

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **ANA LUCÍA LÓPEZ PINZÓN**
C.C. No. 51.685.427 de Bogotá

Demandado : **CONTRALORÍA DE CUNDINAMARCA**

Radicación : **No. 11001-33-42-047-2017-00369-00**

Asunto : **Insubsistencia cargo de libre nombramiento y remoción**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

S E N T E N C I A

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 *ibidem*, promovida por la señora **ANA LUCÍA LÓPEZ PINZÓN** actuando a través de apoderado especial, contra el **CONTRALORÍA DE CUNDINAMARCA**.

La demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES

- i) Se declare la nulidad de la Resolución No. 0168 del 08 de mayo de 2017, por la cual la Contraloría de Cundinamarca, declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, en el cargo de director administrativo Código 009, Grado 03, ante la Dirección Administrativa y Financiera, de la Planta de Personal de la entidad, a partir del 08 de mayo de 2017.

- ii) A título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad accionada a:
 - Reintegrar a la demandante al cargo de director administrativo Código 009, Grado 03, ante la Dirección Administrativa y Financiera, o a otro de igual o superior categoría, teniendo presente que tanto sus funciones como los requisitos exigidos, deben ser afines para su ejercicio, con retroactividad al día 08 de mayo de 2017.
 - Pagar a la demandante, todas las sumas de dinero que correspondan a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir con ocasión de la insubsistencia, desde el 08 de mayo de 2017, hasta que sea reintegrada, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.
 - Pagar a la demandante, lo que corresponda por intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta el pago total de los valores que se reconozcan, en los términos dispuestos en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.
 - Declarar que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, desde la fecha de desvinculación hasta que se disponga el reintegro efectivo.
 - Reconocer y pagar lo que corresponda por seguridad social en salud y pensiones, en el monto y por el tiempo correspondiente, con las multas y sanciones que se ocasionen, sobre el salario devengado como director administrativo Código 009, Grado 03, ante la Dirección Administrativa y Financiera.

- iii) Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos están relatados de la siguiente manera:

- Mediante la Resolución No. 0023 del 12 de enero de 2016, la demandante fue nombrada en el cargo de director administrativo Código 009, Grado 03, ante la Dirección Administrativa y Financiera, de la planta de personal de la Contraloría de Cundinamarca, en la modalidad de libre nombramiento y remoción, siendo posesionada el 14 de enero de 2016.
- La demandante desempeñó en encargo los siguientes cargos:

Cargo	Acto administrativo	Fecha de posesión
Director administrativo de gestión humana y carrera administrativa, libre nombramiento y remoción	Resolución 0185 del 02 de marzo de 2016	03 de marzo de 2016
Secretario general Código 073, Grado 05, libre nombramiento y remoción	Resolución 0395 del 01 de agosto de 2016	01 de agosto de 2016
Secretario general, Código 073, Grado 05, libre nombramiento y remoción	Resolución 0420 del 30 de agosto de 2016	30 de agosto de 2016
Secretario general, Código 073, Grado 05, libre nombramiento y remoción	Resolución 0054 del 01 de marzo de 2017	01 de marzo de 2017

- Mediante la Resolución No. 0168 del 08 de mayo de 2017, se declaró insubsistente a la demandante, del cargo de director administrativo Código 009, Grado 03, ante la Dirección Administrativa y Financiera, de la planta de personal de la Contraloría de Cundinamarca, en la modalidad de libre nombramiento y remoción.
- La demandante se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, desde el 23 de agosto de 1982, habiendo cotizado a Colpensiones 1.677,14 semanas, hasta el momento en que fue declarada insubsistente. Asimismo, al momento de la declaratoria de insubsistencia contaba con 54 años de edad, faltándole tres (3) años de edad para cumplir 57 años de edad, por lo que sostiene tiene la condición de prepensionada.
- El salario que la demandante recibía por el cargo del que fue declarada insubsistente, era su único sustento económico, dado que no cuenta con ningún ingreso alternativo. Al no contar con ese medio de subsistencia, tuvo que aportar al sistema de seguridad social como independiente por un valor

inferior al que devengaba cuando estaba vinculada a la Contraloría de Cundinamarca.

1.1.4. Fundamentos de derecho.

CONSTITUCIONALES:

Artículos 2, 6, 13, 25, 29, 42 a 44, 53, 122 y 123.

LEGALES:

Artículo 9 de la Ley 797 de 2003

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la demandante, la podemos extraer del acápite de concepto de violación, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

- **Desviación de poder y falsa motivación:** Sostiene que la entidad accionada, con la expedición del acto administrativo acusado, omitió dar aplicación a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-685 de 2016 que, en lo que respecta a los prepensionados, señaló:

“el reten social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, 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 los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo”.

En virtud de lo anterior, la parte actora, afirma que la Contraloría de Cundinamarca incurrió en falsa motivación, al omitir la motivación del acto de insubsistencia, máxime cuando la demandante había demostrado una excelente trayectoria y ostentaba la condición de prepensionada, por lo que se le debe respetar la permanencia en el cargo que desempeñaba hasta que cumpla con el requisito de edad pensional.

Por otra parte, señala que, con la decisión de insubsistencia, la entidad incurrió en desviación de poder, dado que desvinculó a la demandante sin motivo

para ello, aún cuando era depositaria de toda la confianza, reconocimiento y experticia por parte del Contralor de Cundinamarca. La confianza otorgada se vio demostrada con los encargos que asumió, los cuales solo son asignados a personas de los más altos estándares personales, de idoneidad y habilidades funcionales. Para fortalecer el argumento cita la sentencia del 23 de febrero de 2011¹, por la cual el Consejo de Estado sostuvo:

“el fenómeno de desviación de poder se puede presentar aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio”.

- **Desconocimiento de la calidad de prepensionada:** Afirma que, con la declaratoria de insubsistencia, la entidad demandada, desconoció la calidad de prepensionada que le asiste a la demandante y con ello lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, artículo 9, parágrafos 3 y 12, máxime cuando, de acuerdo con la sentencia T-357 de 2016 de la Corte Constitucional, tiene derecho a gozar de la inamovilidad relativa, por faltarle menos de tres (3) años para completar los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez.

En la referida providencia se considera:

“(…) 5. El derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse.

En reiteradas ocasiones, este Tribunal se ha referido al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas próximas a pensionarse. (...) Con todo, la protección de este grupo poblacional ha trascendido la órbita de la reestructuración estatal abarcando las diferentes situaciones en las que estas personas son desvinculadas del servicio generándose una afectación de sus derechos fundamentales. Son diferentes las sentencias que se han ocupado del alcance de esta protección por fuera del contexto de la renovación de la administración pública, pero resulta particularmente diáfana la distinción realizada por la Corte en la sentencia T-326 de 2014, en donde se precisó lo siguiente: (...)

*Si bien el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 establece que “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**”, se tiene que con ocasión del control abstracto de constitucionalidad realizado por la Corte a la precitada norma, se estableció en la Sentencia C-1037 de 2003 que dicha terminación con justa causa solo podrá tener lugar cuando el trabajador haya sido incluido en la nómina de pensionados. En efecto, la parte resolutive de esta providencia declaró la exequibilidad condicionada de la disposición citada bajo el entendido de que el*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación No, 170012331000200301412 02 (0734-10).

trabajador pensionado deberá estar incluido en la nómina de pensionados del respectivo fondo de pensiones para que pueda darse por terminado el contrato de trabajo.

En conclusión, la Sala entiende que la condición de prepensionado de un trabajador y la protección que de esta se deriva no se circunscribe a las relaciones laborales afectadas por los planes de renovación de la administración pública sino que cobija a todos los trabajadores próximos a pensionarse definidos como aquellos a quienes les 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 (...)"

En virtud de lo anterior, la parte demandante sostiene que, para que la entidad accionada pudiera declarar insubsistente a la demandante debía motivar el acto administrativo y dar aplicación a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es, dar por terminada la relación laboral con fundamento en lo señalado en la referida norma y observando lo considerado en la sentencia C-1037 de 2003.

2.2. Demandada:

CONTRALORÍA DE CUNDINAMARCA:

La entidad demandada presentó contestación de la demanda en tiempo, oponiéndose a las pretensiones, así:

- Solicita se nieguen las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que el acto administrativo acusado está revestido de legalidad, al haber sido expedido conforme a la facultad discrecional con que cuenta el nominador, para declarar insubsistentes los cargos de libre nombramiento y remoción.

Sus argumentos de defensa los sustenta de la siguiente manera:

- Informa que, los cargos de libre nombramiento y remoción que se encuentran adscritos a los despachos implican el ejercicio de funciones de dirección, conducción y orientación institucionales, por lo que para ejercer los mismos se requiere especial confianza. En virtud de la calidad de estos empleos, es que la norma permite que frente a los mismos se aplique la facultad discrecional para su nombramiento y remoción.
- En cuanto al cargo de falsa motivación presentado por la parte activa, sostiene que, teniendo en cuenta que la demandante estaba vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción, esto es el de director

administrativo, código 009, grado 003, ante la Dirección Administrativa y Financiera, el cual estaba basado en motivos de confianza, no se requería motivación para proceder a su desvinculación, por lo que el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a lo previsto en el artículo 41, literal a), inciso 2° del parágrafo 2° de la Ley 909 de 2004.

Al respecto, cita la sentencia T-610 de 2013, por la cual la Corte Constitucional señaló que:

“La jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han indicado respecto de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción lo siguiente: “Es claro que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan motivación y ello es así porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno”.

- En cuanto al cargo de desviación de poder por el desconocimiento a la condición de prepensionada, en virtud de lo dispuesto en la sentencia T-685 de 2016, afirma que, en la citada providencia:

“(…) la Corte Constitucional “revisó un caso donde se promovió tutela por parte de un empleado que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción como Secretario General en la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga, quien había cotizado 1300 semanas y le restaban menos de 3 años para cumplir requisito de edad, aclaró la Corte, que no puede haber una diferenciación de destinatarios entre quienes ocupen cargos con vocación permanente y quienes se encuentren vinculados transitoriamente, pues ello viola el derecho a la igualdad y el acceso a la seguridad social en pensiones. Aquí la Sala confirma sentencia de tutela proferida en segunda instancia que revoca el fallo de primera instancia y concede amparo transitorio ordenando el reintegro del accionante hasta tanto cumpla con los requisitos de pensión (...).

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 003/18 del 8 de febrero de 2018, se revisa el caso plasmado en la sentencia T-685/16. La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analizó, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga, Santander”.

- Las conclusiones a las que la Corte llegó con la última providencia fue que:

“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 confianza que exige su labor (...).

(...) Con fundamento en esta premisa general, analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de S. General de la Dirección de Tránsito y Transporte de Bucaramanga, Santander. Enfatiza que la regla se tornaba mucho más estricta en relación con los empleados de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”, de que

trata el literal a) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues se refiere a los empleados públicos del más alto nivel jerárquico que la Rama Ejecutiva del poder público y de los Órganos de Control, en la administración central y descentralizada tanto del nivel nacional, como territorial, a los que les corresponde la dirección, conducción y orientación de las entidades estatales de las que hacen parte. En atención a su alta calidad y elevadas responsabilidades, se trata de los empleos públicos que exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

Adicionalmente, consideró la Sala Plena que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez sea el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad reforzada de pre-pensionabilidad, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, consideró la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez”.

- De acuerdo a lo expuesto anteriormente, la entidad accionada afirma que la demandante no se encuentra protegida por el principio de reten social con estabilidad laboral reforzada, como quiera que a la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 1.600 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.
- Por otra parte, sostiene que, al consultar los sistemas BDUA y RUAF, este último el 17 de mayo de 2018, se verificó que la demandante se encuentra activa en el sistema de seguridad social, como cotizante. Lo que demuestra que luego de su desvinculación no se ha visto desprotegida en salud, pensiones, ni riesgos laborales, aunado a lo anterior, afirma que en la actualidad la demandante se encuentra vinculada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por lo que no ha estado cesante ni sin ingresos.
- Finalmente, cita una sentencia del Consejo de Estado, del 23 de febrero de 2011, en la que la Alta Corporación consideró que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad, no obstante, esa presunción de legalidad puede ser desvirtuada cuando se presenta desviación de poder, la cual se presenta cuando la desvinculación se aleja de la finalidad del buen servicio y se usa para fines distintos a los previstos en la norma. Sobre este último punto, pone de presente al Despacho que, para la época de desvinculación, la demandante se vio comprometida en la suscripción de un convenio sin cumplimiento de requisitos legales que afectó 16 proyectos de inversión de la entidad y en consecuencia generó la desconfianza por parte del nominador, lo que demuestra que la declaratoria de insubsistencia obedeció a los fines generales y de interés público, al ser dirigida a mejorar el servicio público.

Finalmente, propuso las excepciones de mérito de: falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de causal de estabilidad laboral reforzada y compensación.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 28 de agosto de 2017, fue admitida por auto calendado el 10 de noviembre del mismo año, ordenando la notificación de la entidad demandada. Enterada la entidad contestó la demanda en tiempo, y en tal sentido se surtieron los traslados respectivos. Mediante providencia del 10 de octubre de 2018, se citó a las partes y a sus apoderados para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.

En audiencia inicial de fecha 02 de noviembre de 2018, se llevaron la cabo las etapas correspondientes al saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación declarada fallida, se tuvieron como prueba los documentos aportados y al considerar suficientes las pruebas allegadas al expediente, se prescindió del periodo probatorio y se concedió término para presentar alegatos de conclusión por escrito.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en término, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y concluyendo que:

- La facultad discrecional fue ejercida por la accionada de manera arbitraria, dado que no se probó el uso de la misma dentro de los límites de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo, sostiene que la presunta falta de confianza solo fue una coartada para justificar los motivos caprichosos, relacionados con la libertad de culto, que dieron lugar al retiro.

3.1.2. Parte demandada

La entidad demandada presentó alegatos de conclusión en tiempo, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y finaliza afirmando que la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo, para

el cual un servidor fue designado. Decisión a la que se llega, después de que el nominador se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad, propendiendo por los intereses generales y el buen servicio.

3.1.3. Ministerio Público:

El Ministerio Público no emitió concepto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término recordará el problema jurídico, posteriormente, analizará la normatividad aplicable al caso para finalmente resolver el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas al plenario.

4.1. Problema jurídico:

El Problema Jurídico quedó fijado en la audiencia inicial de la siguiente manera:

"consiste en establecer si la señora ANA LUCÍA LÓPEZ PINZÓN tiene derecho a que la CONTRALORÍA DE CUNDINAMARCA, la reintegre al cargo que venía desempeñando (DIRECTOR ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 009, GRADO 03), declarando la no solución de continuidad; y como consecuencia de ello, le pague a título de restablecimiento del derecho, todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por la terminación de su nombramiento de carácter de libre nombramiento y remoción, una vez se verifique si el acto administrativo que la retiró del servicio incurre en infracción por desviación de poder, falsa de motivación y desconocimiento de la calidad de prepensionada, según se expone en la demanda".

4.1.1. Desarrollo del problema jurídico

En este acápite, el Despacho establecerá las premisas normativas y jurisprudenciales que servirán de sustento a la decisión.

4.1.1.1. Sobre la facultad discrecional para el nombramiento y retiro de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción

El capítulo 2º de la Constitución Política de 1991, establece la función pública como la forma para cumplir con los fines del estado, entre ellos, propender por el servicio a la comunidad y la prevalencia del interés general. De allí, que ningún servidor

público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (inciso 2, artículo 122).

El artículo 123 *ibídem*, determina que son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

En cuanto a los empleados públicos, el artículo 125 *ibídem*, establece como regla general que, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, por lo que se exceptúan, entre otros, los de libre nombramiento y remoción.

Con el objeto de regular el empleo público conforme lo dispuesto en la Carta Política, el legislador expidió la 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*”, que en sus artículos 1, 3, 5 y 23 disponen:

ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. *La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.*

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

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

ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales².

(...)

² Aparte declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-319 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería

PARÁGRAFO 2o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales³ y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.

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:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

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

(...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

(...)

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

(...)” (Negrilla fuera del original)

En virtud de lo anterior, el empleo público, excepcionalmente, puede ser desempeñado por personas que son nombradas bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en cuanto al retiro del servicio de este personal, el artículo 41 del mismo estatuto, establece:

ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

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

(...)

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

³ Aparte declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-073 de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (Negrilla fuera del original)

De las normas transcritas se puede establecer que el ingreso y retiro de los empleados públicos nombrados en la modalidad de libre nombramiento y remoción, puede realizarse de manera discrecional, es decir, sin que medie ningún tipo de procedimiento de selección más allá del cumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del empleo y sin que exista motivación al momento de removerlos del cargo, máxime cuando el móvil de estos nombramientos ha sido el factor confianza o el mejoramiento del servicio; esta posición ha sido avalada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en jurisprudencia reiterada y pacífica, como se muestra a continuación:

“(…) el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción determina el rigor con el que debe someterse a juicio el uso de la facultad discrecional para declararlos insubsistentes. Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, 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 en relación con aquellos empleos que atienden, predominantemente, a relaciones de confianza profesional.”⁴

“(…) Cabe resaltar que sobre la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza, no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio (...)”⁵

Sin perjuicio de lo anterior, la Alta Corporación también ha expresado que la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción mediante la figura de la discrecionalidad, es un poder ejercitado conforme a derecho que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados, así, esa competencia debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general, lo cual hace que deba existir una razón para adoptar la decisión de insubsistencia, que deberá estar fundada no solo en normas jurídicas, sino también en hechos reales y ciertos, conllevando a que la discrecionalidad tenga como medida, la razonabilidad, lo que podría verse como un límite a la facultad discrecional,⁶ no obstante, tal como lo expuso la H. Corte Constitucional en sentencia SU 003 de 2018, dado que los cargos desempeñados por las personas nombradas en libre nombramiento y

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 22 de octubre de 2020, exp. No. 25000-23-42-000-2016-05246-01 (3487-18)

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 08 de octubre de 2020, exp. No. 25000-23-42-000-2013-02283-01 (0093-17)

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Rafael Francisco Suarez, Sentencia del 02 de abril de 2020, exp. 50001-23-33-000-2014-00024-01 (2190-17)

remoción son de carácter directivo⁷ o exigen el máximo grado de confianza⁸, en atención a la alta calidad y elevadas responsabilidades de las funciones desempeñadas, es razonable la discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.

4.1.1.2. Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada a personas que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción - estatus de prepensionado

La Constitución Política en su artículo 48 y la Ley 100 de 1993, garantizan a la población colombiana, el derecho a la seguridad social, el cual tiene como finalidad asegurar a todos sus destinatarios contra los riesgos de salud, invalidez, vejez, maternidad, muerte, riesgos profesionales y desempleo, a través del reconocimiento de prestaciones económicas que les garanticen la sostenibilidad y calidad de vida digna.

Entre las garantías o prestaciones reconocidas se encuentra la de la pensión de vejez o jubilación, la cual va encaminada a reconocer al trabajador un sustento que le permita mantener las condiciones dignas de vida al finalizar su etapa laboral.

De acuerdo con lo expresado por la H. Corte Constitucional⁹, el derecho a la seguridad social, constituye por conexidad un derecho fundamental cuando su vulneración afecta los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al trabajo y/o al mínimo vital, de allí que, para el caso de estudio, cuando una persona está pronta a pensionarse cuenta con un fuero de estabilidad que tiene como único objetivo la protección de su derecho al mínimo vital.

Como se estudió en el acápite anterior, los empleados públicos vinculados mediante nombramiento ordinario de libre nombramiento y remoción no cuentan con un fuero de estabilidad que exija al nominador mantenerlo en el cargo; sin embargo, si el empleado entra en la categoría de prepensionado existe la posibilidad de que deba mantenerse en el cargo hasta el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de su prestación.

De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia SU 003 de 2018, acreditan la condición de prepensionables:

⁷ “un cargo de libre nombramiento y remoción debe referirse a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional”. Sentencia SU 003 de 2018

⁸ “los cargos de libre nombramiento y remoción deben implicar un alto grado de confianza, es decir, de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”. Sentencia SU 003 de 2018

⁹ Sentencia T-169 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

“(…) las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.”¹⁰

Cuando se trata de empleados de libre nombramiento y remoción, en punto a que solo falta el cumplimiento de la edad, no se consideran con la garantía de prepensionados, al puntualizar en la misma sentencia que:

“(…) 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 Pensiones¹¹. ”

Para lo cual concluye que:

“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”¹²

Lo anterior lleva a concluir que un servidor público vinculado de manera ordinaria mediante la modalidad de libre nombramiento y remoción solamente se hace acreedor a la protección de estabilidad laboral reforzada por la condición de prepensionado, cuando no cuenta con la totalidad de las semanas cotizadas o el capital necesario para consolidar su derecho pensional y le faltan menos de tres

¹⁰ Sentencia SU 003 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido

¹¹ Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de “prepensión” como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente: “¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?”. Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: “De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela”. Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum de la decisión, se señala: “Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado”.

¹² Ibidem.

años para acceder al derecho pensional y la desvinculación laboral frustra su derecho pensional.

4.2. Hechos probados

Se encuentran demostrados en el proceso con los medios de prueba documentales legalmente incorporados, los siguientes hechos que interesan al debate y que tienen que ver con las pruebas de la demanda:

- La señora Ana Lucía López Pinzón nació el 19 de marzo de 1963, por lo que a la fecha de la presentación de la demanda (28 de agosto de 2017) contaba con 54 años de edad.
- Según la hoja de vida que reposa en el expediente administrativo, se verifica que la señora Ana Lucía López Pinzón, ostenta la condición de contadora pública de la Corporación Universidad Piloto de Colombia, con especialización en gerencia y administración financiera y en gerencia de proyectos, y ha ejercido, entre otros, los siguientes cargos:
 - Directora Nacional de Infraestructura, en 472 Servicios Postales Nacionales.
 - Jefe Nacional de Compras y Suministros, en 472 Servicios Postales Nacionales.
 - Asesora 5, en la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá D.C.
 - Subsecretaria de Gestión y Planeación, en la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D.C.
 - Contratista en la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá D.C.
 - Subgerente en, Hospital San Blas II Nivel ESE.
- Según reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido el 04 de mayo de 2017 por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se verifica que, al 31 de marzo de 2017, la señora Ana Lucía López Pinzón, completaba 1.677,14 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones.
- La señora Ana Lucía López Pinzón, prestó sus servicios a la Contraloría de Cundinamarca, como se muestra a continuación:

Cargo	Modalidad	Acto administrativo	Fecha de posesión
Director Administrativo Código 009 Grado 003, ante la Dirección Administrativa y Financiera	Libre nombramiento y remoción, nombramiento ordinario	Resolución No. 0023 del 12 de enero de 2016	14 de enero de 2016
Director Administrativo Código 009 Grado 004, ante la Dirección Administrativa de Gestión Humana y Carrera Administrativa	Libre nombramiento y remoción, encargo	Resolución No. 0185 del 02 de marzo de 2016	3 de marzo de 2016
Secretario General Código 073 Grado 05	Libre nombramiento y remoción, encargo	Resolución No. 0395 del 01 de agosto de 2016	1 de agosto de 2016
Secretario General Código 073 Grado 05	Libre nombramiento y remoción, prórroga encargo	Resolución No. 0420 del 30 de agosto de 2016	N/A
Secretario General Código 073 Grado 05, en encargo	Libre nombramiento y remoción, encargo	Resolución No. 0054 del 01 de marzo de 2017	1 de marzo de 2017

- Mediante la Resolución 0168 del 08 de mayo de 2017, se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ana Lucía López Pinzón, en el cargo de Director Administrativo Código 009 Grado 03, cargo de libre nombramiento y remoción, ante la Dirección Administrativa y Financiera de la Contraloría de Cundinamarca, a partir del 08 de mayo de 2017.
- De acuerdo con el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Contraloría de Cundinamarca, establecido mediante la Resolución No. 0527 del 20 de septiembre de 2011, el propósito principal del cargo de Director Administrativo Código 009 Grado 003, ante la Dirección Administrativa y Financiera, desempeñado por la demandante, consta en *“Formular y Dirigir políticas, planes, programas y proyectos financieros y económicos y las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos financieros, presupuestales y contables de la Contraloría, para garantizar el cumplimiento de la misión institucional”*.

Asimismo, las funciones del cargo son:

1. Dirigir, coordinar y controlar el diseño y ejecución de planes, programas y procedimientos para la adquisición, contratación, almacenamiento, suministro, registro, control y seguro de bienes y servicios de la Contraloría de Cundinamarca para el correcto funcionamiento y cumplimiento de la gestión Institucional.
2. Promover la programación y hacer cumplir las labores encaminadas a seleccionar, adquirir y suministrar los elementos de consumo y devolutivos necesarios, para el adecuado funcionamiento de la Contraloría de Cundinamarca.

3. Determinar las directrices en la administración de los bienes muebles de propiedad de la Contraloría de Cundinamarca y de las oficinas sedes de la administración, para establecer el uso racional y distribución de los mismos, para el normal desarrollo de las funciones de los servidores Públicos de la Entidad.
4. Revisar y aprobar las órdenes de pago y los documentos soportes, para ser presentados ante el Contralor de Cundinamarca como ordenador del gasto para su autorización y legalización.
5. Controlar los inventarios y vigencia de los seguros de los bienes muebles e inmuebles de la Contraloría de Cundinamarca, para salvaguardar el patrimonio de la Entidad y su correcto funcionamiento.
6. Velar porque se realice el estudio de necesidades de los elementos de consumo y de equipos para las distintas dependencias de la Contraloría de Cundinamarca y elaborar el programa anual de compras bajo la orientación del Secretario General y con la asesoría de la Oficina Asesora de Planeación y Sistemas e Informática, para garantizar una gestión eficaz y oportuna.
7. Proveer oportunamente a las distintas dependencias de la administración de la Contraloría de Cundinamarca, de los equipos y demás elementos de consumo indispensables para el adecuado funcionamiento de la administración.
8. Coordinar la organización y prestación de los servicios de conmutador, vigilancia, electricidad, aseo y demás servicios concernientes al mantenimiento, conservación y seguridad de los edificios sedes de la administración de la Contraloría de Cundinamarca para el correcto funcionamiento de la administración.
9. Llevar el registro de proveedores de la entidad, de acuerdo con las normas vigentes, para garantizar la publicidad y transparencia de la Entidad.
10. Coordinar la administración, ejecución y aplicación de normas en las actividades presupuestales, contables y de tesorería de la Contraloría, y en general del sistema financiero, adoptado por la Contraloría de Cundinamarca, para el correcto funcionamiento de la Entidad.
11. Garantizar la presentación correcta y oportuna del presupuesto de ingresos y egresos de la Contraloría para la correspondiente vigencia fiscal, así como su correcta ejecución y liquidación, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, para el cumplimiento de los objetivos del proceso.

12. Dirigir con la Asesoría, de la Oficina Asesora de Planeación, Sistemas e Informática, la elaboración del Proyecto de Presupuesto de la Contraloría de Cundinamarca, para el correcto funcionamiento de la entidad y el cumplimiento de los planes de acción.
13. Asegurar que los registros contables, presupuestales y de tesorería, se efectúen de conformidad con las normas legales vigentes, para el cumplimiento de los objetivos institucionales y del proceso.
14. Expedir las certificaciones sobre la viabilidad, disponibilidad y reserva presupuestal necesaria para la adecuada ejecución del presupuesto de la Contraloría, para el cabal desarrollo institucional.
15. Expedir y autenticar las copias de documentos que reposen en el archivo de la Contraloría de Cundinamarca cuando estos han cumplido su trámite definitivo ò cuando han dejado de hacer parte de procesos surtidos por las dependencias competentes para ello, y en todo caso, con sujeción al reglamento, que para efectos se adopte, para garantizar la fe pública de los documentos.
16. Velar por la confiabilidad, oportunidad, consistencia y razonabilidad de las cifras consignadas en los estados financieros para garantizar la fiabilidad de los mismos.
17. Orientar los estudios e investigaciones relacionadas con el mercado financiero para presentar recomendaciones al Contralor que permitan optimizar la gestión.
18. Proponer los cambios tecnológicos pertinentes para el desarrollo de las actividades del proceso.
19. Responder y coordinar con la Dirección Administrativa de Gestión Humana y Carrera Administrativa ò quien haga sus veces, por el desarrollo de los programas y actividades, que se desprendan de la elaboración y aplicación de la evaluación del desempeño de los funcionarios de la Contraloría, una vez se haya legalizado la aplicación de este instrumento para la Contraloría de Cundinamarca, con el fin de cumplir con los postulados de la ley especial que se expida para las Contralorías Territoriales.
20. Comparecer a los distintos eventos que programe la Entidad, con el ánimo de prevenir las Enfermedades de Origen Profesional y los Accidentes de Trabajo.
21. Asistir puntualmente a las capacitaciones y eventos que programe la Entidad, para el cabal desarrollo de la misión institucional.
22. Participar y apoyar en el desarrollo, mejoras o actualizaciones de los procesos de la Entidad para el cumplimiento de las políticas de Calidad.

- 23. Responder por el inventario asignado y por la custodia de la documentación e información que por razón de sus funciones tenga bajo su cuidado, guardando la reserva de la misma, para el cumplimiento de las funciones del cargo.
 - 24. Promover y participar en la racionalización de la administración de materiales asignados conforme a las políticas y normas vigentes legales de la Entidad, para el mejoramiento continuo del proceso.
 - 25. Participar en la implantación de los sistemas de información de la Contraloría, para garantizar la publicidad y el adecuado desarrollo institucional.
 - 26. Generar la cultura del autocontrol en todas las actividades que se desarrollen en el proceso para cumplir con la misión institucional de la Entidad.
 - 27. Desarrollar las demás funciones asignadas por Ordenanza y/o por Resolución motivada por el Contralor de Cundinamarca de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo, para lograr los objetivos Misionales de la Contraloría de Cundinamarca.
- Obra acuerdo de gestión suscrito por el Secretario General de la Contraloría de Cundinamarca y la demandante en calidad de Directora Administrativa y Financiera, el 05 de mayo de 2016, para efectos de evaluar la gestión, con base en los compromisos asumidos por la Dirección Administrativa y Financiera, respecto al logro de resultados y en habilidades gerenciales requeridas.
 - Reposa también, valoración de competencias del 28 de febrero de 2017 en el que se constata una evaluación del 1.7.
 - Finalmente, consultado el Registro Único de Afiliados – RUAF¹³, se verifica la siguiente información:

INFORMACIÓN BÁSICA						Fecha de Corte:	2021-03-12
Número de identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo		
CC 51685427	ANA	LUCÍA	LOPEZ	PINZON	F		
AFILIACIÓN A SALUD						Fecha de Corte:	2021-03-12
Administradora	Régimen	Fecha Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio		
COMPENSAR E.P.S.	Contributivo	02/09/2014	Activo	DOTIZANTE	BOACHA		
AFILIACIÓN A PENSIONES						Fecha de Corte:	2021-03-12
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación				
PENSIONES AHORRO INDIVIDUAL	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN SA		1999-01-21	Retirado			
PENSIONES PRIMA MEDIA	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES		1992-09-23	Activo cotizante			

¹³ Consultado el 16 de marzo de 2021, en la página web <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>

AFILIACIÓN A RIESGOS LABORALES					Fecha de Corte:	2021-03-12
Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Actividad Económica	Municipio Laboral		
SEGUROS DE VIDA COLOMBIA SA	2020-01-01	Activo	EMPRESAS DEDICADAS A ACTIVIDADES EJECUTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL INCLUYE MINISTERIOS, ORGANOS, ORGANISMOS Y DEPENDENCIAS ADMINISTRATIVAS EN LOS NIVELES CENTRAL, REGIONAL Y LOCAL	Bogotá, D.C. - BOGOTÁ		
SEGUROS DE VIDA ALFA SA	2006-10-02	Activo	ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN PREESCOLAR QUE SUELE IMPARTIRSE EN ESCUELAS DE PARVULOS O EN JARDINES INFANTILES INCLUYE GUARDERÍAS			
AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR					Fecha de Corte:	2021-03-12
Administradora CF	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Miembro de la Póliza	Tipo de Afiliado	Municipio Laboral	
CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO	2020-06-01	Activo	Afiliado	Trabajador afiliado dependiente		
AFILIACIÓN A CESANTÍAS					Fecha de Corte:	2021-03-31
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Municipio Laboral		
CESANTÍAS ESPECIAL	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA	2016-12-27	VIGENTE	Bogotá, D.C. - BOGOTÁ		
CESANTÍAS TRADICIONAL	FONDO NACIONAL DEL AHORRO	2014-10-01	VIGENTE			
PENSIONADOS					Fecha de Corte:	2021-03-12
No se han reportado pensiones para esta persona.						

4.3. Caso Concreto:

En el presente caso la señora ANA LUCÍA LÓPEZ PINZÓN argumenta que tiene derecho a que el CONTRALORÍA DE CUNDINAMARCA le reintegre al cargo de Director Administrativo Código 009 Grado 03, que venía desempeñando en la modalidad de libre nombramiento y remoción ante la Dirección Administrativa y Financiera de la Contraloría de Cundinamarca, por considerar que el acto fue expedido con desviación del poder, falsa motivación y desconocimiento de su calidad de prepensionada, por cuanto su insubsistencia no fue motivada y tuvo como trasfondo motivaciones arbitrarias y caprichosas del nominador respecto a situaciones de carácter personal, aunado al desconocimiento de su calidad de prepensionada, que le da derecho a estabilidad laboral reforzada mientras adquiere su derecho pensional.

Por lo anterior el Despacho procederá a analizar por separado cada uno de los cargos de nulidad endilgados al acto demandado, advirtiendo que en el evento de prosperar alguno, no será necesario seguir evaluando los demás.

4.3.1. PRIMER CARGO: Desviación de poder y falsa motivación

La parte demandante formula los dos cargos en un solo acápite; para efectos de proporcionar claridad en la providencia se analizarán individualmente.

4.3.1.1. Desviación de poder

Señala que, con la decisión de insubsistencia, la entidad accionada incurrió en desviación de poder, dado que desvinculó a la demandante sin motivo para ello, aun cuando era depositaria de toda la confianza, reconocimiento y experticia por parte del Contralor de Cundinamarca. La confianza otorgada se vio demostrada

con los encargos que asumió, los cuales solo son asignados a personas de los más altos estándares personales, de idoneidad y habilidades funcionales. Para fortalecer el argumento cita la sentencia del 23 de febrero de 2011¹⁴, por la cual el Consejo de Estado sostuvo:

“el fenómeno de desviación de poder se puede presentar aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio”.

Asimismo, afirmó que la entidad accionada, con la expedición del acto administrativo acusado, omitió dar aplicación a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-685 de 2016 que, en lo que respecta a los prepensionados.

Finalmente, en los alegatos de conclusión sostuvo que la facultad discrecional fue ejercida por la accionada de manera arbitraria, dado que no se probó el uso de la misma dentro de los límites de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo, afirmó que la presunta falta de confianza que dio lugar a su insubsistencia solo fue una coartada para justificar motivos caprichosos, relacionados con la libertad de culto de la demandante.

Sea lo primero aclarar el concepto de desviación de poder para determinar si en el caso de autos se presenta.

De acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁵, la desviación de poder se presenta cuando la intención con la cual la autoridad toma una decisión, persigue un fin diferente al previsto por el legislador, el cual obedece a un propósito particular, personal o arbitrario.

Aclarado el concepto, el Despacho encuentra que, el argumento concerniente a la falta de motivación del acto administrativo no puede ser evaluado en este cargo al no corresponder a la naturaleza del mismo. De la misma manera, en este cargo no se va a analizar lo correspondiente a la condición de prepensionada que reclama la demandante, dado que habrá un acápite especial para ello.

Ahora bien, **en lo que concierne al cargo de desviación de poder**, el Despacho encuentra que la demandante sostiene que la decisión de su insubsistencia se

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación No. 170012331000200301412 02 (0734-10).

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación No. 19001-23-31-000-2001-01047-01(0407-10)

debió a situaciones de carácter personal entre el nominador y ella; sin embargo, de las pruebas arrojadas al expediente no se logra demostrar ninguna circunstancia que dé lugar siquiera a plantear conflictos personales que hubiesen culminado con la declaratoria de insubsistencia de la demandante.

Por otra parte, de las pruebas aportadas al expediente se destacan el acuerdo de gestión suscrito por el Secretario General de la Contraloría de Cundinamarca y por la demandante en calidad de Directora Administrativa y Financiera, el 05 de mayo de 2016, que tenía como objetivo evaluar la gestión de la dirección que encabezaba la demandante, con base en los compromisos asumidos, respecto al logro de resultados y en habilidades gerenciales requeridas y la valoración de competencias del 28 de febrero de 2017 en el que se constata una evaluación del 1.7. De las citadas pruebas, se deduce que la gestión adelantada por la demandante no estaba cumpliendo con los parámetros exigidos por la entidad, lo que, de manera desfavorable para la demandante, significaría que su retiro bien pudo ir encaminado a mejorar esos resultados.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho no encuentra móviles que permitan establecer que el nominador incurrió en desviación de poder, por lo anterior no se declarará como demostrado el cargo alegado.

4.3.1.2. Falsa motivación

La parte demandante afirma que la Contraloría de Cundinamarca incurrió en falsa motivación, al omitir la motivación del acto de insubsistencia, máxime cuando la demandante había demostrado una excelente trayectoria y ostentaba la condición de prepensionada, por lo que se le debe respetar la permanencia en el cargo que desempeñaba hasta que cumpla con el requisito de edad pensional.

Sostiene, que la entidad accionada, con la expedición del acto administrativo acusado, omitió dar aplicación a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-685 de 2016.

Al respecto, la entidad accionada indicó que, teniendo en cuenta que la demandante estaba vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción, esto es el de director administrativo, código 009, grado 003, ante la Dirección Administrativa y Financiera, el cual estaba basado en motivos de confianza, no se requería motivación para proceder a su desvinculación, por lo que el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a lo previsto en el artículo 41, literal a), inciso 2º del párrafo 2º de la Ley 909 de 2004.

En primer lugar, el Despacho no hará alusión a los argumentos relacionados con la falta de aplicación de la sentencia T-685 de 2016, dado que ese punto será resuelto en el acápite correspondiente.

En segundo lugar, se encuentra que, pese a que la demandante alega una falsa motivación en el acto administrativo acusado, lo que en realidad pretende es que se declare una **falta de motivación**, dado que su argumento va encaminado a que el acto de insubsistencia se profirió sin motivación alguna.

De acuerdo al material probatorio aportado al expediente, se constata que la demandante estaba vinculada a la Contraloría de Cundinamarca en el cargo de Director Administrativo Código 009 Grado 003, ante la Dirección Administrativa y Financiera, el cual tiene como objetivo principal *“Formular y Dirigir políticas, planes, programas y proyectos financieros y económicos y las demás actividades relacionadas con la administración de los recursos financieros, presupuestales y contables de la Contraloría, para garantizar el cumplimiento de la misión institucional”*, teniendo como funciones entre otras las de: **i)** dirigir, coordinar y controlar el diseño y ejecución de planes, programas y procedimientos para la adquisición, contratación, almacenamiento, suministro, registro, control y seguro de bienes y servicios de la Contraloría de Cundinamarca para el correcto funcionamiento y cumplimiento de la gestión Institucional; **ii)** controlar los inventarios y vigencia de los seguros de los bienes muebles e inmuebles de la Contraloría de Cundinamarca, para salvaguardar el patrimonio de la Entidad y su correcto funcionamiento.

Según la clasificación de los empleos dispuesta en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, los cargos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas y directrices y aquellos cuyo ejercicio implique la administración y manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, son empleos de libre nombramiento y remoción, los cuales según lo autoriza el artículo 44 *ibidem* pueden ser declarados insubsistentes en uso de la facultad discrecional mediante acto no motivado.

Conforme lo ha expuesto el H. Consejo de Estado:

“(…) los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requieren motivación, en la medida en 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 (...)”¹⁶, pese a lo anterior, la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección a. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, sentencia del 09 de julio de 2020. **Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00137-01(5272-16)**

Corporación también ha sostenido que “(...) en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.”¹⁷

Así como se estableció en el cargo anterior, de las pruebas documentales aportadas se verificó que los índices de gestión de la Dirección que encabezaba la demandante no estaban resultando satisfactorios, lo que daría lugar a dilucidar motivos razonables de desmejoramiento del servicio. Aunado a lo anterior, los cargos que son provistos mediante la modalidad de libre nombramiento y remoción tienen la exigencia de la confianza, la cual puede variar dependiendo de los resultados demostrados durante el desempeño del cargo, lo que exige por parte de quien busca desvirtuar el acto discrecional, demostrar la falta de razonabilidad al momento de determinar la insubsistencia. Como quiera que, la parte activa no cumplió con la carga probatoria que permita verificar la ausencia de razonabilidad en el acto de insubsistencia, para el Despacho el acto administrativo acusado no presenta falsa o falta de motivación, dado que se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico, el cual no le exige motivación.

Finalmente, la parte demandante sostiene que, la falta de motivación del acto de insubsistencia va en contra de la excelente trayectoria que llevaba en la entidad. Frente a ese argumento, el Despacho recuerda a la accionante que en virtud de lo dispuesto en el capítulo 2, título V de la Constitución Política, sobre la función pública y en la Ley 909 de 2004, se exige de los empleados públicos las mejores calidades y compromiso institucional, por lo que no demostrar presupuestos de excelencia y servicio constituye un desmejoramiento en el servicio público, por lo anterior el argumento alegado no aporta valor al cargo de falsa motivación.

De acuerdo a lo considerado no se declarará probado el cargo de falsa motivación.

4.3.2. SEGUNDO CARGO: Desconocimiento de la calidad de prepensionada

Afirma que, con la declaratoria de insubsistencia, la entidad demandada, desconoció la calidad de prepensionada que le asiste a la demandante y con ello lo preceptuado en la Ley 797 de 2003, artículo 9, parágrafos 3 y 12, máxime cuando, de acuerdo con la sentencia T-357 de 2016 de la Corte Constitucional, tiene derecho a gozar de la inamovilidad relativa, por faltarle menos de tres (3) años para completar los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez.

¹⁷ Ibidem

De igual manera, sostiene que, con la expedición del acto administrativo acusado, la entidad accionada omitió dar aplicación a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-685 de 2016 que, en lo que respecta a los prepensionados señaló que:

“el reten social es apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales concernidos por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse. En otras palabras, 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 los derechos al mínimo vital y a la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo”.

La entidad demandada afirma que de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 003 de 2018, los empleados públicos nombrados en la modalidad de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, máxime cuando la demandante a la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 1.600 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

En primer lugar, cabe recordar a la parte demandante que en el caso de autos no se puede analizar la sentencia T-685 de 2016, toda vez que la misma fue reemplazada por la sentencia SU 003 de 2018.

De acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional, en la sentencia SU 003 de 2018,¹⁸ los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de fuero de estabilidad laboral reforzada, dado que su nombramiento y remoción obedecen a la facultad discrecional otorgada al nominador; sin embargo, si y solo si, el empleado demuestra que solo le resta el requisito de tiempo de cotización para pensionarse en tres (3) o menos años, su desvinculación podría frustrar el acceso a la pensión de vejez, lo anterior al no tener los medios económicos para seguir cotizando. Empero, si lo que al servidor en libre nombramiento y remoción solo le falta 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 considera 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 Pensiones¹⁹, por lo que concluye que:

¹⁸ Sentencia SU 003 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido

¹⁹ Con relación a esta problemática, en la Sentencia T-972 de 2014 le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional decidir acerca de la solicitud de reintegro de una exservidora pública, de libre nombramiento y remoción, que ejercía un cargo directivo en la Fiscalía General de la Nación, al considerar que se había desconocido la figura de “prepensión” como consecuencia de su declaratoria de insubsistencia. El problema jurídico a resolver por la Corte fue el siguiente: “¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reintegro de una empleada pública, nombrada en un cargo de

“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

Para establecer si la demandante tiene la calidad de prepensionada y en consecuencia debe ser protegida bajo la figura de estabilidad laboral reforzada, se analizarán las pruebas que acompañan el proceso:

- En primer lugar, se tiene que, a la fecha de la declaratoria de insubsistencia, la demandante, señora Ana Lucía López Pinzón contaba con 54 años de edad y completaba más de 1.677,14 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones.
- Asimismo, cuenta con estudios profesionales en contaduría pública y de posgrado y ha desempeñado en diferentes entidades del sector público y empresas del sector privado, cargos de responsabilidad y alta dirección.
- Finalmente, de la información consultada en el Registro Único de Afiliados – RUAF²¹, se verificó que la demandante está afiliada al sistema general de seguridad social en salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar.

De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida se requiere cumplir con 57 años de edad, si es mujer y 1300 semanas de cotización.

De las pruebas analizadas, se logró verificar que al momento de la declaratoria de insubsistencia a la demandante le faltaban tres (3) años de edad para cumplir con el requisito de edad pensional, no obstante, cumplía con el requisito de semanas

libre nombramiento y remoción, cuando el nominador de la entidad pública a la cual se encontraba vinculada, la declara insubsistente argumentando razones de confianza?”. Para su resolución, la Corte consideró, al analizar si la desvinculación del cargo le ocasionaba un perjuicio irremediable, lo siguiente: “De igual manera, no está protegida por la legislación que regula el retén social de los prepensionados ya que el retiro del servicio no obedeció a la liquidación o reestructuración de la entidad para la cual laboraba, sino que el mismo ocurrió por razones de confianza; y con la declaratoria de insubsistencia no se le ha impedido cumplir a cabalidad con los requisitos necesarios para acceder a la pensión, ya que para la fecha del retiro la accionante tenía laborados y cotizados más de 26 años, quedándole pendiente solo el cumplimiento de la edad requerida para alcanzar el estatus de pensionada. Con ello desaparece la urgencia de la protección de los derechos invocados por vía de tutela”. Finalmente, en un apartado que constituye obiter dictum de la decisión, se señala: “Si en gracia de discusión la acción fuera viable, debe la Sala hacer la precisión de que la declaratoria de insubsistencia del cargo de un servidor público que se encontraba vinculada como una empleada de libre nombramiento y remoción, no ocasiona por sí mismo un perjuicio al cual pueda darse el alcance de hecho injustificado. Aceptar lo contrario llevaría a una situación que convertiría en inamovibles los cargos de libre nombramiento y remoción; por tanto, a través de este mecanismo preferente y sumario no se puede ordenar el reintegro solicitado”.

²⁰ Ibidem.

²¹ Consultado el 16 de marzo de 2021, en la página web <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>

cotizadas. Desde esa perspectiva conforme lo expuso la máxima corporación constitucional, no tiene la calidad de prepensionada y, en consecuencia, no se hace acreedora de la protección de estabilidad laboral reforzada.

Aunado a lo anterior, el Despacho también verificó que la demandante ha seguido vinculada al sistema de seguridad social, lo que demuestra que no ha carecido de medios para su sustentabilidad, sin dejar de lado que gracias a su excelente hoja de vida tiene más posibilidades que muchos profesionales en acceder a la oferta laboral que para contadores públicos, auditores, revisores fiscales y administradores financieros se requiere, llevando al Despacho a la conclusión que la demandante tiene las calidades necesarias para desempeñarse satisfactoriamente en cualquier área de su carrera, por lo que no carecerá del mínimo vital necesario para su sostenimiento.

Así las cosas, al encontrar que la demandante a la fecha de presentación de la demanda cumplía con las semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones requerida por la ley para acceder posteriormente a su derecho pensional, al cual puede acceder con o sin vinculación laboral, no se demuestra el cargo endilgado en contra del acto administrativo acusado.

En virtud de lo expuesto, el Despacho considera que, como no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo acusado, se deben negar las súplicas de la demanda.

4.4. Costas

La Instancia no condenará en costas, teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A., no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la señora **ANA LUCÍA LÓPEZ PINZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía No. **51.685.427 de Bogotá**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez

Firmado Por:

LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

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:
e00fd5363600323dfa138535d3d1075ed127aeaaa39da44d8bac34d2b365f13e
Documento generado en 07/04/2021 05:33:19 PM

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