Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-006-2016-00146-01**
Accionante	**IRIS MARIA CRISMAT MOUTHON** imcirsmatt@gmail.com
Accionado	**DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS** alcalde@cartagena.gov
Tema	**INSUBSISTENCIA – CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala[1] de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación presentado por la señora Iris María Crismatt Mouthon contra la sentencia de fecha once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018)[2], proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.[3]

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

La parte actora señala como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- La señora Iris María Crismatt Mouthon fue nombrada mediante el Decreto 0042 de fecha 11 de enero de 2007 de la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, en el cargo de Asesor código 105, grado 47, en la Oficina Asesora Jurídica.

[1] Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.
[2] Folio 409-412 cdr 2
[3] Folio 1-22 cdr 1

- Después de 8 años en el cargo anteriormente descrito, la señora Iris María Crismatt Mouthon fue trasladada al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte en virtud del Decreto No. 1217 del 29 de septiembre de 2014, asumiendo igualmente el cargo de Asesor código 105 y grado 47, pero esta vez en el DATT.

- El día 23 de junio de 2014, la señora Iris María Crismatt Mouthon, radicó petición de pensión de jubilación ante las oficinas de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES. La cual fue resuelta mediante Resolución No - GNR 418043 del 4 de diciembre de 2014; sin embargo, la actora afirma haber interpuesto los recursos de ley por encontrarse inconforme con la liquidación.

- Se afirma, que el 8 de enero de 2016, por mandato del Decreto No. 0020, fue declarada Insubsistente la actora, notificándosele de dicho acto mediante Oficio AMC-OFI-0000615-2016; frente al cual interpuso recurso, alegando su condición de pre - pensionada.

- Que a la fecha de declaración de insubsistencia, es decir, el día 8 de enero de 2016, no estaba incluida en nómina, como tampoco había presentado renuncia a su cargo. Requisitos sin los cuales, indica que no podría haber sido retirada de sus funciones.

3.1.2. Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

(i) La nulidad del Acto administrativo contenido en el Decreto No. 0020 del día 8 de enero de 2016, proferido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, mediante el cual se declaró insubsistente el cargo de Asesor, código 105 y grado 47.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que se impartan las siguientes condenas a la entidad demandada, Distrito de Cartagena de Indias:

(i) " Me reintegre al mismo cargo de Asesor, código 105, grado 47, el cual desempeñaba al momento de mi retiro, o a otro de igual o superior categoría.
(ii) A pagarme, todos y cada uno de los emolumentos salariales dejados de percibir, desde el día 8 de enero de 2016, incluyendo las primas de bonificación, de navidad, de vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales de Ley.

(iii) Condenar a la demanda a pagarme los perjuicios morales a mi provocados como consecuencia del acto acusado, el equivalente a 30 salarios mínimos vigentes.
(iv) Ordenar el pago de mi Seguridad Social, específicamente el riesgo de pensión a la entidad Colpensiones.
(v) Que el valor de las condenas sea reajustado en los términos del artículo 187 del CPACA de acuerdo con la fórmula adoptada por la Sección 3° del Consejo de Estado (…)
(vi) El valor histórico de la condena, por cualesquiera de los conceptos involucrados en las anteriores peticiones, generara intereses de mora conforme a lo regulado en el artículo 192 inciso 3° del CPACA.
(vii)Declarar que para todos los efectos legales, no existió solución de continuidad en la prestación de mi servicio.
(viii) Condenar en costas a la parte demandada en los términos del artículo 188 del CPACA".(sic)

3.1.2.1 Petición subsidiaria

Señala lo siguiente:

"En la eventualidad que la Sentencia que de fin de fin a este proceso, se dicte en la fecha del 09 de octubre de 2017, día en que cumpliría 65 años, edad esta de conformidad a la Ley de retiro forzoso, pido por lo anteriormente expresado que se impartan las siguientes condenas a la entidad demandada Distrito de Cartagena:

(i) Se ordene a la parte demandada a pagarme a título de indemnización todos los salarios dejados de devengar desde el día 8 de enero de 2016, con sus respectivos incrementos salariales hasta el momento que se me haga el pago efectivo de ese valor.
(ii) A pagarme a titulo de indemnización, todos y cada uno de los emolumentos salariales dejados de percibir, desde el día 8 de enero de 2016, incluyendo las primas de bonificación, de navidad, de vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales de Ley, hasta el momento que se me haga el pago efectivo de esos valores.
(iii) Condenar a la demandada a pagarme los perjuicios materiales a mi provocados como consecuencia del acto acusado, por dejar de percibir aproximadamente una suma de importante dinero mensualmente, para mejorar mi quantum pensional, (…).
(iv) Condenar a la demandada a pagarme los perjuicios morales a mi provocados como consecuencia del acto acusado, en el equivalente a 30 salarios mínimos vigentes.
(v) Que el valor de las condenas sea reajustado en los términos del artículo 187 del CPACA de acuerdo con la fórmula adoptada por la Sección 3° del Consejo de Estado (…)
(vi) El valor histórico de la condena, por cualesquiera de los conceptos involucrados en las anteriores peticiones, generara intereses de mora conforme a lo regulado en el artículo 192 inciso 3° del CPACA.

(vii) Declarar que para todos los efectos legales, no existió solución de continuidad en la prestación de mi servicio.
(viii) Condenar en costas al demandado".(sic)

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La señora Iris María Crismatt Mouthon, indica que el acto administrativo cuya nulidad se demanda, viola las disposiciones previstas en los artículos 2,13, 25, 48, 209 y 280 de la Constitución Política de Colombia, artículos 36, 84, 85, 135 a 139 y 209 del C.C.A.; y la Ley 100 de 1993 en su artículo 150.

La actora argumenta, que la declaración de insubsistencia de su cargo como Asesor, código 105 y grado 47, obedeció a la posesión de un nuevo Alcalde en la ciudad de Cartagena, advirtiendo que al iniciarse una nueva administración se requerían vacantes para cumplir promesas y compromisos con sus seguidores, lo que produjo su retiro del servicio sin fundamentación o motivación alguna, configurando un grave error por parte de la entidad empleadora y una desviación del poder.

En ese orden de ideas, señala que existió una violación no solo del ordenamiento jurídico, sino también de sus derechos fundamentales, puesto que, en sus palabras, "*se hace palmaria la mala fe de la convocada dentro del procedimiento de retiro que me fue aplicado, el cual se llevo a cabo violando el fuero de estabilidad laboral reforzada" (sic);* que la señora Iris María Crismatt Mouthon afirma poseer, *por su calidad de prepensionada*.

Razón por la cual, indica que al ser desvinculada se desconocieron las disposiciones contenidas en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 parágrafo único, dado que, sin mediar comunicación alguna con la Administradora Colombiana de Pensiones, se produjo la declaración de insubsistencia del cargo que desempeñaba.

Bajo ese contexto, la demandante alega que por poseer una estabilidad laboral reforzada por su condición de preprensionada, debía permanecer en el cargo hasta el día que llegara a la edad de 65 años, o sea la edad de retiro forzoso de los servidores públicos, sin distinción alguna.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[4]

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, se opone a todas las pretensiones, declaraciones y condenas señaladas de la demanda, y afirma que carecen de fundamentos porque el Decreto No. 0020 del 8 de enero de 2016, en lo que respecta a la declaración de insubsistencia del nombramiento ordinario de la demandante, esto es, un cargo de libre nombramiento y remoción, se encuentra ajustado a la normatividad superior que lo rige.

La entidad sostiene, que los actos que declaran la insubsistencia respecto a cargos de libre nombramiento y remoción, no se encuentran sujetos a una obligacion legal de motivarlos, al contrario, la normatividad faculta a actuar según lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968.

Asimismo, la accionada alega, que la argumentación de la señora Iris María Crismatt Mouthon, se construye sobre expectativas infundadas de un derecho a permanecer hasta la edad de retiro forzoso en un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cual desconoce la naturaleza jurídica de dichos cargos como una excepción al régimen de carrera administrativa.

Se propusieron las siguientes excepciones:

- LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO
- BUENA FE EN LA ACTUACIÓN DEL DISTRITO
- INNOMINADA

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[5]

Mediante Sentencia de primera instancia, se negaron las pretensiones de la demanda, al considerar que Decreto No. 0020 del día 8 de enero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente el cargo de Asesor, código 105 y grado 47, no desconoce las normas que se han invocado como violadas, pues por una parte, atendiendo a la naturaleza del libre nombramiento y remoción del empleo, el acto de retiro es discrecional y no tenía que ser motivado y por otra, no logró acreditarse que hubiera sido expedido con vicios en su motivación, desvió de poder e infracción de la norma superior.

[4] Folios 100- 108 cdr.1
[5] Folio 409-412 cdr 2

Por lo anterior, luego de efectuar el análisis probatorio de los documentos allegados al proceso frente al marco normativo y jurisprudencial, el *A-quo* consideró, que debían denegarse las pretensiones de la demanda, relevándose al juzgado por economía, de otros análisis frente a las excepciones de mérito esgrimidas en la contestación de la demanda.

3.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.[6]

La señora Iris María Crismatt Mouthon presentó recurso de apelación el día 9 de abril de 2018, contra la Sentencia de primera instancia; al señalar que desconoce la normatividad aplicable y el precedente fijado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, con relación al hecho de desviación de poder, que según el juzgador de primera instancia no se encuentra probado, el apelante alega que durante el último año, la Ciudad de Cartagena de Indias, ha vivido los hechos públicos más vergonzosos de la administración pública, y desde un inicio la Administración Duque, obró de mala fe en su contra, al prevalecer los hechos políticos sobre su estabilidad laboral.

Con respecto al traslado de la carga de la prueba a la parte demandante, en el recurso de alzada la señora Iris María Crismatt Mouthon sustenta, que de acuerdo al Decreto 2245 del año 2012[7], es la Alcaldía Mayor de Cartagena quien debe probar que Colpensiones, jamás le comunicó el acto en el cual se reconoció la pensión de la accionante desde el año 2014, dado que en virtud de la norma precitada, es la Administradora Colombiana de Pensiones quien debía informar al empleador sobre el trámite adelantado para el reconocimiento pensional.

Por lo anterior, solicita la revocatoria total de la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

---

[6] Folio 415-419 Cdr.2

[7] Decreto 2245 del año 2012 "por el cual se reglamenta el inciso primero del parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.
(…) Artículo 2°. *Obligación de Informar*. Las administradoras del Sistema General de Pensiones o las entidades competentes para efectuar el reconocimiento de pensiones de vejez, cuando durante dicho trámite no se haya acreditado el retiro definitivo del servicio oficial y una vez profieran y notifiquen el acto de reconocimiento de la pensión, deberán a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes comunicar al último empleador registrado el acto por el cual se reconoce la pensión, allegando copia del mismo".

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto de fecha treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 4 Cdr. 3). Mediante auto de fecha doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fl. 8 Cdr. 3).

3.6. ALEGACIONES

Vencido el término para alegar, las partes no presentaron escrito de alegatos de conclusión.

3.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA, en esos términos y comoquiera que no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual "*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".

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que en el presente asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos:

> ***5.2.1.*** *¿Se encuentra viciado de nulidad el Decreto No. 0020 del día 8 de enero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente a la señora Iris María Crismatt Mouthon en el cargo de Asesor código 105 grado 47 de libre nombramiento y remoción desempeñado en el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte Distrital de Cartagena, con base en las causales de falta de motivación y desviación de poder, por violar el fuero de estabilidad laboral reforzada, la calidad de pre pensionada de la demandante y por expedirse antes que se hubiese notificado su inclusión en nómina de pensionados?*

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala sustentará que, de acuerdo con el cargo desempeñado por la señora Iris María Crismatt Mouthon de Asesor Código 105 Grado 47, -de libre nombramiento y remoción-, la administración podía en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna, puesto que, el retiro del cargo se encontraba sujeto a la discrecionalidad del nominador. A pesar de que la demandante contaba con un buen desempeño en la entidad y múltiples logros académicos, dicho rendimiento es exigible o connatural al ejercicio de un cargo público, de manera que con base en ello no es posible obtener una estabilidad laboral reforzada.

Además, se encontró probado que la señora Iris María Crismatt Mouthon no ostentaba la calidad de pre pensionada al momento de la declaratoria de insubsistencia, pues por medio de la Resolución GN5418043 desde día 4 de diciembre de 2014, ya había obtenido por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, un reconocimiento de pensión mensual vitalicia de vejez en su favor.

Y por último, en lo que se refiere la causal de retiro con derecho a pensión previsto en el parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003[8], se tiene que la declaración de insubsistencia por parte de la administración, no tuvo como causa el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho a la pensión de jubilación; por lo tanto no se encontraba en el deber de cumplir las exigencias dispuestas para la aplicación de esta causal de retiro.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Del cargo de libre nombramiento y remoción.

Sobre la designación de cargos de libre nombramiento y remoción, el H. Consejo de Estado, en providencia proferida por la Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, ha abordado lo siguiente:

> *"La Constitución prevé que los directores y responsables de las instituciones, pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir de toda su confianza, quienes encarnan y materializan las políticas administrativas y las estrategias del director para el desarrollo de la misión institucional, por lo que el manejo de este grupo especial de personas de confianza debe ser flexible. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que algunos cargos deban ser de libre nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responda a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente de la entidad, con amparo en el citado artículo 125 de la Carta. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. El fenómeno de la desviación de poder puede presentarse inclusive en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues esta prerrogativa, la discrecionalidad, no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder las directrices y principios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro de un funcionario, que carece de estabilidad esté inspirado en razones del* ***buen servicio***"[9].

---

[8] Parágrafo 3º, Artículo 9, Ley 797 del 2003:
Parágrafo 3º. *Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*
Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.
Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01792-01(0481-10).

La misma Corporación en sentencia con Radicado No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

> *"En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.*
>
> *Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio"*[10].

Asimismo, en pronunciamientos recientes el Máximo Órgano Administrativo[11] ha ratificado la anterior posición, al indicar que, aquellos cargos se basan en esencia en la confianza del nominador, por lo tanto, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia.

Conforme a lo anterior, es claro que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requieren la motivación del acto administrativo[12], destacando, que el ejercicio de dicha facultad exige unos límites que deben ser acatados por el nominador.

Bajo ese contexto, resulta oportuno traer a colación lo que ha expresado el H. Consejo de Estado en asuntos de similar referencia, con relación a los cargos de libre nombramiento y remoción:

> *"Sea lo primero manifestar que no existe controversia en cuanto que la demandante estaba nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por no haber accedido al cargo por concurso o selección por méritos, ni haber sido inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, ni mucho*

[10] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro.
[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá d.c., Quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)
[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá d.c., Quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)

menos la naturaleza del cargo o las funciones desempeñadas; ***circunstancia que hacia viable que el nominador válidamente la retirara del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto o motivar su contenido****, es decir, no se encontraba amparada por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo. En estos casos, el factor determinante para la provisión de estos cargos, radica en la confianza y responsabilidad que se necesita para el desempeño de las funciones encomendadas, circunstancia que le permite al nominador disponer libremente para seleccionar y/o retirar a sus empleados, atendiendo las labores a desarrollar y el grado de confiabilidad que se exige, incluso sin que sea necesario expresar los motivos tenidos en cuenta para adoptar tal determinación"*[13]

5.4.3 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.

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. (…)."*[14].

---

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). En similar sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-357 de 2016 con Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
[14] Artículo 9, parágrafo 3°, Ley 797 de 2003 "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales".

El Consejo de Estado, en providencia del 29 de febrero de 2016, ha señalado frente a la norma en comento 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 parágrafo 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 parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 derogó tácitamente el parágrafo 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."[15].

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003 declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

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*"[16].

---

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Doctor Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).
[16] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Doctor Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

No obstante lo anterior, en desarrollo de la garantía efectiva de los derechos[17], 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.

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.

5.4.4. Ley 909 de 2004-Declaratoria de insubsistencia

En efecto, la Ley 909 de 2004[18], respecto del retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, señala lo siguiente:

> *"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**; (Negrita por la Sala)*
> *b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa"*

---

[17] *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.(…).".*
[18] Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

Ahora bien, 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, pero el Consejo de Estado[19], ha señalado, que si bien "*la remoción de 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***".

5.4.5. Del fuero de estabilidad laboral en el empleo de libre nombramiento y remoción derivado de la condición de pre pensionado.

Con respecto al fuero de estabilidad laboral reforzada, y la calidad de prepensionado, la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial de fecha 8 de febrero de 2018, ha explicado que los servidores prepensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, tal y como se cita a continuación:

> *"Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, 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. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez"*[20].

El Consejo de Estado[21] también ha sostenido de manera reiterada, 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 empleo**; razón por la cual será en cada caso concreto donde

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., Quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)
[20] Corte Constitucional, Sentencia SU003/18, MP: Carlos Bernal Pulido, ocho (08) de febrero de 2018.
[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018. Al respecto ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 1816-2009, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

se analice la situación particular del trabajador, ello a fin de realizar una ponderación y adecuación del ejercicio de la facultad discrecional, así:

> *"(…) En esa medida, concluye la Sala que la señora Elsa Yaneth Izquierdo Fonseca **no probó** que en efecto se encuentra en el supuesto fáctico de los que según se expuso en precedencia, puede considerarse sujeto de especial protección, por cuanto **no** allegó documentos que demostraran que al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento le faltaran 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".*[22] *(Negrillas son de la Sala)*

5.5. CASO EN CONCRETO

5.5.1. Hechos Probados

- Decreto No. 0042 del 11 de enero de 2007, por el cual el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, decretó nombrar a la señora Iris María Crismatt Mouthon en el cargo de Asesor Código 105, grado 47 en la Oficina Asesora Jurídica[23].

- Acta de diligencia de posesión No 0130 de la señora Iris María Crismatt Mouthon, diligenciada el día 16 de enero de 2007, firmada por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias. Donde, entre otros aspectos de carácter laboral, se destaca:

  *"Compareció ante el Despacho de la Alcaldía del Distrito la Dra. Iris María Crismatt Mouthon Con el objeto de tomar posesión del cargo de Asesor Código 105 Grado 47 en la Oficina Asesora Jurídica con cargo mensual de _____ para que fue nombrado en **Libre Nomb y R.**" (sic)*[24]

- Oficio AMC-OFI-0078484-2014 del día 23 de septiembre de 2014, mediante el cual la señora Iris María Crismatt Mouthon manifiesta su consentimiento para ser trasladada al DATT en el cargo de Asesor código 105 grado 47, de conformidad a la petición recibida por la Directora de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias proveniente del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte Distrital, en donde se solicitaba un funcionario de planta para que trabajara en la Oficina de subdirección Jurídica.[25]

---

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).
[23] Folio 31, cdr 1
[24] Folio 32, cdr 1
[25] Folio 33, cdr 1

- Decreto No. 1217 del 29 de septiembre de 2014, por el cual la Directora Administrativa de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, traslada a Iris María Crismatt Mouthon para el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte Distrital.[26]

- Diligencia de posesión No. 591 del día 30 de septiembre de 2014, donde se constata, que la señora Iris María Crismatt Mouthon compareció ante el Despacho de la Dirección Administrativa del Talento Humano del Distrito de Cartagena, con el objeto de tomar posesión del cargo Asesor código 105 grado 47 en el DATT.[27]

- Decreto No. 0020, por el cual el día 8 de enero de 2016, el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, declara insubsistente el nombramiento ordinario hecho a los siguientes funcionarios, así:

NOMBRE	*CEDULA*	*CARGO*	*CÓDIGO*	*GRADO*
IRIS MARIA CRISMATT MOUTHON	*33.146.920*	*ASESOR*	*105*	*47*

Cuadro 1.[28]

- Oficio AMC-OFI-0000615-2016 del día 8 de enero de 2016, por medio del cual la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, le comunica a la señora Iris María Crismatt Mouthon, que debido a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento y cargo que ostentaba, puede acercarse a la Dirección Administrativa del Talento Humano de la Alcaldía para lo relacionado con su liquidación.[29]

- Recurso de reposición presentado por la señora Iris María Crismatt Mouthon contra el Decreto No. 0020 de 2016, argumentando lo siguiente:

  "De conformidad a mi status de prepensionada y con fundamento en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, parágrafo único, no me pueden destituir del cargo que ejerzo hasta estar incluida en nómina" [30]

- Oficio AMC-OFI-0011124-2016 de fecha 25 de febrero de 2016, por el cual la Directora de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias resolvió declarar improcedente el recurso de

[26] Folio 34, cdr 1
[27] Folio 35, cdr 1
[28] Folio 36, cdr 1
[29] Folio 37, cdr 1
[30] Folio 37, cdr 1

reposición contra el Decreto No. 0020 de 2016 presentado por la señora Iris María Crismatt Mouthon, indicando entonces, que no había lugar a entrar a resolver de fondo el mismo, destacando lo siguiente:

"Lo anterior indica que usted se encontraba vinculada a esta Alcaldía Mayor en un cargo cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción, y no de carrera administrativa, razón por la cual, el retiro se encontraba sujeto a la discrecionalidad de la administración.
(…)
Así las cosas y en virtud de esta facultad, la vinculación e ingreso al empleo de libre nombramiento y remoción, será de carácter discrecional, al igual que su desvinculación, lo que indica que se podía prescindir de sus servicios en el momento en que se considerara conveniente sin necesidad de tener que motivar la decisión, razón por la cual este tipo de Actos Administrativos no admiten recurso alguno, puesto que al entrar a resolver los mismos, se tendría que entrar a motivar la decisión tomada la cual como se ha expresado y sustentado es de carácter discrecional" [31]

- Notificación de Colpensiones donde se constata que, el día 12 de diciembre de 2014 la señora Iris María Crismatt Mouthon fue notificada de la Resolución GNR418043 de fecha 4 de diciembre de la antes mencionada anualidad, mediante la cual dicha entidad reconoce y ordena pago de pensión de vejez. [32]

- Resolución GN5418043 del día 4 de diciembre de 2014, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, considerando la solicitud realizada por la señora Iris María Crismatt Mouthon el día 23 de julio de 2014, reconoce y ordena el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez en su favor, advirtiéndose además, que:

"atendiendo a las disposiciones del decreto 2245 de 2012, la presente pensión será ingresada en la nómina hasta tanto el, o los interesados hagan llegar a través del correo electrónico el medio de prueba conducente a establecer el retiro del servicio público del pensionado o la fecha en la cual debe ser ingresado en nómina el pensionado, garantizando con esto la no solución de continuidad".[33]

- Notificación de Colpensiones donde se constata que, el día 24 de marzo de 2015 la señora Iris María Crismatt Mouthon fue notificada de la Resolución GNR57193 de fecha 25 de febrero de la antes mencionada anualidad, mediante la cual dicha entidad resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución 418043 del 4 de diciembre de 2014.[34]

[31] Folios 38-40 cdr 1
[32] Folio 41, cdr 1
[33] Folios 42- 44 cdr 1
[34] Folio 45, cdr 1

- Resolución GNR57193 de la Administradora Colombiana de Pensiones de fecha 25 de febrero de 2015, por la cual se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la señora Iris María Crismatt Mouthon en contra de la Resolución GNR418043 del 4 de diciembre de 2014, confirmándose todas y cada una de las partes de dicha Resolución, así:

  "Una vez realizado el nuevo estudio con base a la solicitud del recurso, se establece que no se generaron valores a favor del pensionado toda vez que la mesada pensional es inferior a la que se reconoció en la Resolución GNR418043 de 04 de diciembre de 2014, asi las cosas, teniendo en cuenta que no existen motivos de hecho o de derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional, por lo que se confirmará la resolución recurrida"[35]

- Notificación de Colpensiones donde se constata que, el día 5 de octubre de 2015 la señora Iris María Crismatt Mouthon fue notificada de la Resolución VPB64789 de fecha 5 de octubre de la antes mencionada anualidad, mediante la cual dicha entidad resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución 418043 del 4 de diciembre de 2014.[36]

- Resolución VPB64789 de fecha 5 de 2015, mediante la cual Colpensiones modifica la Resolución 418043 del 4 de diciembre de 2014, argumentando que:

  "una vez realizada la liquidación de la prestación se evidencia que se estudia bajo la luz de la Ley 71 de 1988 el cual liquida con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años obteniendo un ingreso base de liquidación de $ 3.790.000 al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 75% para obtener una mesada actual de $2.842.500 la cual queda supeditado su ingreso a nómina cuando alegue acto administrativo de retiro". [37]

- Petición presentada el día 25 de enero de 2016 por la señora Iris María Crismatt Mouthon ante la Alcaldía de Cartagena de Indias para solicitar *"(…) se corrija el error que existe en esas dependencia en la fecha ilegal retiro para efectos de mi liquidación de prestaciones sociales(…)"*[38]

[35] Folios 46-48 cdr 1
[36] Folio 49 cdr 1
[37] Folio 50-54 cdr 1
[38] Folio 297-298 cdr 2

- Oficio AMC-OFI-0005061 del 3 de febrero de 2016, por medio del cual la Directora de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena da respuesta a la petición presentada por la señora Iris María Crismatt Mouthon, indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

  "Revisado su caso particular encontramos que mediante Decreto 0020 del 8 de enero de 2016, se ordenó la declaración de insubsistencia del cargo Asesor Código 105, Grado 47, el cual usted ocupada en provisionalidad. Dicho Acto Administrativo señala en su artículo segundo que rige a partir de la fecha de su expedición, esto es, 8 de enero de 2015.
  Recordemos que los actos administrativos expedidos por las autoridades de los diferentes ordenes territoriales existen y son validos desde el momento mismo de su expedición, lo que indica que es hasta el 8 de enero de 2015 (fecha de expedición) la fecha en que debe ser cancelados su salario y prestaciones sociales"[39]

- Resolución No. 0596 del 18 de febrero de 2016, por medio de la cual la Directora de Talento Humano de la Alcaldía de Cartagena de Indias ordena reconocer y pagar las prestaciones sociales de la señora Iris María Crismatt Mouthon, específicamente por los siguientes conceptos: "*cesantías, intereses de cesantías, prima de vacaciones, vacación proporcional, prima de navidad, bonificación por servicio, bonificación por recreación*".[40]

5.5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, la demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del Acto administrativo contenido en el Decreto No. 0020 del día 8 de enero de 2016, proferido por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, mediante el cual se declaró insubsistente el cargo de Asesor, código 105 y grado 47 que ostentaba la señora Iris María Crismatt Mouthon. Para determinar si lo anterior es viable, esta Sala analizará de manera independiente cada uno de los cargos que arguye la accionante.

5.5.2.1. De la naturaleza del cargo desempeñado y falta de motivación del acto acusado.

De acuerdo con el marco normativo, a la jurisprudencia aplicable, y luego de realizar el análisis correspondiente, es posible determinar, que los cargos de libre nombramiento y remoción dada la forma en que se realiza el

[39] Folio 299 cdr 2
[40] Folio 300- 301 cdr 2

ingreso, esto es, sujeto a motivos estrictamente personales o de confianza, faculta a la administración en cualquier tiempo a declarar la insubsistencia, a través de un acto administrativo que no requiere motivación alguna[41].

Se traerá a colación, el acta de diligencia de posesión No 0130[42] de la señora Iris María Crismatt Mouthon, del día 16 de enero de 2007, donde es posible constatar que tomó posesión en el cargo de Asesor Código 105 Grado 47 en la Oficina Asesora Jurídica, cuya naturaleza del cargo es de libre nombramiento y remoción, por lo tanto, es posible determinar que debido a la naturaleza del cargo, su retiro se encontraba sujeto a la discrecionalidad del nominador sin requerirse motivación.

La parte actora, arguye que contaba con un buen desempeño en la entidad y múltiples logros académicos, lo cual le otorgaba una estabilidad reforzada, sin embargo, lo expresado era una obligación propia del ejercicio de su cargo público y de su condición de servidora pública, posición que le implicaba prestar sus servicios con calidad y eficientemente así como capacitarse constantemente[43] a fin de contribuir a la obtención de los fines esenciales del Estado, de manera que lo expresado no puede considerarse como garantía de su estabilidad laboral[44].

5.5.2.2. De la calidad de prepensionada.

Como se explicó anteriormente, puede decirse que un empleado tiene la condición de prepensionable cuando, con un contrato laboral o una relación legal o reglamentaria, 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.

Pues bien, la señora Iris María Crismatt Mouthon alega que al poseer un status de pre pensionada, en virtud del parágrafo único del artículo 150 de la Ley 100 de 1993[45] no podía ser desvinculada de la entidad; no obstante, observa este Tribunal, que por medio de la Resolución GN5418043 del día 4 de diciembre de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones-

[41] Ver entre otras providencias, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de enero de 2020, rad. 54001-23-33-000-2014-00135-01
[42] Folio 32, cdr 1
[43] **Artículo 34. *Deberes***. Son deberes de todo servidor público: 40. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función.
[44] Ver entre otras providencias, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de enero de 2020, rad. 54001-23-33-000-2014-00135-01
[45] Ley 100 del año 1993 " "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"

Colpensiones, reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez en favor de la demandante, indicando que sería ingresada en la nómina hasta tanto allegara prueba conducente para establecer el retiro del servicio público o la fecha en la cual debía ser ingresada en nómina, a fin de garantizar la no solución de continuidad[46]. Asimismo, reposa en el expediente, la Resolución VPB64789 de fecha 5 de 2015, mediante la cual Colpensiones modifica la Resolución 418043 del 4 de diciembre de 2014[47] reconociendo igualmente el derecho a la pensión de la señora Iris María Crismatt Mouthon.

En ese orden de ideas, es posible determinar que para el día 8 de enero de 2016, fecha de expedición del Decreto No. 0020, mediante el cual se declaró insubsistente el cargo desempeñado por la accionante, ya el derecho a la pensión mensual vitalicia de vejez había sido adquirido, a través de la Resolución GN5418043 del día 4 de diciembre de 2014 y posteriores; por lo tanto, no podría considerarse que la señora Iris María Crismatt Mouthon, se encontraba en calidad de prepensionada al momento de ser desvinculada de la entidad, por el contrario, ya tenía consolidado su estatus pensional, e independientemente, 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 remoción.

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 de la actora deviene de una causal objetiva en razón a la naturaleza del empleado desempeñado por la señora Iris María Crismatt Mouthon como Asesor Código 105 Grado 47 en la Oficina Asesora Jurídica del DATT, siendo este un cargo de libre nombramiento y remoción. En esos términos tampoco prospera este argumento invocado en el recurso de alzada.

[46] Folios 42- 44 cdr 1
[47] Folio 50-54 cdr 1

5.5.2.3. Con relación a la terminación unilateral de la relación laboral sin esperar a que se hubiese notificado la inclusión en nómina.

El retiro del servicio de la demandante 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; 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 la actora hubiera solicitado el reconocimiento de la pensión de jubilación y la decisión de declaratoria de insubsistencia, toda vez que, no es posible afirmar que la administración debía esperar la inclusión de la señora Iris María Crismatt Mouthon 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 la demandante, con anterioridad a la declaratoria de insubsistencia, informara a la administración la iniciación del trámite de reconocimiento pensional por cumplimiento de requisitos, y que este hecho determinó su retiro del servicio. Tampoco existe prueba alguna de la cual se desprenda que la accionante puso en conocimiento de la administración tal hecho antes de expedirse la declaratoria de insubsistencia.

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.

En conclusión, debe indicarse que tampoco prospera este argumento, toda vez que el retiro del servicio no tuvo como causa el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho a la pensión de jubilación, previsto en

el parágrafo 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.

5.5.2.4. Desviación de poder

Ahora bien, aunque los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requieran motivación, el ejercicio de dicha facultad exige unos límites que deben ser acatados por el nominador y la única finalidad deberá ser siempre el mejoramiento del servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, la señora Iris María Crismatt Mouthon en el líbelo de la demanda, y en su recurso reitera que en el caso particular existió desviación del poder en torno a la declaratoria de insubsistencia contenida en el Decreto No. 0020 del día 8 de enero de 2016, argumentando, que desde un inicio "*la Administración Duque, obró de* ***mala fe*** *en su contra, al prevalecer los hechos políticos sobre su estabilidad laboral*".

En ese orden, le correspondía a la parte demandante 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.

Sin embargo, encuentra este Tribunal, que no es posible corroborar lo afirmado por la señora Iris María Crismatt Mouthon, y con ello desvirtuar la presunción de legalidad con la que cuenta el acto acusado, puesto que, no figura prueba en el expediente que advierta que hubo por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias un ejercicio de decisión fuera de límites justos y ponderados. Al respecto, el Consejo de Estado[48] ha expresado, que dichos actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad derivada del sometimiento coercitivo de la actividad administrativa al ordenamiento jurídico.

[48] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Seccion Cuarta. Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez.Bogotá D. C., siete (7) de noviembre del dos mil doce (2012).

Razón por la cual, 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; por lo tanto, 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 conclusión, de cara al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y luego de realizar el análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial, la Sala se abstendrá de declarar la nulidad Decreto No. 0020 del día 8 de enero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente el cargo de Asesor código 105 y grado 47, que desempeñaba la señora Iris María Crismatt Mouthon, en condición de libre nombramiento y remoción, por encontrarse ajustado a la normatividad aplicable para el caso en concreto.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, conforme a lo expuesto con precedencia.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso numeral 3, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante que resultó vencida dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

5.7. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018), del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS RODRIGUEZ PEREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-33-33-006-2016-00146-01

Firmado Por:

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
692cada866aefd278b15fc2d75976748d51ddf7d87541d6dba1715996a91c66e
Documento generado en 13/07/2021 12:25:28 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica