



Sentencia 00285 de 2016 Consejo de Estado

La sola expectativa pensional no limita a la administración para declarar la insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción

(Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233300020120028501 (36852013) - 2/29/2016)

Así lo aclaró el Consejo de Estado luego de realizar un estudio jurisprudencial y dogmático sobre el alcance de la protección especial de estabilidad laboral. En efecto, precisó que esta figura se establece a quienes estén próximos a consolidar el estatus pensional, y 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. En virtud de lo anterior, explicó que la protección especial en razón a la condición de sujeto “prepensionado” resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres 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. No obstante, quien a la fecha de retiro del servicio ya tenga consolidado su estatus pensional no se encuentra en esta situación fáctica de sujeto “prepensionable”, 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 del 2003, señaló el alto tribunal. Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar dicha posición no tiene el alcance de disminuir 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, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

REF: EXPEDIENTE No. 050012333000201200285-01

NUMERO INTERNO 3685-2013

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

ACTOR: EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA

ASUNTO: LA EXPECTATIVA PENSIONAL DEL EMPLEADO NO LIMITA LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL NOMINADOR DE DECLARAR LA INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO EN LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita, dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 18 de julio de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA contra el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA.

ANTECEDENTES

El señor Edgar Augusto Arias Bedoya, mediante apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 0031-12 de 12 de enero de 2012, proferida por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Subgerente Financiero código 090, grado 032 a partir del 13 de enero de 2012.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada (i) al reintegro al cargo que venía desempeñando u otro empleo de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad desde el 13 de enero de 2012, (ii) a reconocer y pagar todas las sumas por concepto de salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos que dejó de recibir, desde el 13 de enero de 2012 hasta que se produzca el reintegro, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia, (iii) a declarar que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Finalmente pidió que las sumas resultantes de las condenas sean actualizadas, que se paguen los intereses comerciales y moratorios, y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de ley.

Las pretensiones de la demanda se sustentan en los siguientes

HECHOS:

El señor Edgar Augusto Arias Bedoya laboró en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (en adelante IDEA) del 25 de mayo de 1983 al 03 de diciembre de 1997 y del 22 de septiembre de 1999 al 12 de enero de 2012.

Mediante Resolución No. 0031-12 de 12 de enero de 2012, expedida por el Gerente general del IDEA fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Subgerente Financiero del nivel directivo, código 090, grado 032, a partir del 13 de enero de 2012, inclusive. La anterior decisión fue comunicada mediante oficio No. 000248 de 12 de enero de 2012.

Refiere que la decisión de insubsistencia se produjo a pesar de que el actor se encontraba a la espera del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del Seguro Social y su ingreso a la nómina de pensionados, hecho que era conocido por la administración, por lo que considera que se le han vulnerado los derechos fundamentales y se han transgredido, el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2007, declarado exequible mediante Sentencia C-1037 de 2003 y el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Informa que el 20 de diciembre de 2011, presentó ante el Seguro Social, solicitud para el reconocimiento de su pensión por haber laborado un total de 27.5 años en el sector público y tener 55 años de edad.

Manifiesta que para el 30 de junio de 1995, cuando entró en vigencia el sistema pensional a nivel territorial, contaba con 15 años de servicios para ser beneficiario del régimen de transición, razón por la que considera que le era aplicable la Ley 33 de 1985, norma que consagra como requisitos 20 años de servicios y 55 años de edad.

El último salario devengado fue la suma de \$7'252.556, prima de vida cara \$7'252.556, prima de navidad \$7'252.556 y prima de servicios \$7'252.556.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, el artículo 48.

De orden legal: Ley 797 de 2003, artículo 9 parágrafo 3 y Ley 909 de 2004, artículo 41.

Al explicar el concepto de violación, se sostiene en la demanda que se vulneraron las disposiciones legales por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo y la seguridad social como derechos fundamentales; en tal sentido, afirmó que los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el presente caso.

Se indicó que la administración no tuvo en cuenta que según las normas invocadas, solo podía darse por terminada la relación legal o reglamentaria cuando fuera notificada la resolución de reconocimiento pensional y su inclusión en nómina de pensionados, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, disposición que rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

Se argumentó que, en sentencia C-501 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que consagra como causal de retiro del servicio el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se notifique debidamente la inclusión en la nómina de pensionados, razón por la que afirma que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional.

Se afirmó que la discrecionalidad del nominador no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico como sucedió en el caso del actor, sin esperar que el Seguro Social decidiera su derecho pensional mediante acto administrativo.

Indicó el demandante que no pretende la inamovilidad laboral sino que se respeten sus derechos mínimos y los de su familia hasta que el Seguro Social le reconozca la prestación económica, de manera que pueda sustituir los ingresos laborales recibidos en calidad de empleado público del IDEA con las mesadas pensionales del Seguro Social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA, se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (fs. 80 a 83):

Sostuvo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por cuanto no tienen fundamento legal.

Manifestó que el demandante no informó al Instituto el trámite de la pensión de vejez, por lo tanto no era posible que se tuviera conocimiento del mismo.

Precisó que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción como es el caso del demandante, es procedente en forma inmotivada y se presume encaminada a la buena prestación del servicio.

Solicitó declarar la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por considerar que la entidad actuó en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la ley frente a los empleos de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 5 de la Ley 443 de 1998.

LA SENTENCIA APELADA

El 18 de julio de 2013, en la oportunidad prevista por el inciso final del artículo 181² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, negando las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (fs. 185 a 192):

Sostuvo que la facultad de libre nombramiento y remoción se justifica por tratarse de cargos de alta dirección, responsabilidad y confianza del nominador.

Afirmó que el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, consagró el retiro por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción y el párrafo segundo reiteró el carácter inmotivado de dicha decisión.

Se refirió a la causal “e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez”, para sostener que dicha norma se refiere únicamente a los funcionarios de carrera como lo interpretó la Corte Constitucional en la sentencia C-501 de 2005.

Concluyó que el acto mediante el cual se declaró insubsistente al señor Edgar Augusto Arias Bedoya no viola las normas citadas, toda vez que la entidad actuó en uso de la facultad discrecional, por cuanto el cargo que ocupaba el demandante es de libre nombramiento y remoción y el hecho de encontrarse adelantando el trámite para el reconocimiento de la pensión de vejez no le otorgaba fuero de estabilidad, ya que si bien la Ley 790 de 2002 en su artículo 12 otorgó una protección especial a los pre pensionados, ello comprende a quienes se encuentren escalafonados en carrera.

Condenó en costas a la parte demandante con fundamento en el artículo 188 del CPACA.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se resumen a continuación (fs. 198 a 205):

Afirma que el Tribunal realizó una “interpretación errada” toda vez que las causales de retiro establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 cobijan a empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción.

Manifiesta que siendo la obtención de la pensión de jubilación o vejez una causal de retiro del servicio, sin distinguir si se trata de empleado de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, este retiro o declaratoria de insubsistencia no se puede dar sin que al empleado se le haya notificado debidamente su inclusión en la nómina de pensionados, pues tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional porque se trata de asegurarle al trabajador y a su familia, los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos constitucionales.

Apoya sus argumentos en una sentencia de tutela proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca que protegió los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social de la parte demandante por tratarse de una persona prepensionable.

Sostiene que la protección que ordena la ley a las personas pre pensionables se predica para toda clase de empleados, sean públicos o privados, de carrera o de libre nombramiento y remoción, conclusión que confirma el Decreto 2245 de 31 de octubre de 2012, el cual reglamentó el inciso primero del párrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que a su vez fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual garantizó tanto a empleados del sector privado como público, sin distinguir si se trata de empleados de libre nombramiento y remoción o empleados de carrea, que no haya solución de continuidad entre la fecha del retiro y la fecha en que efectivamente se comienza a disfrutar de la pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA en esta oportunidad sostuvo que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución No. 0031 de 12 de enero de 2012, reiteró que dicho acto no viola las normas invocadas porque la entidad actuó en ejercicio de su facultad discrecional tratándose de un empleo de libre nombramiento y remoción, facultad que no está limitada por el hecho de que el demandante sea pre pensionable (fs. 224 a 227).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

1. Problema Jurídico.

En los términos del recurso de apelación interpuesto, debe la Sala resolver el siguiente interrogante: ¿Es nulo el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, quien desempeñaba un empleo de libre nombramiento y remoción, por haberse expedido con anterioridad al reconocimiento de la pensión de vejez que había solicitado?

Para resolver la cuestión, la Sala se referirá en su orden, a i) la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y sus límites constitucionales, ii) la causal de retiro con derecho a pensión, iii) lo probado en el proceso, iv) caso concreto, los motivos de impugnación v) La protección especial a los sujetos que están próximos a pensionarse, vi) conclusiones.

2. Marco Jurídico.

.- Facultad Discrecional. Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

“Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”.

(negrilla fuera de texto).

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

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

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece 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.”.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad³

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

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido⁵, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

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

La Ley 797 de 2003 se enmarca dentro de los ajustes a la Ley 100 de 1993 que una década después de su expedición introdujo el Congreso a iniciativa del Gobierno, dado que éste último estimó esos ajustes como indispensables para la viabilidad del sistema pensional.

En lo que se refiere concretamente a los ajustes que introduce la referida Ley 797 de 2003, advierte la Sala que su artículo 9, través del cual se modifica el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, estableció 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 establecidos para tener derecho a una prestación pensional.

Para mayor ilustración se transcribe el aparte pertinente del referido artículo 9 de la Ley 797 de 2003:

“ARTÍCULO 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: (...)

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

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

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. (...).”.

Una lectura literal de la disposición antes transcrita le permite afirmar a la Sala lo siguiente:

i) El parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 establece como 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 establecidos en la ley y, en consecuencia, le haya sido reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

ii) La disposición en cita señala, de manera expresa, que sus destinatarios son los trabajadores del sector privado y los servidores públicos, esto es, los empleados públicos vinculados a la administración mediante una relación legal y reglamentaria y, así mismo, los trabajadores oficiales a través de contrato de trabajo.

iii) El hecho de que el parágrafo 3 de la Ley 797 de 2003 disponga que el empleador “podrá” disponer el retiro del trabajador o servidor público, de que se trate, supone en todo caso una potestad en cabeza del empleador quien, en últimas, decidirá sobre la permanencia de estos en el servicio a pesar de que se verifique el reconocimiento prestacional.

iv) El inciso segundo del párrafo en comento estableció que en el 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.

v) Finalmente, debe decirse que el párrafo 3 del artículo 9 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, contrario a lo señalado en la Ley 797 de 2003, dispone 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.”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003 declaró la exequibilidad condicionada del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En esa oportunidad, la Corte Constitucional consideró en primer lugar que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política el legislador contaba con una amplia libertad para configurar las causales de terminación de una relación laboral, siempre que con ellas no se menoscabara la libertad, la dignidad humana y/o los derechos de los trabajadores.

En lo que se refiere propiamente a la causal de retiro del servicio en comento, estimó la Corte que la misma resultaba razonable: i) en la medida en que la persona que es retirada del servicio, al haber consolidado su estatus pensional y reconocérsele la pensión, cuenta con la posibilidad de disfrutar los ahorros acumulados durante toda su vida laboral lo que, que en la práctica impide, una situación de orfandad prestacional y, ii) adicionalmente, porque el retiro en estas condiciones materializa el derecho a la igualdad de condiciones; dado que permite que otras personas accedan al mercado laboral ya sea en los sectores público o privado.

No obstante lo anterior, en desarrollo de la garantía efectiva de los derechos⁶, la Corte Constitucional consideró que no bastaba la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, para ordenar el retiro del trabajador o servidor público. Lo anterior, al precisar que, en estos casos, se hacía necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente para que procediera la referida causal de retiro, esto, con el fin de que el cambio de estatus de trabajador activo a pensionado no comporte materialmente la imposibilidad de percibir un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del servidor o trabajador objeto de la medida de retiro.

Para mayor ilustración se transcriben algunos apartes de la sentencia C- 1037 de 2013:

“Análisis de los cargos formulados

(...)11.- La Corte considera que el mandato constitucional previsto en el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

La desmejora en los ingresos del trabajador al cambiar su status de trabajador activo al de pensionado, dado que en el mejor de los casos recibirá lo equivalente al 75% de su salario, no puede traducirse tampoco en que no reciba la mesada pensional durante ese intervalo de tiempo, puesto que dicha situación cercenaría, también, la primacía que la Carta reconoce a los derechos inalienables de la persona, en este evento del trabajador.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión. (...).”.

De otra parte, 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 estén desempeñando 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”.

3. Lo probado en el proceso.

- El cargo desempeñado y su naturaleza jurídica: El demandante prestó sus servicios en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA en los siguientes cargos y periodos de tiempo: (i) del 25 de mayo de 1983 hasta el 03 de diciembre de 1997, desempeñando los cargos de Profesional Estadístico de la Dirección Económica, Asesor Económico, Director de Planeación, Jefe de Programa de Cuentas, Jefe de Departamento de Tesorería, Subgerente Financiero, según certificación expedida a folios 137 a 150, y (ii) del 22 de septiembre de 1999 hasta el 12 de enero de 2012, en el empleo de Subgerente Financiero, siendo su naturaleza de libre nombramiento y remoción, hecho que se desprende de la certificación allegada a folios 12 y 13, expedida por la Directora Operativa de Gestión Humana del IDEA el 09 de julio de 2012.

En ese orden, se tiene que el último cargo desempeñado por el señor Edgar Augusto Arias Bedoya fue el de Subgerente Financiero Código 90, grado 03, tal y como se desprende de la Resolución de Gerencia No. 0142 de 26 de abril de 2011 (fs. 489 a 503) y acta de posesión de la misma fecha, allegada al folio 504 del cuaderno No. 2 que contiene la hoja de vida del actor, cargo de libre nombramiento y remoción que pertenece al

nivel Directivo de la entidad demandada.

- El retiro por declaratoria de insubsistencia del nombramiento: Mediante Resolución de Gerencia No. 0031 de 12 de enero de 2012, el actor fue declarado insubsistente del cargo de Subgerente Financiero, adscrito a la gerencia General del IDEA, a partir del 13 de enero de 2012, con fundamento en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que consagra como causal de retiro la declaratoria de insubsistencia (f. 17). Dicho acto fue comunicado al actor mediante oficio 000248 de 12 de enero de 2012 (f. 18).

-La solicitud de reconocimiento pensional: Del oficio allegado al folio 171 del expediente, suscrito por el Gerente II del Seguro Social, se desprende que el señor Edgar Augusto Arias Bedoya presentó solicitud de pensión por vejez ante el ISS, el 20 de diciembre de 2011, circunstancia que fue comunicada por dicho Instituto a la Directora de Gestión Humana del IDEA, el 31 de enero de 2012.

- Reconocimiento pensional. A través de la Resolución No. 025613 de 14 de septiembre de 2012, expedida por el ISS Seccional Antioquia, le fue reconocida al actor la pensión de vejez, a partir del 13 de enero de 2012, en cuantía mensual de \$5'481.846, con fundamento en la Ley 33 de 1985 (fs. 105 y 106).

4. Análisis del caso

Considera el actor que la facultad discrecional del nominador en este caso se ejerció contradiciendo las garantías constitucionales como el debido proceso, el derecho de defensa y la seguridad social, y se le causó un perjuicio enorme a él y toda su familia al retirarlo del servicio sin esperar que el Seguro Social decidiera su derecho pensional mediante acto administrativo, toda vez que no podía existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional.

La Resolución No. 0031-12 de 12 de enero de 2012⁷ proferida por el Gerente General del IDEA, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Edgar Augusto Arias Bedoya en el cargo de Subgerente Financiero, Nivel Directivo, Grado 032, Código 090, adscrito a la Gerencia General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, a partir del 13 de enero de 2012, motivó la declaratoria de insubsistencia en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

"A. Que mediante Resolución de Gerencia número 399 del 03 de diciembre de 2007, el señor Edgar Augusto Arias Bedoya, identificado con cédula número 70'081.912, fue nombrado mediante nombramiento ordinario, en el cargo de Subgerente Financiero, Nivel Directivo, código 090, Grado 03, en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia.

B. Que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, establece que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente a sus empleados.

C. Que el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 señala como causal de retiro del servicio, para los empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia.

D. Que el Gerente General del Instituto, conforme a las facultades que tiene como nominador,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°: *Declarar insubsistente el nombramiento del señor Edgar Augusto Arias Bedoya, identificado con cédula número 70'091.912 en el cargo de Subgerente Financiero, Nivel Directivo, Grado 032, Código 090, adscrito a la Gerencia General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA, a partir del 13 de enero de 2012, inclusive."*

De acuerdo con lo consignado en el acto acusado, la causal invocada por la administración para retirar del servicio al actor, fue la prevista en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, "declaratoria de insubsistencia del nombramiento", con fundamento en (i) el poder discrecional del nominado, y (ii) la naturaleza de libre nombramiento y remoción del empleo desempeñado por el actor como Subgerente Financiero.

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda por considerar que la administración actuó en ejercicio de la facultad discrecional toda vez que el demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción; indicó además que el hecho de encontrarse adelantando el trámite para el reconocimiento de la pensión de vejez no le otorgaba fuero de estabilidad, en tal sentido, anotó que la facultad discrecional de libre remoción es autónoma y no está condicionada a que el servidor sea incluido en la nómina de pensionados porque esta condición opera solo para servidores de carrera administrativa.

El demandante apeló la decisión anterior; en su recuso expresó los siguientes motivos de impugnación (i) que la administración no actuó conforme a derecho en uso de la facultad discrecional porque la discrecionalidad absoluta no existe, y (ii) que la causal de retiro con derecho a pensión de jubilación o vejez, previsto en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, también cobija a los empleos de libre nombramiento y remoción, y está condicionada a que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente; razón por la que considera que es "ilegal" la terminación unilateral de su relación laboral sin esperar a que se le hubiera reconocido la pensión de vejez y notificado la inclusión en nómina.

A continuación la Sala abordará los motivos de impugnación invocados por la parte apelante:

4.1. Motivos de impugnación

4.1.1. El primer motivo de censura plantea que la administración no actuó conforme a derecho porque la facultad discrecional absoluta no existe.

Al respecto, la Sala retoma las reglas jurisprudenciales trazadas por la Corporación frente al ejercicio de la facultad discrecional en los empleos de libre nombramiento y remoción: (i) el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo es precisamente 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, (ii) La medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados (iii) en tal sentido, se afirma que la discrecionalidad no es absoluta sino que ha de ser ejercida dentro de límites justos y ponderados, (iii) por lo tanto, las autoridades en ejercicio del poder discrecional, no pueden extralimitarse, ni desconocer los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional.

En tal contexto, la facultad discrecional de remover libremente al personal no puede sustentarse en razones diferentes a las del buen servicio y debe ejercerse en consonancia con el interés general (art. 2º C.P.), motivo por el cual se presume que su motivación obedece a razones del buen servicio.

En ese orden, para desvirtuar la presunción de legalidad del poder discrecional, le corresponde al actor la carga probatoria de llevar al juzgador a la convicción plena de que el fin perseguido con la decisión discrecional de retiro por declaratoria de insubsistencia se alejó de la finalidad del buen servicio, y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.

Del material probatorio allegado, advierte la Sala que la Resolución No. 0031-12 de 12 de enero de 2012, por la cual la administración dispuso el retiro del servicio del actor, contiene un mínimo de motivación justificante en los siguientes supuestos de hecho y de derecho invocados por la administración: (i) el poder discrecional del nominador contenido en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que establece como causal de retiro, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en empleos de libre nombramiento y remoción, y (ii) la naturaleza del cargo desempeñado por el actor como Subgerente Financiero, clasificado como de libre nombramiento y remoción.

Estima la Sala que el contenido del acto demandado cumplió las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio, por lo tanto, le correspondía al actor desvirtuar la presunción de legalidad de dicha decisión.

En el expediente no obra prueba alguna tendiente a desvirtuar los motivos que inspiraron la declaratoria de insubsistencia, es decir, el actor no demostró que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y que por tal razón, se apartó del buen servicio.

Sobre la necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto discrecional de retiro por declaratoria de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción, la Sala ha considerado⁸:

"Así, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables.

Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.

Así las cosas, no figura dentro del acervo probatorio medio de convicción alguno que permita evidenciar que el nominador incurrió en desviación de poder al declarar insubsistente el nombramiento de la señora Luz Ened Gómez Posada, como Auxiliar de Enfermería, código 555, de la Empresa Social del Estado Hospital San Juan de Dios de Valdivia, Antioquia, y, mucho menos, que en su reemplazo hubiera sido designada una persona sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del referido empleo".

De lo anterior se concluye que el juzgador debe tener convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma; de esta manera, la mera afirmación de que la administración no actuó ajustada a derecho no es suficiente, resulta necesario que se presente al fallador los elementos de juicio de los cuales pueda deducir que en la referida desvinculación del servicio la administración no actuó conforme a derecho.

En síntesis, en el presente caso, no se demostró un fin ajeno al servicio público; el actor no acreditó de qué manera la administración pudo afectar el buen servicio con la decisión de retiro, limitándose a afirmar que la administración no actuó ajustada a derecho porque no podía terminarse la relación laboral sin esperar que se produjera el acto de reconocimiento pensional y su inclusión en la nómina de pensionados.

Tampoco aparece prueba que permita demostrar que la solicitud de reconocimiento pensional elevada por el demandante tuvo incidencia en la declaratoria de su insubsistencia; lo anterior por cuanto, del oficio 8222 visible al folio 171, se desprende que el Instituto del Seguro Social le informó al IDEA, el 30 de enero de 2012 la existencia del trámite del reconocimiento pensional solicitado por el demandante, fecha para la cual ya se había expedido el acto de retiro del servicio del actor (12 de enero de 2012).

En síntesis, el actor no logró demostrar que la razón o medida que tuvo en cuenta la administración al ejercer el poder discrecional de remoción, se apartó del buen servicio, por lo tanto, no desvirtuó la presunción de legalidad.

En ese orden, no aparece acreditada la relación causal entre el retiro del actor y la solicitud del reconocimiento pensional, por lo que no es factible concluir que el acto demandado es violatorio de la ley por esta circunstancia; en esa medida, no prospera el motivo de impugnación fundado en que la administración no actuó conforme a derecho en el ejercicio de la facultad discrecional.

4.1.2. El retiro con derecho a pensión. Plantea el apelante que es “ilegal” la terminación unilateral de su relación laboral sin esperar a que se le hubiera reconocido la pensión de vejez y notificado la inclusión en nómina.

En cuanto a la aplicación de la causal de retiro con derecho a pensión consagrada en el párrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la Sala estima necesario aclarar previamente, que en el presente caso, el retiro del servicio del actor tuvo como causa el ejercicio del poder discrecional contenido en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción desempeñado por el actor y no el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión.

Por lo anterior, no resulta acertado afirmar que la administración desconoció la regla establecida en el literal e) del referido artículo 41, cuando ésta no fue la norma jurídica que sirvió de “razón” o “medida” de la decisión discrecional de declaratoria de insubsistencia.

No se encuentra demostrada la relación causal entre el hecho de que el actor hubiera solicitado el reconocimiento de la pensión de jubilación y la decisión de declaratoria de insubsistencia, toda vez que, como se dijo, el acto de insubsistencia se produjo el 12 de enero de 2012, es decir, antes de que el Instituto del Seguro Social informara al nominador la existencia del trámite de reconocimiento pensional iniciado por el actor (30 de enero de 2012), motivo por el cual no es posible afirmar que la administración debía esperar la inclusión del actor en la nómina de pensionados, pues no fue esa la causal de retiro considerada por la entidad demandada para dar por terminada la relación laboral.

La Sala no encuentra probado que el actor, con anterioridad a la declaratoria de insubsistencia, informó a la administración la iniciación del trámite de reconocimiento pensional por cumplimiento de requisitos, y que este hecho determinó su retiro del servicio. No obra prueba alguna de la cual se desprenda que el demandante puso en conocimiento de la administración tal hecho antes de expedirse la declaratoria de insubsistencia.

De otra parte, del oficio 007722 de 03 de noviembre de 2011 (f. 15 y 16), expedido por la Directora Operativa de Gestión Humana, en el que se da respuesta a la solicitud de expedición de un certificado laboral sobre el cargo desempeñado y los salarios devengados en el último año por el actor, no es posible inferir que el actor hubiera informado a la administración que cumplía los requisitos para acceder al reconocimiento pensional.

En ese orden, el material probatorio aportado al expediente, lo que permite establecer, es que el retiro del servicio tuvo como causa el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, “por declaratoria de insubsistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción”, facultad que obedece al ejercicio del poder discrecional del nominador y se presume inspirada en razones del buen servicio.

Ahora bien, se plantea por el apelante que la administración “debió esperar” a que se expidiera el acto administrativo de reconocimiento pensional y su inclusión en nómina de pensionados, para no perder continuidad entre el salario y la pensión, como garantía de protección de sus derechos fundamentales al derecho de defensa y seguridad social por estar próximo a pensionarse.

Al respecto, debe indicarse que no le asiste razón al demandante, toda vez que el retiro del servicio del actor no tuvo como causa el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho a la pensión de jubilación, previsto en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y por lo tanto, en el caso concreto, la administración no se encontraba en el deber de cumplir las exigencias constitucionales para la aplicación de esta causal de retiro, es decir, esperar que se expidiera el acto de reconocimiento pensional del actor y su inclusión en nómina.

4.1.2.1. De la protección especial de los servidores públicos que se encuentran próximos a pensionarse.

En cuanto al argumento relacionado con la protección especial de la cual gozan las personas en situaciones particulares de vulnerabilidad, entre quienes se encuentran los servidores públicos próximos a pensionarse, denominados por la jurisprudencia “prepensionados”, la Corte Constitucional⁹ ha sostenido que son sujetos de especial protección, estableciendo a su favor, condiciones para la garantía de la estabilidad laboral reforzada; tal es el caso de los empleados que ejercen en provisionalidad empleos públicos de carrera, y de los empleados de carrera que se enfrentan a la supresión del cargo como desarrollo de procesos de reestructuración administrativa (Ley 790 de 2002), con el propósito de evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones.

Así pues, en tratándose de las personas próximas a pensionarse, la protección especial se ha venido concretando por la Corte Constitucional en las siguientes reglas jurisprudenciales¹⁰ con el fin de asegurar la estabilidad laboral reforzada en los procesos de reestructuración administrativa:

“4. En ese marco, el legislador profirió la ley 790 de 2002 previendo mecanismos especiales de estabilidad para los trabajadores o funcionarios que se verían particularmente afectados en los procesos de reforma institucional, como concreción de los mandatos contenidos en los incisos 3º y 4º del artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta, y en las cláusulas constitucionales que consagran una protección reforzada para ciertos grupos sociales, tales como las mujeres (art. 43 CP), los niños (art. 44 C.P.), las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), y las personas con discapacidad (art. 47 C.P.). Las medidas contenidas en la ley 790 de 2002¹¹ se conocen como retén social.

En la citada Ley, el Congreso de la República estableció, como ámbito de aplicación del retén social “los programas de renovación o

reestructuración de la administración pública del orden nacional”; determinó que su finalidad es la de “garantizar la estabilidad laboral y el respeto a la dignidad humana para las personas que de hecho se encuentren en la situación de cabezas de familia¹², los discapacitados y los servidores públicos próximos a pensionarse.¹³” (C-795 de 2009), prohibiendo su retiro del servicio; y fijó, como límite temporal de la protección, el vencimiento de las facultades extraordinarias conferidas al presidente mediante la citada ley.

(...)

En torno a la condición de sujeto prepensionado, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador, en la sentencia C-795 de 2009:

“(i) [Definición de prepensionado:] (...) tiene la condición de prepensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual 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”.

“(ii) El momento a partir del cual se [debe contabilizar] el parámetro temporal establecido para definir la condición de prepensionado (...) En relación con el (...) momento histórico a partir del cual se contabilizarían esos tres (3) años [previos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez], este debe adecuarse al nuevo contexto normativo generado por la expedición de la Ley 812 de 2003 y el pronunciamiento de la Corte efectuado en la sentencia C-991 de 2004 sobre esta norma. En ese nuevo marco, la jurisprudencia ha estimado que el término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública¹⁴”

“(iii) [sobre la extinción de la protección en el tiempo], es decir el lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada para las personas próximas a pensionarse, la jurisprudencia ha desarrollado un criterio uniforme aplicable a todos los grupos protegidos por la Ley 790 de 2002 (madres y padres cabeza de familia, discapacitados y prepensionados), consistente en que dicha protección solamente puede ser sostenida durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso”.

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.

Es por lo anterior que la estabilidad laboral de los prepensionados se convierte en un imperativo constitucional en cada uno de los escenarios en que se materialice alguna de las causales que lleven al retiro del servicio, evento en el cual, será necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre los derechos al mínimo vital e igualdad de los prepensionados y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de no afectar el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión¹⁵.

Al respecto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Corporación, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el status pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo¹⁶ de libre nombramiento y remoción; lo anterior, implica que en cada caso particular y concreto, será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado.

En el presente caso, partiendo del concepto de “prepensionado”, la Sala advierte que el señor Edgar Augusto Arias Bedoya no se encuentra en el supuesto fáctico de lo que puede considerarse sujeto de especial protección por no estar próximo a pensionarse y no encontrarse en el contexto de procesos de renovación de la administración pública.

Lo anterior, por cuanto “no le faltaban 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”, puesto que al momento del retiro (12 de enero de 2012) ya tenía consolidado su estatus pensional; hecho que se desprende de la Resolución No. 025613 de 14 de septiembre de 2012 (fl. 105 y 106), por la cual el ISS le reconoció pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985 (aplicable por transición), al contar con más de 55 años de edad (fecha de nacimiento 09/12/1956) y acreditar el tiempo de servicios requerido. Es decir, el actor ya tenía consolidado el status pensional cuando se produjo su retiro del servicio público.

Ahora bien, se tiene que el reconocimiento pensional del actor, contenido en la Resolución 025613 de 14 de septiembre de 2012 se ordenó a partir del día siguiente del retiro (13 de enero de 2012) aunque el demandante consolidó el estatus pensional desde el 9 de diciembre de 2011, razón por la cual “la presunta desprotección económica” carece de sustento probatorio, en tanto que no existió solución de continuidad entre el salario mínimo percibido y el reconocimiento y pago de la pensión, dado que ésta se produjo con efectos retroactivos desde el 13 de enero de 2012.

En este orden de ideas, al no encontrarse acreditados los supuestos de hecho del literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, ni del parágrafo

3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cargo de nulidad por infracción del ordenamiento jurídico superior no está llamado a prosperar.

Además, en el presente caso, el demandante no era sujeto de la protección especial de estabilidad laboral reforzada, toda vez que, no se encontraba en los supuestos de hecho de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia como “prepensionado” sujeto de la especial protección del Estado, toda vez que ya había consolidado su status pensional al momento del retiro del servicio, teniendo a su alcance las garantías establecidas en la Ley 797 de 2003 para reclamar el reconocimiento de la pensión de jubilación.

En estas condiciones, advierte la Sala que en el caso concreto, no existía restricción o límite para el ejercicio de la facultad discrecional de la administración, derivada del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Por último, debe tenerse en cuenta que la facultad discrecional para declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, deviene de una causal objetiva en razón a la naturaleza del empleado desempeñado por el actor como Subgerente Financiero, código 090, grado 03, en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, cargo de libre nombramiento y remoción cuyo desempeño, como quedó anotado, exige el más alto grado de confianza en virtud a las funciones asignadas y el nivel directivo al que pertenece (fs. 147 a 150), facultad que ha sido otorgada por el sistema normativo en aras de garantizar la debida prestación del servicio público, y cuyo ejercicio en el presente caso, no resultó desvirtuada por el demandante.

.- Conclusiones.

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”¹⁷, 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 “prepensionado”, 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 prepensionable, 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, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión del Tribunal en cuanto consideró que el nominador estaba facultado legalmente para proceder al retiro por declaratoria de insubsistencia del cargo desempeñado por el actor, toda vez que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, decisión que se presume expedida en aras del buen servicio; además, teniendo en cuenta que en el presente caso el demandante no se encontraba dentro de los supuestos facticos de la protección laboral reforzada concebida para los sujetos que están próximos a pensionarse, toda vez que al momento de su retiro del servicio ya había consolidado el estatus pensional por el cumplimiento de los requisitos legales.

En tal sentido, mediante Resolución No. 025613 de 14 de septiembre de 2012, el Instituto de Seguro Social le reconoció al demandante una pensión de vejez en cuantía de \$5'481.848, con fundamento en la Ley 33 de 1985, a partir del 13 de enero de 2012 (fs. 98 y 99), situación que le permitió recuperar el ingreso mínimo para asegurar su subsistencia y la de su familia ante el retiro del servicio por la declaratoria de insubsistencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 18 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda formulada por EDGAR AUGUSTO ARIAS BEDOYA contra el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente.

(...).”.

2 “ARTÍCULO 181. AUDIENCIA DE PRUEBAS.

(...) En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene”.

3 Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

4 Sentencia T-372 de 2012.

5 Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968.

6 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. (...)”.

7 Folio 17

8 Expediente No. 050012331000200500750 01.-, No. Interno: 1275-2012.- Actor: Luz Enetd Gómez Posada Vs E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Valdivia – Antioquia., M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve

9 Sentencia T-504 de 2008

10 Sentencia T-729 de 2010.

11 Posteriormente complementada y modificada por la ley 812 de 2003, y los decretos 190 y 396 de 2003, conjunto normativo que suele agruparse bajo el nombre de retén social.

12 En la sentencia C-964 de 2003, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de algunas disposiciones de la Ley 82 de 1993, "Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia", en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley.

13 Corte Constitucional, sentencias C-1039 de 2003 y T-587 de 2008.

14 Criterio sostenido en la sentencia T-089 de 2009

15 Así lo consideró la Corte Constitucional en la Sentencia T-186 de 2013

16 Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A ". C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 26 de abril de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-04955- 01(1816-09), Actor: María Cristina Cujar de Pérez. Demandado: Cámara de Representantes.

17 Artículo 44 del CPACA

Fecha y hora de creación: 2026-06-10 05:55:57