivo, la *locución latina* "causa petendi" se utiliza para definir cuáles son las pretensiones que el actor o quien inicia un juicio pretende saciar a través de la incoación del procedimiento jurisdiccional intentado".

3 "PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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".

4 Corte Constitucional, sentencia C-107 de 2002, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

5 DROMI Roberto, El procedimiento administrativo, Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996. P. 215

6 SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo Procedimiento, Eficacia y Validez. U. Externado de Colombia, segunda edición, P. 59.

BETANCUR, Jaramillo Carlos. Derecho procesal administrativo. Séptima edición 2009. P. 257.

7 Consejo de Estado, Sentencia de 9 de octubre de 2008, Radicado No. 66001-23-31-000-2008-00248-01 Actor Nohora Luz Murillo Cárdenas, Demandado: Procuraduría General de la Nación, C. P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

8 *Ibíd.*

9 Corte Constitucional, Sentencia C-429 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentarías.

10 Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º. de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

11 DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

12 Entrena Cuesta, Rafael. *“Curso de Derecho Administrativo”*, cit., P 175.

13 Mozo Seoane. *“La discrecionalidad de la administración”*, cit., P 411.

14 Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

15 Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

16 Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: *“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”*.

17 Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 31 de julio de 1997, radicado 16128, actor Manuel Salamanca.

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

13.1 Acreditación de la causal de protección

a) Madres cabeza de familia sin alternativa económica: Los jefes de personal, o quienes hagan sus veces, verificarán en las hojas de vida de las servidoras públicas, que pretendan beneficiarse de la protección especial y en el sistema de información de la respectiva Entidad Promotora de Salud, EPS, y en las Cajas de Compensación Familiar, que se cumplan las condiciones señaladas en el presente decreto y que en el grupo familiar de la solicitante no existe otra persona con capacidad económica que aporte al sistema de seguridad social.

Así mismo, la condición de invalidez de los hijos, siempre que dependan económica y exclusivamente de quien pretenda ser beneficiaria de la protección especial, debe ser probada por la servidora pública con un dictamen de la respectiva Junta de Calificación de Invalidez; (...).”

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:07:20