



## Sentencia 2016-00693 de 2021 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – No afecta su validez no dejar constancia del motivo en la hoja de vida

La anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia, por lo que su omisión no puede generar la nulidad del mismo sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. Luego, en el evento en que no se deje la constancia en la respectiva hoja de vida, el servidor puede solicitar a la administración que proceda a cumplir con el contenido del Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, pero su ausencia no constituye un vicio del acto administrativo en el que se adoptó la decisión. En consecuencia, pese a que en el caso concreto no se dejó constancia en la hoja de vida de cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la remoción, ya que, como se evidencia en las pruebas que obran el expediente, con posterioridad a la expedición del Decreto 160 de 2016 tan solo se adjuntó la Resolución 131 de 9 de febrero de 2016 en la que se liquidaron las prestaciones sociales definitivas de Luz Miryam Díaz, ello no da lugar a la nulidad del acto administrativo demandado, pues así lo ha señalado esta sala, tal como se expuso anteriormente

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / FUERO DE ESTABILIDAD REFORZADO DE PREPENSIONADO

La condición de prepensionado no altera la naturaleza jurídica del vínculo entre el trabajador y el empleador, por lo que, si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, quien demanda tiene la obligación de demostrar que la declaración de insubsistencia del nombramiento afectó sus derechos fundamentales y sus expectativas de pensionarse. Así las cosas, una eventual protección del servidor se justifica cuando la decisión de declarar insubsistente el nombramiento puede impedirle acceder al derecho a una pensión. (...) a pesar de que en el expediente no se encuentra el certificado de semanas cotizadas para la fecha en la que se expidió el acto demandado, al consultar el Registro Único de Afiliados del Sistema Integrado de Información de la Protección Social establecido por el Gobierno Nacional, se advierte que a la señora Luz Miryam Díaz Cardona le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución 270202 de 17 de octubre de 2018 expedida por Colpensiones, dentro del régimen general de pensiones, motivo por el cual para esta Sala es claro que en el momento de proferir este fallo no hay lugar a declarar la protección de su condición de prepensionada, puesto que sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social no se vieron afectados por la decisión de declarar insubsistente su nombramiento. NOTA DE RELATORÍA: Sobre las reglas de la estabilidad laboral del prepensionado, ver: Corte Constitucional SU 003 de 2018

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

Dado que en la demanda se argumentó que el acto de insubsistencia fue suscrito por el recientemente elegido gobernador del Departamento de Risaralda, se justifica la decisión de la nueva administración de declarar insubsistente el nombramiento de la señora Díaz Cardona, como quiera que se trata de un cargo con especial relevancia, en el cual es necesario contar con una persona de la entera confianza del nominador, puesto que dentro de las funciones se encontraba la de la dirección de las actividades de fiscalización en materia tributaria del Departamento, las cuales le pueden acarrear responsabilidad fiscal, disciplinaria e inclusive penal al gobernador.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00693-01(2814-18)

Actor: LUZ MIRYAM DÍAZ CARDONA

Demandado: DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Tema: declaración de insubsistencia de nombramiento de servidor de libre nombramiento y remoción en condición de prepensionado

I. ASUNTO

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de febrero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las súplicas de la demanda de la referencia.

II. ANTECEDENTES.

2.1. Pretensiones

Luz Miryam Díaz Cardona, por intermedio de apoderado judicial, demandó la nulidad del Decreto 160 de 5 de febrero de 2016, por medio del cual el gobernador de Risaralda declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de directora administrativa de fiscalización y gestión de ingresos de la Secretaría de Hacienda del departamento.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo y el pago de las siguientes sumas: asignación básica, servicios especiales, incentivo de localización, prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados desde el momento en que se profirió el acto administrativo hasta aquel en que efectivamente se produzca el reintegro.

Además, que se ordene pagar intereses moratorios sobre los valores que se reconozcan en la sentencia, desde el momento en que se declaró la insubsistencia del nombramiento hasta el momento en que se profiera la sentencia que ponga fin al proceso.

Por último, que la sentencia que ponga fin al proceso se cumpla en los términos del Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que se condene en costas a la parte demandada.

2.2. Hechos

En la demanda se narraron los hechos relevantes que a continuación se resumen:

La señora Luz Miryam Díaz Cardona nació el 14 de mayo de 1961.

Por medio del Decreto 5 de 4 de enero de 2012 fue nombrada en el cargo de directora administrativa, código 009-30 en la Dirección de Fiscalización y Gestión de Ingresos de la Secretaría de Hacienda, empleo de libre nombramiento y remoción.

El 25 de noviembre de 2015 la señora Díaz Cardona presentó un derecho de petición al gobernador de Risaralda, en el que solicitó la aplicación del Artículo 12 de la Ley 790 de 2002, pues a la fecha tenía 54 años de edad y, por ende, le faltaban menos de 3 años para acceder a la pensión.

La solicitud fue resuelta por medio de la Resolución 330 de 14 de diciembre de 2015 en la que el gobernador contestó que no había lugar a aplicar la disposición invocada por la señora Cardona, ya que no existía en el momento un programa de renovación pública del que se pudiera derivar la supresión del empleo que esta ocupaba.

Frente a lo anterior, la señora Díaz Cardona interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera negativa por parte de la administración departamental a través de la Resolución 330 de 14 de diciembre de 2015.

Por medio del Decreto 160 de 5 de febrero de 2016, se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de directora administrativa, código 009-30 en la Dirección de Fiscalización y Gestión de Ingresos de la Secretaría de Hacienda, sin que en el documento se hayan expresado las razones en que se fundamentó la decisión.

En la hoja de vida de Luz Miryam Díaz Cardona tampoco se dejó constancia de los motivos que dieron lugar a la declaración de insubsistencia del nombramiento.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación

El señor apoderado de la demandante invocó como vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 6, 29, 90, 93, 217, 318 y 365.
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículos 1, 11 y 22.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Ley 1437 de 2011.
- Ley 446 de 1998

Como argumento de la violación indicó que se desconoció el contenido del Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en el que se dispuso que en los **Sentencia 2016-00693 de 2021 Consejo de Estado** **EVA - Gestor Normativo**

casos de insubsistencia del nombramiento de los servidores que no pertenecen a la carrera administrativa se requiere dejar constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Adicionalmente, manifestó que la falta de motivación del acto de insubsistencia del nombramiento constituye un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia.

Por otra parte, hizo referencia a providencias de la Corte Constitucional relativas a las declaraciones de insubsistencia en procesos de renovación en la administración; y sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico, sin que se haya desarrollado cómo encajan en el caso de Luz Miryam Díaz Cardona.

#### 2.4. Contestación de la demanda

El Departamento de Risaralda por intermedio de apoderado contestó la demanda y se opuso a las pretensiones pues la figura del retén social tan solo se aplica a los casos de renovación de la administración y no se puede predicar de los empleos de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual la señora Díaz Cardona no es beneficiaria de la disposición contenida en la Ley 790 de 2002.

Adicionalmente, sostuvo que en la sentencia SU 897 de 2012, se dejó claro que los prepensionados serían los empleados de las entidades liquidadas o en desarrollo de los programas de renovación de la administración pública, posición compartida por el Consejo de Estado en la sentencia de 24 de octubre de 2013<sup>1</sup>.

#### 2.5. Decisiones relevantes en la audiencia inicial<sup>2</sup>

En la audiencia inicial se fijó el litigio en los siguientes términos:

«... el objeto de la decisión se circumscribe a determinar, conforme a los fundamentos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, la juridicidad del acto administrativo contenido en el Decreto No. (sic) 0160 del 5 de febrero de 2016, por medio del cual el Gobernador (sic) del Departamento de Risaralda declaró insustancial el nombramiento de la actora en el cargo de Directora (sic) Administrativa (sic) de la Secretaría de Hacienda de dicha entidad, y si de manera consecuencial es procedente su reintegro al mismo cargo y el pago de emolumentos dejados de percibir por su desvinculación, a lo cual se opone la entidad demandada, indicando que el acto administrativo enjuiciado es legal y por su naturaleza no requería motivación».

#### 2.6. Sentencia de primera instancia<sup>3</sup>

El Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demanda, debido a que el cargo que ocupaba la señora Díaz Cardona era de libre nombramiento y remoción, lo que le permitía al nominador disponer de manera discrecional del mismo, sin necesidad de motivación al respecto, pues se presume que se fundamenta en razones de buen servicio.

A lo anterior agregó que la sola condición de encontrarse próxima a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración, en especial en casos en los que el empleo es del nivel directivo, dada la alta calidad y elevadas responsabilidades que exigen el máximo grado de confianza.

#### 2.7. Recurso de apelación<sup>4</sup>

El apoderado de la parte demandante apeló la anterior decisión pues la entidad demandada incumplió lo dispuesto en el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que ordena dejar constancia de los motivos de la insubsistencia en la hoja de vida, circunstancia que a su juicio da lugar a la nulidad del acto demandado, y al respecto, señaló que en la sentencia de primera instancia no se hizo el análisis de este cargo.

Adicionalmente, manifestó que la señora Luz Miryam Díaz Cardona tenía la condición de prepensionada lo que la hacía destinataria de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, a lo que agregó que en el momento en el que se produjo la terminación del vínculo se estaba presentando un proceso de restructuración de la planta de personal en el departamento.

Por último, sostuvo que además de la edad, la demandante tenía que ser objeto de especial protección debido a que sufría del síndrome del manguito rotador y de hipertensión arterial sistólica y diastólica, enfermedades de las cuales la Administración tenía pleno conocimiento y cuyas pruebas reposan en el expediente.

#### 2.8. Alegatos de conclusión

La entidad demandada, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda<sup>5</sup>.

El apoderado de Luz Miryam Díaz reprodujo los argumentos de la demanda y del recurso de apelación<sup>6</sup>.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Competencia

De conformidad con el Artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>7</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

3.2. Marco de análisis de la segunda instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 328 del Código General del Proceso<sup>8</sup>, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayanapelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

3.3. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos por la demandante en el recurso de apelación, esta Sala deberá determinar si la falta de la constancia en la hoja de vida de los motivos que dieron lugar al acto de insubsistencia del nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción acarrea como consecuencia que se declare nulo; adicionalmente, se establecerá si el hecho de que la demandante se encontrara próxima a reunir el requisito de edad para acceder a la pensión, implica la imposibilidad de retirarla del cargo, y, por último, si la señora Díaz Cardona tenía derecho a la estabilidad reforzada derivada de precarias condiciones de salud.

3.4. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción y la obligación de dejar constancia de los motivos de la decisión en la hoja de vida.

En el Artículo 125 de la Constitución Política se dispuso que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y dentro de las excepciones de esta se incluyeron los cargos de libre nombramiento y remoción.

En desarrollo del citado Artículo de la Constitución Política, el legislador expidió la Ley 909 de 2004 con el propósito de regular el sistema de empleo público y en el Artículo 1, se identificaron los siguientes:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

Esta disposición se desarrolló con mayor detalle en el Artículo 5 *ibidem* en el cual se enunciaron diferentes criterios para establecer un cargo como de libre nombramiento y remoción, que, en términos generales, corresponden al alto grado de confianza o a la naturaleza de funciones (directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional).

La Corte Constitucional<sup>9</sup> estableció que bien sea por la alta confianza o por las especiales funciones, se justifica que exista un tratamiento distinto en la aplicación de los fueros de estabilidad respecto del que tienen los empleados de carrera, lo que se concretó en el texto del Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, en donde se estableció la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado».

Como se puede apreciar, el legislador previó una excepción a la regla general de motivación de los actos administrativos de remoción de los empleados que pertenecen a esta última categoría.

Es necesario precisar que el contenido de la disposición no equivale a una autorización del legislador para que la administración obre de manera arbitraria.

En ese sentido, esa facultad discrecional se debe ejercitar de acuerdo con criterios mínimos de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general<sup>10</sup>, en los términos del Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>11</sup>, el cual constituye un límite a la facultad discrecional de remoción.

Por su parte, el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 determinó que si bien es cierto se puede declarar insubsistente un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción sin motivación, debe dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Este Artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «sin motivar la providencia», lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, con base en los siguientes argumentos:

«En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

(...)

9. El Artículo 26 del decreto (sic) Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del Artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

(...)

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, 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 existe la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma»<sup>12</sup>.

Ahora bien, esta Corporación ha señalado que la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia, por lo que su omisión no puede generar la nulidad del mismo sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber<sup>13</sup>.

Luego, en el evento en que no se deje la constancia en la respectiva hoja de vida, el servidor puede solicitar a la administración que proceda a cumplir con el contenido del Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, pero su ausencia no constituye un vicio del acto administrativo en el que se adoptó la decisión.

En consecuencia, pese a que en el caso concreto no se dejó constancia en la hoja de vida de cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la remoción, ya que, como se evidencia en las pruebas que obran el expediente, con posterioridad a la expedición del Decreto 160 de 2016 tan solo se adjuntó la Resolución 131 de 9 de febrero de 2016<sup>14</sup> en la que se liquidaron las prestaciones sociales definitivas de Luz Miryam Díaz, ello no da lugar a la nulidad del acto administrativo demandado, pues así lo ha señalado esta sala, tal como se expuso anteriormente.

Ahora bien, conforme se anunció previamente, es necesario analizar, si por tratarse de una persona que se encontraba en condición de prepensionada, no se podía producir la declaración de insubsistencia del nombramiento pese a que el cargo que ocupaba era de libre nombramiento y remoción.

### 3.5. La estabilidad laboral del prepensionado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

En la sentencia SU 003 de 2018<sup>15</sup>, la Corte Constitucional fijó las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con los prepensionados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción:

- Por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, pues ello supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, es decir a la confianza plena y total o el tipo de funciones (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional).

- Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente, pues con ello no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Ahora bien, en la providencia citada se realizó una diferenciación entre los conceptos de «retén social» y de «prepensión» pues los primeros son

aquellos que se puedan ver perjudicados por los programas de renovación de la administración pública, mientras que los segundos son aquellas personas a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Como se desprende de lo anterior, y de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, en el caso concreto se trata de un caso de una persona que eventualmente podría beneficiarse de la figura del prepensionado.

Es necesario poner de presente que con esta figura se busca proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a esta prestación social.

En consecuencia, la Corte Constitucional estableció que en los casos en los que solo falte cumplir el requisito de edad y se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción no existe ninguna garantía de prepensión, pues la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social Integral, por lo que la desvinculación no frustra el acceso a la pensión de vejez.

Esta Corporación también ha señalado que los prepensionados son sujetos de especial protección, pero dicha circunstancia no impide el ejercicio de la potestad discrecional de remoción.

Recientemente, en la sentencia del 12 de julio de 2018<sup>16</sup> esta Sala afirmó que la condición de prepensionado no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pero se debe analizar la afectación de derechos fundamentales. Además, se puso de presente que la condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro del trabajador, sino que se requiere demostrar que la desvinculación pone en riesgo los derechos fundamentales del empleado, respecto de lo cual la edad es un indicador de la dificultad de integrarse al mercado laboral, pero que esta circunstancia se debe analizar junto con las posibilidades de percibir ingresos de otras fuentes.

En ese orden de ideas, se advierte que la condición de prepensionado no altera la naturaleza jurídica del vínculo entre el trabajador y el empleador, por lo que, si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, quien demanda tiene la obligación de demostrar que la declaración de insubsistencia del nombramiento afectó sus derechos fundamentales y sus expectativas de pensionarse.

Así las cosas, una eventual protección del servidor se justifica cuando la decisión de declarar insubsistente el nombramiento puede impedirle acceder al derecho a una pensión.

### 3.6. Análisis del caso concreto.

En el caso *sub lite* está demostrado lo siguiente:

- La señora Luz Miryam Díaz Cardona fue nombrada el cargo de directora administrativa, código 009-30 en la Dirección de Fiscalización y Gestión de Ingresos de la Secretaría de Hacienda de Risaralda a través del Decreto 005 de 4 de enero de 2012, en el cual se dejó constancia que se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción<sup>17</sup>.
- A través del Decreto 160 de 5 de febrero de 2016 se declaró insubsistente el nombramiento de Luz Miryam Díaz Cardona en el cargo de directora administrativa, código 009-30 en la Dirección de Fiscalización y Gestión de Ingresos de la Secretaría de Hacienda de Risaralda<sup>18</sup>.
- Para el momento en que se profirió el acto administrativo demandado, la señora Díaz Cardona tenía la edad de 54 años, 8 meses, y 21 días, toda vez que nació el 14 de mayo de 1961<sup>19</sup>.

Tal como se desprende de la jurisprudencia citada, el hecho de encontrarse cerca de la pensión de vejez no implica la protección automática del servidor que se encuentra en un cargo de libre nombramiento y remoción por lo que se debe analizar su situación personal.

Ahora bien, a pesar de que en el expediente no se encuentra el certificado de semanas cotizadas para la fecha en la que se expidió el acto demandado, al consultar el Registro Único de Afiliados del Sistema Integrado de Información de la Protección Social establecido por el Gobierno Nacional<sup>20</sup>, se advierte que a la señora Luz Miryam Díaz Cardona le fue reconocida la pensión de vejez a través de la Resolución 270202 de 17 de octubre de 2018 expedida por Colpensiones, dentro del régimen general de pensiones, motivo por el cual para esta Sala es claro que en el momento de proferir este fallo no hay lugar a declarar la protección de su condición de prepensionada, puesto que sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social no se vieron afectados por la decisión de declarar insubsistente su nombramiento.

Es de resaltar que, de acuerdo con el Artículo 167 del Código General del Proceso, les corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, motivo por el cual gravitaba en cabeza del apoderado de la señora Díaz Cardona la demostración de que la declaración de insubsistencia del nombramiento de la demandante ponía en riesgo sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

Al no cumplir con esa carga, que en el caso concreto radicaba en la certificación de que además de la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez a su representada le faltaban semanas de cotización por cumplir, y, adicionalmente, que no contaba con ingresos que le permitieran subsistir de manera congrua, no se puede acceder a la protección que invoca, y, por lo tanto, no se puede declarar la nulidad del Decreto 160 de 5 de febrero de 2016.

Así las cosas, se debe tener en consideración que el cargo de director administrativo en la Secretaría de Hacienda implica el máximo grado de confianza<sup>21</sup>, no solo por las funciones de dirección, conducción u ordenación direccional, sino adicionalmente porque su indebido ejercicio puede comportar responsabilidad para el nominador.

A partir de lo anterior, y dado que en la demanda se argumentó que el acto de insubstancia fue suscrito por el recientemente elegido gobernador del Departamento de Risaralda, se justifica la decisión de la nueva administración de declarar insubstancial el nombramiento de la señora Díaz Cardona, como quiera que se trata de un cargo con especial relevancia, en el cual es necesario contar con una persona de la entera confianza del nominador, puesto que dentro de las funciones se encontraba la de la dirección de las actividades de fiscalización en materia tributaria del Departamento, las cuales le pueden acarrear responsabilidad fiscal, disciplinaria e inclusive penal al gobernador.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por la demandante, en ningún caso está probado que se tratara de un evento de renovación de la administración pública en los términos de la Ley 790 de 2002, pues sobre este punto la demandante solo realizó tal afirmación, sin que aportara prueba alguna que demostrara su dicho.

Así las cosas, esta Sala no encuentra una causa que diera lugar a la protección especial del prepensionado.

### 3.7. Especiales condiciones de salud de la demandante

En el recurso de apelación se señaló que en el caso concreto había lugar a proteger de manera especial a la señora Díaz Cardona, por el hecho de tratarse de una persona con síndrome del manguito rotador y con hipertensión.

Al respecto, esta sala encuentra que en si bien en la hoja de vida de la demandante se encuentran algunas incapacidades médicas<sup>22</sup> durante el vínculo que sostuvo la señora Díaz Cardona con el Departamento de Risaralda, estas no dan cuenta de una condición crónica que la ponga en un estado de debilidad manifiesta que amerite la protección de sus derechos fundamentales, a lo que cabe agregar que no se trata de hechos que se hayan expuesto en la demanda, ni de circunstancias que hayan sido objeto de la fijación del litigio, motivo por el cual no dan lugar a la nulidad del acto demandado.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

### 3.8. Costas.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho<sup>23</sup>, los llamados en la Ley 1437 de 2011 gastos ordinarios del proceso<sup>24</sup> y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestros, transporte de expediente al superior en caso de apelación. En cuanto a la condena en costas en vigencia del CPACA esta Corporación ya lo ha analizado con detenimiento.

En cuanto al recurso de apelación surtido ante esta Corporación, se condenará en costas la parte demandante en segunda instancia, toda vez que se cumplen los presupuestos de los numerales 1, y 3 del Artículo 365 del Código General del Proceso<sup>25</sup>, puesto que se ha resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y existió actuación del Departamento de Risaralda en segunda instancia.

Las mismas se liquidarán de acuerdo con lo establecido 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,

### RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 21 de febrero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de la presente sentencia. Las mismas se liquidarán de conformidad con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de octubre de 2013, expediente 1928-13, magistrada ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

2. Folio 315 del expediente.

3. Folio 321 a 328 del expediente.

4. Folios 330 y 331 del expediente.

5. Folios 351 vto a 356 del expediente.

6. Folios 358 a 371 del expediente.

7. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

8. «Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...].»

9. Corte Constitucional, sentencia SU 003 de 8 de febrero de 2018, magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de agosto de 2015, expediente 1847-2012, magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

11. Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

12. Corte Constitucional, sentencia C - 734 de 21 de junio de 2000, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 5 de octubre de 2016, expediente 2310-11, magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

14. Folios 220 a 223 cuaderno de pruebas.

15. Corte Constitucional, sentencia SU 003 de 8 de febrero de 2018, magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 12 de julio de 2018, expediente 2658-15, magistrado ponente: William Hernández Gómez.

17. Folio 9 del cuaderno de pruebas.

18. Folio 219 del cuaderno de pruebas.

19. Folio 4 del expediente.

20. <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>

21. En los folios 51 a 53 del cuaderno de pruebas se encuentra que por medio de la comunicación de 5 de enero de 2012 le fueron informadas las funciones del cargo de director administrativo de acuerdo con lo establecido en el Manual de Funciones. En este documento se le informa que el propósito del empleo consiste en «dirigir las actividades relacionadas con el control, liquidación y cobro de los diferentes aspectos relacionados con los impuestos departamentales, incidiendo en el incremento de las rentas propias del Departamento», y dentro de las funciones esenciales se destacan las de «dirigir, coordinar, controlar y evaluar el personal a su cargo, la organización de grupos de trabajo y la asignación de las responsabilidades correspondientes para el efectivo cumplimiento de las funciones de su área»; «coordinar la ejecución y definición de políticas públicas de acuerdo con el área de desempeño de la Dirección»; así como «coordinar en la Dirección a su cargo y participar en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Desarrollo del Departamento, a través de los diferentes instrumentos y directrices definidos por la Secretaría de Planeación Departamental», entre otras funciones

22. Folios 61, 64, 68, 69, 73, 77, 78, 147, 148, 193.

23. Artículo 361 del Código General del Proceso.

24. Artículo 171 n.<sup>o</sup> 4 en conc. Art. 178 ib.

25. 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. (...); 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda».

---

*Fecha y hora de creación: 2026-01-22 11:47:25*