



Función Pública

Sentencia 2015-02038 de 2020 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / RETEN SOCIAL

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

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA-ARTÍCULO 125 / LEY 790 DE 2002

RETIRO DEL SERVICIO POR PENSIÓN / RETEN SOCIAL POR PREPENSIONADO - No se tiene tal condición cuando la entidad previsional ha reconocido la pensión.

La disposición en cita [Artículo 9 de Ley de 797 de 2003] rige para los trabajadores del sector privado, los servidores públicos y los trabajadores oficiales. 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. El inciso segundo del párrafo 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. 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. Se advierte que el párrafo 3.º del Artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 derogó tácitamente el párrafo 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.(...) 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, 10 de octubre de 2014, la entidad de previsión social ya había efectuado el reconocimiento pensional el cual dejó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo de la entidad (folios 154 a 157). Aunado a ello, la entidad de previsión ya había resuelto el recurso de reposición interpuesto, a pesar de que su notificación se dio el 31 de octubre de 2014 (folio 165)-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. 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 remoción

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / LEY 797 DE 2003 -ARTÍCULO 9

BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO - No limita la facultad discrecional

Respecto de la afirmación de la demandante en el recurso de apelación, en el sentido de que se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, conforme se advierte en la orden civil al mérito que recibió por su desempeño en la mentada Fundación (folios 151 a 152), ello no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio

INSUBSISTENCIA - Anotación en la hoja de vida

En relación con la constancia del hecho o de la causa del retiro en la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción, es de anotar que esta Corporación ha seguido un criterio uniforme, según el cual, la falta de este registro en la hoja de vida no puede considerarse como un elemento de validez del acto.(...) En relación con la constancia del hecho o de la causa del retiro en la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción, es de anotar que esta Corporación ha seguido un criterio uniforme, según el cual, la falta de este registro en la hoja de vida no puede considerarse como un elemento de validez del acto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-42-000-2015-02038-01(0887-18)

Actor: ANA MARÍA DEL PILAR CONSTANZA NORA ALZATE RONGA

Demandado: ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: Retén social. Declaratoria de insubsistencia. Cargo de libre nombramiento y remoción. Desviación de poder.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-323-2020

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga 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 178 a 179):

1. Declarar la nulidad del Decreto 438 del 10 octubre de 2014 expedido por el alcalde encargado de Bogotá, DC, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga en el empleo de directora general código 050, grado 04 de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño.
2. A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Alcaldía Mayor de Bogotá a reintegrar a la demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento de su desvinculación.
3. Ordenar el pago a favor de la libelista de todos los salarios, primas, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, bonificaciones, auxilios de vacaciones y demás utilidades dejadas de percibir, con sus correspondientes aumentos, desde la fecha en que fue declarada insubsistente hasta cuando se haga efectivo su reintegro.
4. Que para todos los efectos legales y prestacionales, se considere que no ha existido ni interrupción del servicio ni solución de continuidad.
5. 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.
6. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del Artículo 192 *ibidem*. Ordenar el pago de intereses acorde con los Artículos 192 y 195 *ejusdem*. Condenar en costas a la parte demandada.

Supuestos fácticos relevantes indicados en la demanda (folios 179 a 199)

1. Mediante Decreto 20 del 21 de enero de 2004, el alcalde mayor de Bogotá nombró a la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga en el cargo de directora general, código 050, grado 04, de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, establecimiento público del orden distrital, adscrito en ese entonces, al despacho del alcalde, hoy a la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte. Tomó posesión de dicho empleo el 23 de enero de 2004.
2. Posteriormente, el alcalde mayor encargado de Bogotá, a través del Decreto 438 del 10 de octubre de 2014, declaró insubsistente a la libelista, el cual le fue notificado el día 14 del citado mes y año. En dicho documento, no se indicó que la decisión careciera de recursos, cuáles serían estos, ni el término para presentarlos o ante quién.

3. Para el momento en que fue expedido el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, la señora Alzate Ronga se encontraba gestionando el reconocimiento de su pensión ante la COLPENSIONES, circunstancia que era conocida por el alcalde mayor de Bogotá, por el secretario general de la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte así como por el director del Departamento Administrativo del Servicio Civil

del Distrito Capital, habida cuenta que les fue remitida comunicación de su trámite pensional.

4. Previo a la declaratoria de insubsistencia, la demandante recibió la visita el 3 de junio de 2014 de la secretaria de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito de Bogotá, «que en nombre del alcalde mayor», le indicó que al encontrarse incorporada a la nómina pensional debía presentar la renuncia al cargo. Empero, la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga le informó que ello no era cierto, pues el acto administrativo que había reconocido su pensión no se encontraba ejecutoriado en atención a que había presentado los recursos de reposición y apelación, lo cual le impedía en el momento obtener los ingresos mínimos vitales hasta tanto no estuviera efectivamente ingresada en nómina pensional.

5. Ante dicha manifestación de la demandante, la secretaria de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito de Bogotá le señaló que en todo caso ya había cumplido la edad de retiro forzoso, a lo cual le respondió que por ser directora de un establecimiento público se encontraba exceptuada de dicha condición, ello, según el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 de la mencionada anualidad.

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: 23 de agosto de 2016.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

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

«Se precisa que la entidad accionada contestó la demanda fuera de términos, además no encuentra el Despacho que deba declarar alguna de oficio» (folio 295 y cd visible a folio 301).

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:

«Actos Administrativos demandados:

Decreto 438 de 10 de octubre de 2014, proferido por el Alcalde Mayor (E), por medio del cual «se declara insubsistente el nombramiento de la doctora ANA MARÍA DEL PILAR CONSTANZA NORA ALZATE RONGA, en el cargo de Directora General de la entidad Descentralizada Código 050 Grado 04 de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño» (f.3).

El Alcalde Mayor de Bogotá encargad (sic), profirió el Decreto 438 de 10 de octubre de 2014 mediante el cual declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora en el cargo de Directora General de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, notificado el 14 de octubre del mismo año.

El mencionado decreto «es providencia de cúmplase, ni en él ni en la comunicación mediante la cual fue remitido a mi poderdante se hace mención de que carezca se (sic) recursos o cuáles serían éstos, ni el término para presentarlos o ante quién se deberían formular».

La demandante había ocupado el mismo cargo, en forma interrumpida, desde la administración del Dr. Antanas Mockus, siguió vinculada con el Alcalde Luis Eduardo Garzón y continuó su desempeño durante las administraciones de Samuel Moreno Rojas y Gustavo Petro.

Para el momento en que se expidió el acto administrativo que declaró la insubsistencia, la demandante se encontraba gestionando el reconocimiento de su pensión de jubilación ante COLPENSIONES.

La Secretaría (sic) de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito el 3 de junio de 2014 indicó que al encontrarse incorporada a la nómina pensional «prefería» la administración que presentara su renuncia antes de proceder «a la declaratoria de insubsistencia», la actora indicó que no estaba efectivamente incorporada en la nómina pensional y que la resolución mediante la cual se había reconocido la pensión había sido recurrida y no se encontraba ejecutoriada, lo que dio a conocer en diferentes correos electrónicos dirigidos a la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte y al Alcalde Mayor y «varios directivos de la administración distrital», dando cuenta del estado del trámite pensional para el reconocimiento y liquidación de la pensión ante COLPENSIONES.

La declaratoria de insubsistencia contenida en el Decreto 438 de 10 de octubre de 2014, contraría el Decreto 2245 de 2012 en el que cuanto

(sic) determina que el trabajador del sector privado o el servidor público sólo (sic) se puede dar por terminada la relación laboral, de naturaleza legal o reglamentaria, cuando tenga reconocida la pensión y que previamente a su desvinculación se debe (sic) garantizarse la no solución de continuidad entre el pago efectivo del último salario y el de la primera mesada pensional, lo que no se dio en este caso.

La administración Distrital que tenía conocimiento del proceso del reconocimiento pensional, hizo caso omiso al Decreto 2245 de 2012, pues se trataba de una funcionaria con derecho a pensión de jubilación y que se encontraba adelantando su trámite decidió desconocerlo y recurrió a sus facultades discrecionales para disponer de un cargo de libre nombramiento y remoción, de esta manera con el acto demandado la Administración incurrió en falso motivo y en desviación de poder.

La declaratoria de insubsistencia no tuvo como objeto mejorar el servicio que presta este establecimiento público como se hubiera podido predicar respecto de quien la reemplazara.

En atención a las alegaciones esgrimidas por la demandante y los documentos allegados al proceso (sic) se procede a fijar el litigio, para cuyo efecto se explica que el problema jurídico se contrae a determinar si a la accionante le asiste razón al afirmar que por tener una calidad de pre pensionada gozaba de una protección especial y no se le podía dar por terminada su relación laboral hasta que el acto de reconocimiento de pensión estuviera en firme, o si como lo asume la entidad demandada, que por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción su cargo podía ser declarado insubsistente conforme a la facultad discrecional que tiene el nominador.

Así las cosas, se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo o no con la fijación del litigio planteado.

El apoderado de la parte demandante expresa que está de acuerdo con la fijación del litigio, pero quiere que se adicione en cuanto a que el proceder de la administración se contrae también al hecho de que por el ejercicio de la facultad discrecional que tenía, debió dar cumplimiento al Decreto 2400 de 1968 en el sentido que aunque no hay que motivar el acto se tiene la obligación de dejar constancia en la hoja de vida las causas que causaron esa decisión, siendo fundamental para el derecho de defensa, de conformidad con los (sic) expresado por la Corte Constitucional, todo nombramiento o insubsistencia que realice la administración debe ser motivo de controversia.

El apoderado de la entidad demandada considera debidamente fijado el litigio.

El Despacho adiciona lo indicado por la parte demandante, temas que se analizarán en la correspondiente sentencia». (Ortografía y mayúsculas del texto original) (folios 295 a 298 y cd visible a folio 304).

SENTENCIA APELADA (folios 338 a 346 vuelto)

El 2 de marzo de 2017, el *a quo* profirió sentencia escrita mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, de conformidad con los siguientes argumentos:

Citó los Artículos 1.º, 5.º y 41 de la Ley 909 de 2004, así como el Artículo 8.º del Acuerdo 002 de 1999, para señalar que el cargo de director general desempeñado por la demandante era de los denominados de libre nombramiento y remoción, de suerte que su retiro obedecía a la facultad discrecional otorgada al nominador y por tal motivo, el acto administrativo no debía ser motivado.

Seguidamente, transcribió los Artículos 12 de la Ley 790 de 2002 y 8.º de la Ley 812 de 2003, en los cuales se señaló que no podían ser retirados del servicio entre otros, los servidores públicos que estuvieran próximos a pensionarse. Asimismo, indicó que la Corte Constitucional en sentencia C-795 de 2004, advirtió que estas personas gozaban de una estabilidad laboral reforzada.

Bajo dicho sentido, aludió que la administración se encontraba en la obligación de garantizar los derechos de aquellas personas que acreditaran una condición especial, para el caso de los prepensionados, cuando le faltaren 3 años o menos para acceder al reconocimiento pensional, no podían ser retirados del servicio.

Analizó las pruebas aportadas al plenario, y concluyó que no era dable acceder a las pretensiones deprecadas, toda vez que como se había indicado en el libelo introductor, para el momento de la expedición y comunicación del acto administrativo que declaró insubsistente a la demandante, ya contaba con los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de su mesada pensional, por lo que no se encontraba en etapa de prepensionada, dado que ya tenía el estatus y la garantía analizada, era solo hasta que obtuviera todos los requisitos para tal fin.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN (folios 361 a 389)

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 el tribunal de primera instancia omitió pronunciarse respecto de la aplicación del Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, esto es, que se debió dejar constancia en la hoja de vida de las razones de la declaratoria de insubsistencia.

Aseveró que no se cuestionó que el cargo desempeñado por la demandante sea de libre nombramiento y remoción, lo que se debatió es que la facultad discrecional que tiene el nominador no es absoluta, y, se encuentra limitada por la finalidad del mejoramiento del servicio, más aun cuando se está en presencia de particulares circunstancias del empleado que goza de protección constitucional y legal del Estado, como las invocadas y probadas en el *sub lite*, que son reconocidas por reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Arguyó que, sí se encontraba amparada por las normas que tratan los prepensionados, habida cuenta que la resolución a través de la cual se le reconoció la prestación, no se encontraba debidamente ejecutoriada, circunstancia que le impedía su efectiva incorporación a nómina y que por ende, «no mediara solución de continuidad entre última remuneración salarial y la primera pensional», derecho amparado por la Constitución en protección de la vida digna y salud de los adultos mayores, considerados parte de los grupos sociales de mayor vulnerabilidad.

Afirmó que la resolución mediante la cual Colpensiones resolvió el recurso de reposición en contra del acto administrativo de reconocimiento pensional se notificó en fecha posterior a la declaratoria de insubsistencia, aunado a ello, se encontraba surtiendo el recurso de apelación, que le impedía ser incluida en nómina, lo que era de conocimiento del nominador, lo cual le concedía estabilidad laboral a pesar de ser empleada de libre nombramiento y remoción, vulnerándose las previsiones del Decreto 2245 de 2012 y de la Ley 790 de 2002.

Aludió que se debieron tener en cuenta las calidades profesionales de la demandante, su desempeño laboral por más de 20 años de gestión, y, en particular, los 12 años que llevaba al frente de la Fundación Alzate Avendaño con varios reconocimientos, incluso de administración distrital, máxime cuando en su reemplazo se encargó a la secretaria de Cultura, Recreación y Deporte, es decir, ni siquiera a un empleado de carrera.

Sostuvo que el acto de declaratoria de insubsistencia «fue arbitrario desplegado con desviación de poder y con violación consiente y deliberada de las normas legales y la jurisprudencia constitucional reiterada sobre la protección especial a funcionarios amparados», conforme lo ha sostenido en varias sentencias la Corte Constitucional, tales como T-012 de 2009, T-487 de 2010, T-495 de 2011, las cuales deben tenerse en cuenta para acceder a las pretensiones deprecadas, toda vez que en el *sub iudice* se privó del mínimo vital a una persona de la tercera edad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada (folios 411 a 414): solicitó se confirme la sentencia recurrida habida cuenta que la demandante no era prepensionada, dado que cumplía todos los requisitos para obtener el reconocimiento pensional.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en desarrollo de esta etapa procesal, según constancia secretarial visible a folio 415.

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 Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga estaba cubierta por la protección de estabilidad laboral de prepensionada, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿la Alcaldía Mayor de Bogotá desconoció las garantías propias de tal condición?
2. ¿La falta de anotación en la hoja de vida de los motivos de la declaratoria de insubsistencia del cargo de la demandante, constituye una causal para declarar la nulidad del Decreto 438 del 10 de octubre de 2014?

Primer problema jurídico

¿La señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga estaba cubierta por la protección de estabilidad laboral de prepensionada, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿la Alcaldía Mayor de Bogotá 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.

- Límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción

La existencia de cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública se ha justificado en la necesidad de admitir el ejercicio de la discrecionalidad en la facultad nominadora como una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal potestad, se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia³, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el Artículo 125 Superior. 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 ejercicio 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 identificado⁴ 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.

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

La Ley 790 de 2002⁵ «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 ley⁶. [...]»

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 expresó⁷:

«[...] 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 calidad⁸. 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 públicos⁹, posición reiterada recientemente en la anterior providencia aludida¹⁰:

«[...] 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 petitionerario, 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 primero¹¹. Así lo ha indicado la Corte Constitucional¹²:

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

- 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»¹³.

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 párrafo 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 distingo 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 3º. 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 párrafo 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 párrafo 3.º del Artículo 9.º de la Ley 797 de 2003 derogó tácitamente el párrafo 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 párrafo 3.º del Artículo 9.º 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 cuenta con 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 derechos¹⁴, 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 a), 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:

- Según copia de la cédula de ciudadanía que reposa en el folio 176 la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga nació el 10 de noviembre de 1947.

- Conforme la certificación expedida por la subdirectora administrativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá visible a folio 153, la demandante prestó sus servicios en la Fundación Gilberto Alzate Avendaño desde el 1.º de febrero de 2001 hasta el 14 de octubre de 2014.

- El Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución GNR 364453 del 20 de diciembre de 2013 reconoció pensión de vejez a la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga quien se encontraba amparada por el régimen de transición previsto por el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la entidad liquidó la mesada en un valor de \$8.357.485.00 para el año 2013 (folios 154 a 157). Este acto fue notificado el 8 de enero de 2014¹⁵.

- Ante la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 21 de enero de 2014¹⁶, al considerar que se debía modificar la tasa al 90%, toda vez que cotizó más de 1250 semanas conforme lo previsto por el Decreto 758 de 1990 (folios 158 a 164).

- El 18 de junio de 2014 la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga radicó ante el director del Departamento del Servicio Civil, escrito en el que solicitó no ser desvinculada del servicio hasta que el reconocimiento de la pensión se encontrara en firme, dado que había interpuesto en contra de este los recursos de reposición y apelación, los cuales no habían sido resueltos, por tal motivo no había sido incluida en nómina del Instituto de Seguros Sociales (folios 15 a 37).

Dicha solicitud fue remitida al alcalde de Bogotá, a la secretaria de Cultura, recreación y Deporte y al secretario general de la Alcaldía Mayor de Bogotá (folios 35 a 38).

- El recurso de reposición fue resuelto a través de Resolución GNR 353262 del 8 de octubre de 2014 y modificó el acto administrativo de reconocimiento, en el sentido de reliquidar la pensión por la suma de \$9.129.168.00 condicionada al retiro definitivo del servicio, al aplicar como tasa de reemplazo el 78% (folios 166 a 169 vuelto). Dicho acto fue notificado el 31 de octubre de 2014 (folio 165).

- A través del Decreto 438 del 10 de octubre de 2014 el alcalde mayor de Bogotá D.C. encargado declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante en el empleo de directora general código 050, grado 04 de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño (folio 3), decisión que le comunicó a la aquí demandante en la citada fecha (folio 4).

- Posteriormente, a través de Decreto 440 del 14 de octubre de 2014, se encargó a la secretaria de Cultura, Recreación y Deporte la funciones del empleo de directora general código 050, grado 04 de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño (folios 5 y 119).

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

En primer lugar, no se discute que el cargo que desempeñaba la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga como directora general código 050, grado 04 de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño es de libre nombramiento y remoción, conforme lo prevé el Artículo 8.º del Decreto 002 de 1999¹⁷ «Por el cual se adoptan los Estatutos de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño y se modifica su estructura orgánica», preceptuó:

«ARTICULO OCTAVO: El Director General para todos los efectos será el representante legal del FUNDACION. Su cargo es de libre nombramiento y remoción, y será designado por el Alcalde Mayor».

En todo caso, la Ley 909 de 2004, vigente para la época en la cual la demandante permaneció en el cargo¹⁸, aplicable a la Alcaldía Mayor de Bogotá por disposición del Artículo 3, previó en el Artículo 5, numeral 2, literal a.), que los cargos de director o gerente en la «Administración Descentralizada del Nivel Territorial» son de libre nombramiento y remoción.

En segundo lugar, se observa que la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga 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, 10 de octubre de 2014, la entidad de previsión social ya había efectuado el reconocimiento pensional el cual dejó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo de la entidad (folios 154 a 157). Aunado a ello, la entidad de previsión ya había resuelto el recurso de reposición interpuesto, a pesar de que su notificación se dio el 31 de octubre de 2014 (folio 165),

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.

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 remoción¹⁹. En consecuencia, era plausible para la entidad hacer uso de la facultad discrecional que le permitía retirar del servicio a la señora Alzate Ronga, quien para la fecha se desempeñaba en el cargo de directora general código 050, grado 04 de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño.

Ahora, si bien a la fecha de declaratoria de insubsistencia la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga no había sido incluida en nómina de pensionados, 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 en los actos de reconocimiento y reliquidación se ordenó el pago del retroactivo pensional que hasta el momento se había causado, sin que se acreditaran perjuicios adicionales derivados de tal medida.

Aunado a ello, las circunstancias personales de la demandante por su trayectoria profesional, preparación académica (licenciada en comunicación social y periodismo, folio 151) 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 incluía de forma definitiva en nómina, 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.

De otro lado, contrario a lo aludido por la libelista en el recurso de alzada, tampoco se demostró el desmejoramiento del servicio al encargar a la secretaria de Cultura, Recreación y Deporte de las funciones del empleo de directora general de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, conforme se advierte en el Decreto 440 del 14 de octubre de 2014 (folio 119).

Respecto de la afirmación de la demandante en el recurso de apelación, en el sentido de que se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, conforme se advierte en la orden civil al mérito que recibió por su desempeño en la mentada Fundación (folios 151 a 152), ello no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio.

Por último, determinado como está que la administración podía disponer el retiro con fundamento en la facultad discrecional habida cuenta de que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción, en el expediente no se evidencia prueba alguna tendiente a desvirtuar los motivos que inspiraron la declaratoria de insubsistencia, es decir, la demandante no demostró que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, en gracia de discusión, la demandante no se encontraba en el supuesto del retén social o estabilidad laboral especial por tener al momento de su desvinculación el derecho adquirido a la pensión y porque no se probó que con su desvinculación se hubiese afectado su mínimo vital.

En conclusión: pese a que la protección de estabilidad laboral de prepensionados aplica a los empleados de libre nombramiento y remoción, la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga no tenía tal condición, puesto que para el momento de la expedición del Decreto 438 del 10 de octubre de 2014, que declaró la insubsistencia de su nombramiento como directora general de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, código 050, grado 04, el Instituto de Seguros Sociales, ya había reconocido su derecho pensional a través de la Resolución GNR 364453 del 20 de diciembre de 2013, la cual le reliquidó mediante Resolución GNR 353262 del 8 de octubre de 2014, cuyo pago dejó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo del servicio.

De otra parte, con la expedición del acto demandado la administración no desconoció a la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga el derecho a permanecer en el cargo hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso, pues aunque la decisión de retiro se encontrara supeditada 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, sin que se haya demostrado en este caso la vulneración de derechos de raigambre constitucional, entre ellos, el mínimo vital.

Segundo problema jurídico

¿La falta de anotación en la hoja de vida de los motivos de la declaratoria de insubsistencia del cargo de la demandante, constituye una causal para declarar la nulidad del Decreto 438 del 10 de octubre de 2014?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la falta de anotación de las razones de la declaratoria de insubsistencia en la hoja de vida, no es un elemento de validez del acto administrativo, posición que ha sido reiterada y pacífica por el Consejo de Estado, tal y como pasa a explicarse:

Ø Las anotaciones en la hoja de vida – insubsistencia del empleo

El Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, 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»²⁰, señala lo siguiente:

«[...]

ARTICULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera. [...]».

En relación con la constancia del hecho o de la causa del retiro en la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción, es de anotar que esta Corporación ha seguido un criterio uniforme, según el cual, la falta de este registro en la hoja de vida no puede considerarse como un elemento de validez del acto.

1968, norma que determinó que se debe consignar en la hoja de vida el motivo por el cual se produjo el retiro de los empleos de libre nombramiento y remoción por considerar «[...] la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda [...]»; también es cierto que esta Corporación al aplicar dicha norma y los efectos de la sentencia C-734 de 2000, señaló que dicha anotación 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.

Al respecto se citan, entre otras, la sentencia del 29 de marzo de 2001²¹:

«[...]»

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. [...]»

Aunado a lo anterior, ha señalado el Consejo de Estado²² que los motivos del acto son siempre anteriores a su expedición, es decir, que la constancia que se deja en la hoja de vida del empleado es sólo una expresión posterior al momento en que se toma la decisión que concreta la manifestación de la voluntad de la administración y en consecuencia es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez.

De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta el carácter sustancial no tiene la virtualidad como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula.

En el bajo estudio, no se encuentra probado que la Alcaldía Mayor de Bogotá haya cumplido con este requisito, sin embargo, tal como se señaló en párrafos anteriores, 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: en el presente caso a pesar de no que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de directora general de la Fundación Gilberto Alzate Avendaño, código 050, grado 04, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 2 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, 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 2016²³ 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 CGP²⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De conformidad con lo anterior, bajo el 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 la Alcaldía Mayor de Bogotá 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 2 de marzo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Ana María del Pilar Constanza Nora Alzate Ronga contra la Alcaldía Mayor de Bogotá.

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

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

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. Ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013).
4. Sentencia T-372 de 2012.
5. 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.
6. 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.
7. 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.

8. Sentencia T-862 de 2009.

9. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013.

10. 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).

11. T-357 de 2016.

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

13. Reglamentado por el Decreto 2245 de 2012.

14. 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.[...]».

15. Según lo indica la Resolución GNR 353262 del 8 de octubre de 2014 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto de reconocimiento.

16. *Ibidem*.

17. norma.php?i=4806.

18. Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

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

20. Artículo 1º del Decreto 2400 de 1968.

21. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 70001-23-31-000-0242 (2055-99).

22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01135-01(3686-14), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia de 10 de diciembre de 2015, número interno 1412-2014, ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia de 29 de noviembre de 2012, número interno 1781-2012, iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de febrero de 2012, número interno: 1592-2010; iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia 11 de septiembre de 2003, número interno 4714-2001.

23. 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.

24. «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: [...]»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:31:57