



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 25000-23-42-000-2016-05963-01 (3537-2019)
Demandante: JAIME RAFAEL FERNANDEZ MADRIÑAN
Demandado: PERSONERÍA DE BOGOTÁ

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

Ley 1437 de 2011- Sentencia de segunda instancia

I. ASUNTO

La Sección Segunda Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por el señor **JAIME RAFAEL FERNANDEZ MADRIÑAN** contra la sentencia de 10 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda de la referencia.



II.

. ANTECEDENTES.

21 . Pretensiones

2.1.1. Jaime Rafael Fernández Madriñan, por intermedio de apoderado judicial, demandó la nulidad de la Resolución 467 del 24 de junio de 2016, mediante la cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Personero Delegado, Código 040, Grado 03 de la Personería Delegada para el Sector Social

2.1.2. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que ejercía al momento del retiro o uno equivalente y se ordene el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el retiro del servicio hasta que se haga efectivo el reintegro, con la indexación correspondiente.



2.1.3 Además, solicita se reactive en el Sistema de Seguridad Social en salud y pensiones realizando los aportes pendientes que garanticen la continuidad de su vinculación al sistema.

22 . Hechos

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

2.2.1 Mediante Decreto 282 del 3 de septiembre de 2013, el señor Jaime Rafael Fernández Madriñan fue nombrado con carácter ordinario en el cargo de Asesor Código 105, Grado 01 de la Personería de Bogotá, tomando posesión del mismo mediante Acta 0537 del 10 de septiembre de 2013.

2.2.2 A través de la Resolución 245 del 14 de abril de 2016 fue nombrado como Personero Delegado, Código 040, Grado 03 de la Personería Delegada para el Sector Social posesion ndose en la misma fecha como consta en acta No. 1225.



2.2.3 El 10 de mayo de 2016, el demandante informó a la Dirección de Talento Humano de la Personería de Bogotá que ostentaba la calidad de prepensionado y que se encontraba dentro de los supuestos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, considerando que tenía para la fecha 61 años y 3 meses de edad y habría cotizado al Sistema de Seguridad Social más de 1800 semanas acreditadas ante Colpensiones.

2.2.4 Por medio de la Resolución 467 del 24 de junio de 2016, se declara insubsistente el nombramiento ordinario efectuado al demandante a partir del 1 de julio de 2016 decisión que fue comunicada mediante oficio No. 2975 del 24 de junio de 2016 expedido por el Director de Talento Humano de la Personería de Bogotá.

2.2.5 El 29 de junio de 2016 mediante comunicación radicada con el No. 2016ER296097 el señor Fernández presentó solicitud de revocatoria directa de la citada Resolución 467 de 2016.

2.2.6 Frente a lo anterior, la Personería de Bogotá resolvió negativamente la



solicitud a traves de la Resolución No. 725 del 27 de julio de 2016 indicando que el actor ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción y por ende, la declaratoria de insubsistencia se realizó en ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

2.2.7 El 24 de octubre de 2016 el señor Fernandez radicó ante la Procuraduría General de la Nación solicitud de conciliación extrajudicial llevándose a cabo la audiencia de conciliación el 6 de diciembre de 2016, la cual se declaró fallida.

23 Concepto de la violación

La apoderada del demandante consideró como norma vulnerada el artículo 53 de la Constitución Política y como concepto de violación lo siguiente:

Manifiesta que el demandante a la fecha del retiro tenía derecho a tener estabilidad reforzada, por ostentar el carácter de prepensionado al acreditar, a esa fecha, más de 1800 semanas cotizadas y 61 años de edad, faltándole menos de tres años para cumplir los requisitos para acceder a una pensión, situación que fue informada a la Dirección de Talento Humano de la Personería de Bogotá.



Fundamenta su argumento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ¹ que sostiene que la figura de la prepension tiene origen directo en la norma superior para sustentar que tal calidad no solo se circunscribe a procesos de restructuración como lo manifiesta de manera errada la Personería, en el acto administrativo que resuelve la solicitud de revocatoria.

Por otra parte, trae a colación la jurisprudencia del Consejo de Estado² en la que se afirma que la estabilidad laboral es aplicable a empleados de libre nombramiento y remoción y que la administración al ejercer la potestad discrecional de remoción debe ponderar entre los derechos fundamentales del prepensionado y el interés general del buen servicio público con el fin de tomar la decisión más adecuada.

¹ Sentencias C -693 de 2015 y T - 357 de 2016

² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Expediente 3685-2013 Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.



Adicionalmente, agregó que el acto administrativo de insubsistencia tiene falsa motivación, toda vez que, los motivos del retiro no se ajustan a los principios que regulan las relaciones laborales, así como a los procedimientos previstos para las causales de retiro, por cuanto, la administración al resolver la solicitud de revocatoria adujo que la protección especial no aplicaba, dado que la Personería no es un Órgano del nivel nacional ni esta en ningún programa de renovación de acuerdo con la Ley 790 de 2002, por ello los fundamentos de hecho y derecho no se ajustan a la normatividad.

Por último, solicita que se tengan en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, citando algunas providencias.

24 . Contestación de la demanda

La Personería de Bogotá, por medio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda³, con fundamento en los siguientes argumentos:



Frente al deber de motivación aduce que no es una exigencia legal para tomar estas decisiones dado que las facultades discrecionales no deben ser sustentadas, tal como lo han sostenido las Altas Corporaciones de Justicia.

Afirma además que, la facultad discrecional esta investida de la presunción de legalidad y de la prestación del buen servicio, hasta tanto no se demuestre lo contrario, asistiendo a la parte interesada la carga de la prueba, sin que en este caso se aporte elemento alguno que demuestre lo manifestado por el demandante.

En cuanto a la protección especial por encontrarse próximo a pensionarse, las normas se refieren al denominado reten social que rige para las entidades que se encuentran en reestructuración, fusión o liquidación, circunstancia que no se presenta en la Personería de Bogotá y por lo tanto, no es predicable de sus funcionarios.

³ Folios 81 al 97 del expediente.



25 . Decisiones relevantes en la audiencia inicial⁴

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que como la demanda fue contestada extemporáneamente “.. *el Despacho se releva de realizar cualquier pronunciamiento. Así mismo manifestó no observar la existencia de hechos constitutivos de excepciones previas que deban decidirse de oficio*”

La decisión de excepciones no fue objeto de recurso por ninguna de las partes.

El litigio fue fijado en los siguientes términos:

« La presente controversia se contrae en determinar si el acto acusado, por medio del cual se declaró insubsistente en el cargo al señor Jaime Rafael Fernández Madriñan esta viciado de nulidad o no. Así mismo, en caso afirmativo, como problema asociado se establecerá si es posible o no, el restablecimiento del derecho pretendido cual es el reintegro al cargo de igualo (sic) superior jerarquía y el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su retiro del servicio hasta su reintegro y la indexación correspondiente y la reactivación al sistema de seguridad social en salud y pensión y el pago de los aportes pendientes a dicho sistema »⁵.



26 6. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la sentencia de 10 de abril de 2019 negó las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que se resumen a continuación:

El cargo de Personero Delegado es un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo que el acto administrativo de insubsistencia no requería ser motivado dada la discrecionalidad del nominador.

Adicionalmente, frente al argumento de que el demandante se encontraba amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de prepensionado, encontró probado que para la fecha de desvinculación de la entidad, el actor tenía más del mínimo de semanas exigido para pensionarse faltándole 6 meses y 24 días para cumplir la edad requerida, sin embargo, consideró que no tenía la calidad de prepensionado toda vez que, al momento

⁴ Folios 113 y 114 del expediente.

⁵ Folio 114 del expediente.



del retiro del servicio contaba con el número de semanas exigido, faltándole solo el requisito de edad, el cual podía cumplirse con o sin vinculación laboral; sustentó su posición en la sentencia de la Corte Constitucional SU 003/18.

27. Recurso de apelación

La apoderada de la parte demandante apeló⁶ la anterior decisión solicitando la revocatoria de la decisión proferida, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

Sostiene que el Tribunal sustenta su decisión en fundamentos jurídicos que no son aplicables al caso específico, por cuanto le otorga, sin justificación alguna, efectos retroactivos a una sentencia constitucional de tutela – SU 003 de 2018- que se profirió con posterioridad a la expedición del acto administrativo de retiro, debiéndose hacer el estudio de legalidad con la normatividad y precedente jurisprudencial vigente y no aplicando las reglas jurisprudenciales contenidas en la providencia mencionada.



Cita como reglas precedentes vigentes para la fecha de retiro que (i) *“la condición de sujeto de especial protección si podía configurarse sobre empleos de libre nombramiento y remoción”*⁷ y (ii) *El ejercicio de la facultad discrecional sobre empleos de libre nombramiento y remoción en caso de configurarse la condición de prepensionado debía obedecer a un estudio concreto y directo del caso concreto”*⁸

Manifiesta que el ejercicio de la facultad discrecional sobre empleos de libre nombramiento y remoción en caso de configurarse la condición de prepensionado *“debía obedecer a un estudio concreto y directo del caso...”* y en el caso de la Resolución 467 de 2016 no existe motivación alguna que sugiera el estudio específico, por lo que fue expedida con falsa motivación, al igual que el acto que resuelve la revocatoria por fundamentarse en la no aplicación del retén social.

⁶ Folios 182 al 190 del Expediente

⁷ Cita apartes de la Sentencia Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 26 de Septiembre de 2002 Expediente 0037-10 Magistrado Ponente. Luis Rafael Vergara

⁸ Cita apartes de la Sentencia Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 29 de febrero de 2016 Expediente 3685, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve y la Sentencia T 685/16



28 8. Alegatos de conclusión

El apoderado del demandante reitera los argumentos de la demanda y del recurso de apelación .

La entidad demandada establece la diferencia entre la figura del reten social y la prepensión indicando que en la primera, se protege a las personas que pueden ser afectadas por un proceso de renovación de la administración pública y la protección es de carácter objetivo, acreditando que se encuentra dentro de los 3 años anteriores al reconocimiento de la pensión. En la segunda figura, la protección se realiza bajo un criterio subjetivo, es decir, que no basta con sólo acreditar la condición de prepensionado sino que se debe demostrar la afectación de los derechos fundamentales.

Agrega que, no es suficiente razón jurídica para cuestionar el acto administrativo la evidencia del estado de prepensionado sino que el actor debe demostrar que los fines del mismo no fueron el buen servicio y la buena marcha de la administración pública.



III. CONSIDERACIONES

31 1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,⁹ el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

⁹ 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.



32 2. Marco de análisis de la segunda instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁰, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

33 3. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos por el demandante en el recurso de apelación, esta Sala deberá determinar si se debe declarar la nulidad de la Resolución 467 del 24 de junio de 2016, por medio de la cual la Personería de Bogotá declara insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Personero Delegado, Código 040, Grado 03 de la Personería Delegada para el Sector Social.

Con el anterior fin, deberá analizarse (i) si el acto administrativo que declaró la insubsistencia tiene falsa motivación; y (ii) si el demandante para la fecha del retiro reúne la condición de prepensionado y se encontraba protegido por el mecanismo de la estabilidad laboral reforzada.



34 4. Marco normativo y Jurisprudencial.

341 4.1 Motivación de los actos administrativos de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción.

El artículo 137 del CPCA establece como causal de nulidad de los actos administrativos la «falsa motivación» del mismo

“ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa

¹⁰ «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 [...]».



motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” (subraya fuera de texto)

La regla general es que los actos administrativos deben ser motivados, es decir, deben contener las razones de hecho y de derecho que llevaron a la administración a tomar la decisión; en oposición, se presenta la falta y falsa motivación, así lo ha explicado la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“Ahora bien, en contraposición a la debida motivación del acto administrativo aparecen las figuras de la falta de motivación y falsa motivación. La primera hace referencia a la inexistencia absoluta de las condiciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión administrativa, mientras que la segunda supone un error en la escogencia o determinación de dichas condiciones.”¹¹

Ahora bien, el literal a) y el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece una excepción a la regla general de motivación de los actos administrativos y determina que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es discrecional y no requiere motivación¹².



El Decreto reglamentario 648 de 2017 por su parte, prescribe:

ART. 2.2.11.1.2. De la declaratoria de insubsistencia. 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 sus empleados. (Ö)

Por otra parte, según lo dispone el artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, las disposiciones de la primera parte del Código no se aplican para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción, de manera que el acto de insubsistencia discrecionalno está sometido a procedimiento previo alguno.

¹¹ Consejo de Estado Sección Segunda Expediente 11001032500020120031700 (1218-2012)

¹² Ley 909 de 2004 Art 41 “PARÁGRAFO 2o. (...) La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”



En el caso de empleados de libre nombramiento y remoción del nivel directivo la discrecionalidad del nominador adquiere una mayor intensidad, toda vez que, por tener estos empleos funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos,¹³ son múltiples las razones de buen servicio que pueden originar el acto, como puede ser la confianza que debe generar en el responsable de la entidad, el redireccionamiento de una política, el mejoramiento de la función, etc., en fin motivos de oportunidad y conveniencia.

El Consejo de Estado así lo ha sostenido:

“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.



Resulta razonable afirmar 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 párrafo 2o, establece la facultad discrecional de remover libremente a

¹³ Decreto 1785 de 2014 art. 2



*los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción (...)*¹⁴ (Subraya fuera de texto)

342 . 2 Estabilidad laboral reforzada por ostentar la condición de prepensionado.

La definición de la condición de prepensionado normativamente surge del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 en la que se establecieron mecanismos de estabilidad laboral para los trabajadores, entre ellos, para quienes están próximos a adquirir la pensión.

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



De la norma en cita se desprende que tal protección, el denominado reten social, (i) se origina en virtud del Programa de Renovación del Estado, (procesos de reestructuración de la administración pública o liquidación de la entidad), (ii) garantiza a los trabajadores que no serán desvinculados hasta que cumplan requisitos de acceso a una pensión de vejez o jubilación y por tanto, (iii) su protección se realiza a quienes les faltare tres años o menos para cumplir los requisitos de edad o tiempo requeridos.

Sin embargo, y a pesar de que inicialmente fue profusa la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a que la condición para ser considerado protegido por el llamado reten social, será que la entidad donde labora se haya liquidado, con posterioridad, Esta Corte sostuvo que el mecanismo de protección del reten social es una de las múltiples herramientas para garantizar los derechos fundamentales de permanencia en el empleo y que “...el fundamento de la estabilidad laboral de los prepensionados tiene **origen constitucional** y, por ende, resulta aplicable en cada uno de los escenarios en que entren en tensión

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección B, 18 de febrero de 2021, Radicación (0417-19). Magistrada Ponente Sandra Lisset Ibarra Velez



los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo..”¹⁵

En sentencia SU 003 de 2018 la Corte diferencia las figuras del <<reten social>> prevista en la ley y el concepto de <<prepension>> siendo la primera aplicable como consecuencia de programas de renovación, reestructuración o liquidación de entidades públicas y la segunda a *“aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez”*

Ahora bien, la Sección Segunda de la Corporación ha reconocido que la estabilidad laboral de los prepensionados se predica también de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sosteniendo que solo por configurarse la condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un servidor sino que *“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.”¹⁶*



Además, se ha sostenido por esta Sección que a quien le corresponde demostrar la afectación de los derechos fundamentales es a la parte demandante, *“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.”¹⁷*

¹⁵ Sentencia T 186/13

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Expediente 050012333000201200285-01 (3675-2013) Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección a, Expediente 66001-23-33-000-2016-00693-01(2814-18) Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández



Lo anterior implica que aún en casos ajenos al Programa de Renovación del Estado y respecto de empleados de libre nombramiento y remoción, cabe analizar la situación en la que se encuentra el empleado en los casos en que tenga la calidad de prepensionado.

En relación con los prepensionados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción, es importante mencionar que en sentencia de unificación SU 003 de 2018 la Corte Constitucional determinó dos reglas jurisprudenciales

- Por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, pues se trata de empleos que exigen el mayor grado de confianza de su nominador y por tanto, de discrecionalidad en su nombramiento y remoción.
- 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.



Sobre la primera regla luego de razonar sobre la diferencia entre empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción, concluyó:

53. Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de “pensión”, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma de confianza que exige su labor.

En relación con la segunda regla razonó así

63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos



supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones .

35 Análisis del caso concreto.

En el caso sub lite está demostrado lo siguiente:

- El señor Jaime Rafael Fernández fue nombrado como Personero Delegado, Código 040, Grado 03 de la Personería Delegada para el Sector Social, mediante Resolución No. 245 del 14 de abril de 2016 y se posesionó en el cargo en la misma fecha como consta en Acta de posesión 01225¹⁸
- A través de la Resolución No. 467 del 24 de junio de 2016, se declara insubsistente el nombramiento ordinario efectuado al demandante, a partir del 1 de julio de 2016 y la decisión fue comunicada mediante oficio No. 2975 del 24 de junio de 2016 expedido por el Director de Talento Humano de la Personería de Bogotá.¹⁹
- A la fecha de expedición del acto de retiro, el señor Fernández contaba con 61 años y 5 meses de edad, por cuanto nació el 23 de enero de 1955.²⁰
- A esa misma fecha contaba con 2000 semanas de cotización como se evidencia en la Resolución SUB 217829 del 6 de octubre de 2017, por medio de la cual Colpensiones le reconoce la pensión de vejez.²¹



3.5.1 Falsa Motivación.

La parte demandante acusa el acto de retiro por la falsa motivación, toda vez que, el acto administrativo no contiene el estudio del caso concreto dada la condición de prepensionado del actor.

¹⁸ Folios 20 y 21 del expediente

¹⁹ Folios 31 y 32 del expediente

²⁰ Folio 45 del expediente.

²¹ Folios 154 al 166 del expediente.



Pues bien, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, el cargo de Personero Delegado que ejercía el demandante está catalogado como de libre nombramiento y remoción por ser cargo de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, por lo cual, la primera conclusión es que el acto de insubsistencia acusado no tenía que ser motivado como en efecto no lo fue. La norma dispone:

“ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

*Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y **Personero Delegado.**” (negrilla fuera de texto)*



Adicionalmente, la discrecionalidad del nominador en el caso de altos directivos, adquiere una mayor intensidad, toda vez que por razón de sus funciones son múltiples las razones de buen servicio que pueden originar el acto, como puede ser la confianza que debe generar en el responsable de la entidad, el redireccionamiento de una política, el mejoramiento de la función, etc., en fin motivos de oportunidad y conveniencia.

Como lo ha reconocido la doctrina todo acto administrativo tiene una causa o un motivo para su expedición, pero la exposición de las razones de hecho y derecho que justifican la decisión es lo que se entiende por la debida motivación, que en tratándose de la declaratoria de insubsistencia, como se mencionó en el acápite anterior, no se requiere, dada la discrecionalidad de la facultad.



Así las cosas, aunque conforme a la jurisprudencia la administración debe analizar la condición del empleado y ponderar el ejercicio de la facultad discrecional, con el fin de no vulnerar ningún derecho fundamental del mismo, no quiere ello decir que, deba plasmar el estudio del caso específico en el acto administrativo.

En el caso sub lite, la Resolución 467 del 24 de junio de 2016²², por la cual se declara insubsistente el nombramiento ordinario no contiene motivación alguna, razón por la cual, el cargo de falsa motivación no tiene vocación de prosperidad.

3.5.2 Condición de prepensionado y estabilidad laboral reforzada.

El demandante cuestiona la decisión del Tribunal, porque para concluir que no tenía la condición de prepensionado se fundamentó en las reglas determinadas en la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 003 de 2018, providencia proferida con posterioridad al acto de declaratoria de insubsistencia del Señor Jaime Rafael Fernández, aplicándola de manera retroactiva y, no decidió con base en la normatividad y el precedente jurisprudencial vigente.



Ahora bien, el primer punto que se debe abordar es si la sentencia SU 003 de 2018 contiene reglas diferentes a las ya sentadas con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. La Corte Constitucional ha entendido el precedente como: “...las razones de derecho con base en las cuales un juez resuelve un caso concreto”²³

En el caso sub examine la estabilidad laboral reforzada que se reclama es la derivada de la condición de prepensionado; el Tribunal negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que el actor era un empleado de libre nombramiento y remoción y que no tenía el carácter de prepensionado porque al momento del retiro del servicio contaba con el número de semanas exigido, faltándole solo el requisito de edad, el cual podía cumplirse con o sin vinculación laboral, sin requerir cotizaciones adicionales y conforme a las reglas jurisprudenciales de la Corte esbozadas en la SU 003 de 2018 no goza de estabilidad laboral reforzada.

²² Folio 31 del expediente.

²³ Sentencia T 540/17



Ahora bien, la parte actora señala que se desconoce el precedente consistente en que *“El ejercicio de la facultad discrecional sobre empleos de libre nombramiento y remoción en caso de configurarse la condición de prepensionado debía obedecer a un estudio concreto y directo del caso concreto”*

Es por tanto importante revisar si los precedentes anteriores a la Sentencia 003 de 2018 frente de la estabilidad laboral reforzada **del prepensionado** en los cargos de libre nombramiento y remoción permitía llegar a una decisión diferente.

Pues bien, sobre la ausencia de la protección prepensional en empleos de libre nombramiento y remoción, cabe mencionar el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

“Por su parte, el Consejo de Estado²⁴, ha sostenido que el simple hecho de estar próximo a consolidar el estatus pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción, en la medida que la responsabilidad del nominador en el éxito de su gestión, depende en gran medida de la posibilidad de ejecutar sus políticas por el círculo más cercano de sus colaboradores que se identifican con ellas y que por ser de confianza se mantienen en una relación laboral siempre precaria. (...)”



En conclusión: El demandante no demostró la calidad de «pre pensionado» al momento de la declaratoria de insubsistencia de su cargo de jefe de Oficina, Código 115, Grado 03 de la Oficina Asesora Jurídica de la Planta Global de la Contraloría de Bogotá D.C, porque no acreditó que le faltaran los tres años para obtener los requisitos de la pensión de jubilación. Aunado a ello, ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, el cual no le otorgaba un fuero de estabilidad aún en el evento de haber acreditado la condición de pre pensionado.²⁵ (Subraya fuera de texto)

²⁴ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de marzo de 2017, consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 0294-2014 y ii) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 26 de abril de 2012, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 1816-2009.

²⁵ Sentencia Consejo de Estado de 18 de mayo de 2017 Expediente 25-000-23-42-000-2012-00828-01



La Corte Constitucional en Sentencia SU-897 de 2012 por otra parte, señaló que el verdadero sentido de la protección del pensionado es garantizarle el cumplimiento de las semanas de cotización, por lo que se deduce que una vez cumplido este requisito pensional no hay lugar a la protección especial.

Dijo la Corte:

“Con base en lo expuesto, la Sala concluye que la protección que se deriva del contenido del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y de la regulación legal existente no puede ser otra que lograr el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez por parte de los servidores próximos a pensionarse. En este sentido las órdenes que proferirá la Sala consistirán en que, cuando se compruebe la pertenencia a la categoría de prepensionados, se garantice el pago de aportes a los sistemas pensionales hasta que se alcance el tiempo de cotización requerido para acceder a la pensión de jubilación.”

De las consideraciones esbozadas en precedencia se desprende que el simple hecho de estar próximo a consolidar el estatus pensional, con el cumplimiento de los requisitos legales, no produce un fuero de estabilidad relativa en el empleo de libre nombramiento y remoción y que la figura de prepensionado como lo afirma la Corte Constitucional **“protege 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 su pensión de vejez.”**²⁶(negrilla fuera de texto)



Bajo este entendimiento, las razones de derecho expuestas por el Tribunal no se oponen a los precedentes de la Corte Constitucional y de esta Corporación, lo que lleva a la Sala considerar que en el caso examinado se puede aplicar la regla establecida por la Corte Constitucional consistente en que si al trabajador sólo le falta la edad para cumplir requisitos para obtener la pensión no se debe proteger con la estabilidad laboral, toda vez que, el vínculo laboral no es el determinante para consolidar el derecho y por tanto, sus derechos fundamentales no se ven afectados por el retiro del cargo.

²⁶ Sentencia SU 003/18



En este orden de ideas, una eventual protección se justifica cuando el retiro del servicio puede impedirle acceder al derecho a una pensión.

Además, es importante resaltar que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre vulneración de un derecho fundamental.

En consideración a lo expuesto, la Sala advierte que el señor JAIME RAFAEL FERNANDEZ MADRIÑAN, no se encuentra protegido por la estabilidad laboral reforzada, toda vez que, como se señaló, a la fecha de su retiro del servicio tenía 2000 semanas de cotización faltándole 6 meses para cumplir la edad exigida, toda vez que nació el 23 de enero de 1955.

4. 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 derecho²⁷, los llamados en la Ley 1437 de 2011 gastos ordinarios del proceso²⁸ 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 secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.



En cuanto al recurso de apelación surtido ante esta Corporación, se condenar en costas en segunda instancia a la parte demandante, toda vez que se cumplen los presupuestos de los numerales 1, y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso,²⁹ puesto que se ha resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y se acreditó que se causaron, ya que la entidad demandada alegó de conclusión.

Las mismas se liquidarán de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

²⁷ Artículo 361 del Código General del Proceso.

²⁸ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁹ í1. Se condenar 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. Además, en los casos especiales previstos en este Código. (Ö).í



Radicado: 25000-23-42-000-2016-05963-01

N°mero interno: 3537-2019

Demandante: Jaime Rafael Fernández Madriñan

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 de 10 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia. Las mismas se liquidarán de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa SAMAI^a.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022).

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Con impedimento aceptado

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>