

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho.

Radicado: 250002325000201201184 01 (2130-2016)

SE. 013

Actor: Ranulfo Cossio Mosquera

Demandado: Bogotá D.C., Personería de Bogotá

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho– Decreto 01 de 1984

ASUNTO

La Subsección conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que denegó las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por el señor Ranulfo Cossio Mosquera contra Bogotá D.C., Personería de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor Ranulfo Cossio Mosquera, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a Bogotá D.C., Personería de Bogotá.

Pretensiones

1. Declarar la nulidad del Decreto 546 del 1 de diciembre de 2011 por medio del cual, el personero de Bogotá declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Ranulfo Cossio Mosquera como personero delegado código 040, grado 03 de la Personería Delegada para la vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios II (Personería Delegada del Hábitat y Servicios Públicos).
2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría, con la inclusión del pago de salarios, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, primas devengadas, cesantías y demás derechos laborales y prestacionales correspondientes al cargo.

3. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Ranulfo Cossio Mosquera se desempeñó como personero delegado código 040, grado 03 de la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios II, Personería Delegada del Hábitat y Servicios Públicos, cargo al cual accedió en virtud del nombramiento efectuado mediante Decreto 122 del 31 de marzo de 2008.

2. En reiteradas oportunidades, el personero distrital le solicitó la renuncia al demandante, situación que lo llevó a radicar, el 15 de julio de 2010, una petición ante el director de Recursos Humanos en la que solicitó no ser desvinculado del servicio hasta tanto no se efectuara el reconocimiento de la pensión y fuera incluido en nómina, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 797 de 2003, que modificó el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

3. Ocho meses más tarde, el personero distrital nuevamente requirió la renuncia del señor Cossio Mosquera, frente a lo cual este le manifestó que tal declaración debía ser espontánea e inequívoca y le insistió en su condición de pre pensionado, situación que le reiteró el 1 de noviembre de 2011. No obstante, el nominador declaró insubsistente su nombramiento a través del Decreto 546 del 1 de diciembre de 2011.

4. La pensión del peticionario le fue reconocida por el ISS mediante Resolución 36719 del 25 de noviembre de 2010, notificada el 10 de febrero de 2011 y los recursos contra aquella se resolvieron en las Resoluciones 0018 del 5 de enero de 2012 y 00927 del 19 de los mismos mes y año, es decir que no se encontraban ejecutoriadas al momento del retiro.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53, 121 y 209 de la Constitución Política; 33 parágrafo 3, 9 de la Ley 797 de 2003; 19 de la Ley 344 de 1996; parágrafo 3 del artículo; 122 del Decreto 1950 de 1973, 9 de la Ley 71 de 1988 y 84 del Código Contencioso Administrativo.

Como concepto de violación expuso que el acto acusado está afectado por violación de las normas en que debió fundarse, falsa motivación y desviación de poder, para lo cual argumentó que el acto de retiro no tuvo en cuenta que el parágrafo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 señala que no puede obligarse a ningún empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de que se haya

expedido a su favor la resolución de la pensión de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, esto es, hasta los 65 años, según el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973.

Del mismo modo, la Ley 71 de 1988 concede el derecho a la reliquidación de la pensión, con base en el promedio del último año de salarios sobre los cuales haya aportado, de los servidores públicos con derecho a la prestación que no se hayan retirado del servicio.

Adicionalmente, expuso que la entidad debía proteger su condición de pre pensionado y no podía retirarlo hasta que fuera incluido en la nómina de la respectiva entidad de previsión social, sin embargo, la separación del servicio se dispuso antes de que ello sucediera, pues tal decisión no quedó ejecutoriada sino hasta después de la Resolución 00927 del 19 de enero de 2012 del ISS, aspecto que fue estudiado por la Corte Constitucional en sentencias C-1037 de 2003 y T-439 de 2000 y por el Consejo de Estado¹.

En este mismo sentido, aclaró que si bien la prestación fue inicialmente otorgada según la notificación del 10 de febrero de 2011, lo cierto es que ella no se encontraba ejecutoriada y mucho menos se había procedido a su inclusión en nómina, situación que conlleva la vulneración del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de su condición de pre pensionado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Bogotá Distrito Capital², mediante apoderado, se opuso, por una parte, a que se profiriera fallo de mérito por no darse los presupuestos fácticos y de derecho, y por otra, a las pretensiones del escrito introductor.

Al respecto, sostuvo que los nominadores tienen la facultad discrecional de remover a los servidores de libre nombramiento y remoción, como lo indica el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, 41 literal a.) de la Ley 909 de 2004 y además, expuso que no le asistía la protección del fuero de pre pensionado, habida cuenta que ella se predica de quienes se encuentran inscritos en el escalafón de carrera administrativa.

De otra parte, afirmó que la Ley 797 de 2003 protege a las personas a las que se les reconozca la pensión de jubilación *contrario sensu* a lo que ocurre con el actor, quien tenía una mera expectativa a que el Instituto de Seguros Sociales le otorgara aquel derecho, es decir, que no se encontraba incluido en nómina y su cargo era de libre nombramiento y remoción, situación que lo excluía del ámbito de protección de la norma.

¹ Citó la sentencia de la Sección Segunda con radicación: 250002325000200406145 01 (2533-07).

² Folios 69 a 78.

Del mismo modo, aseguró que el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 salvaguarda los derechos de las personas discapacitadas, madres cabeza de familia y pre pensionados en el marco de los procesos de reestructuración de entidades, situación que no se presentó en el caso del señor Ranulfo Cossio Mosquera.

Finalmente, propuso los siguientes medios exceptivos:

- *Ausencia de causales que invaliden los actos administrativos:* Indicó que el acto demandado se expidió de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en el momento de la ocurrencia de los hechos, sin desconocer ningún derecho del demandante.
- *Falta de dar cumplimiento al requisito de procedibilidad:* Señaló que no se dio cumplimiento a la Ley 1285 de 2009 que exige como requisito para demandar, haberse agotado la conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial.
- *Falta de legitimación en causa por pasiva:* advirtió que conforme al Decreto Distrital 655 del 28 de diciembre de 2011 la Personería de Bogotá tiene la facultad legal de representarse judicial y extrajudicialmente, con el propósito de defender directamente sus intereses, dentro de los procesos judiciales y trámites administrativos que se deriven de sus actos, hechos u omisiones.
- *Caducidad:* Al respecto anotó que transcurrieron más de cuatro meses, entre el día siguiente a la notificación del acto demandado y la presentación de la demanda, con incumplimiento del término indicado por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.
- *De oficio:* Solicitó que se declaren todas las excepciones que se encuentren probadas, con fundamento en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

La **Personería de Bogotá D.C.** contestó la demanda de manera extemporánea (ff. 85 – 89).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

- Personería de Bogotá D.C.³

La entidad manifestó que resultan improcedentes las peticiones de la parte actora puesto que los argumentos de la demanda en relación con la estabilidad hasta la edad de retiro forzoso se fundamentaron en normas derogadas que no son aplicables al presente asunto, toda vez que el estatus de pensionado lo obtuvo en el año 2008, cuando el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 ya había sido derogado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ratificada por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Adicionalmente, explicó que la estabilidad laboral que se desprende de las normas antes indicadas no cubre a quienes ostentan cargos de elección popular, de periodo fijo ni a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, calidad que tenía el empleo de personero delegado para la Vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios que ocupaba el señor Cossio Mosquera, por lo que no puede admitirse que el acto acusado esté afectado por las causales de nulidad invocadas.

- Ranulfo Cossio Mosquera⁴.

El demandante pidió que se atendieran favorablemente las súplicas de la demanda toda vez que, en su criterio, el acto de separación del servicio se expidió con desconocimiento de la protección que le asistía en calidad de pre pensionado y en la posibilidad que tenía de permanecer en el cargo hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso, para lo cual reiteró el concepto de violación contenido en el libelo inicial.

La Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. no presentó alegatos de conclusión ni el Ministerio Público rindió concepto esta instancia.

SENTENCIA APELADA⁵

Mediante sentencia proferida el 15 de diciembre de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, declaró no probadas las excepciones propuestas por el Distrito Capital de Bogotá y denegó las pretensiones de la demanda.

En relación con los medios exceptivos, estimó:

- *Falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Distrito Capital:* al respecto, puso de presente que dado que las personerías carecen de personalidad jurídica deben acudir al proceso a través del respectivo ente territorial.

³ Folios 236 y 237.

⁴ Folios 238 a 241.

⁵ Folios 260 a 296.

- *Falta de dar cumplimiento al requisito de procedibilidad:* Esta excepción se encontró no probada en razón a que el *a quo* encontró demostrado en el folio 26 que sí se agotó.

- *Caducidad:* El tribunal comprobó que no se configuró por cuanto el Decreto 546 del 1 de diciembre de 2011 se le notificó el 6 de diciembre de 2011, la solicitud de conciliación se radicó el 28 de marzo de ese año, la Procuraduría Judicial II Administrativa de Bogotá expidió constancia el 23 de mayo de 2012 y la demanda se formuló el 24 de mayo de 2012, es decir, dentro de la oportunidad legal.

- *Ausencia de causales que invaliden los actos administrativos:* la definió con el fondo del asunto.

En lo atinente al fondo del asunto, luego de hacer referencia al marco normativo del empleo público, definió que la protección a la condición de pre pensionado se predica en situaciones en las que se adelante un programa de renovación administrativa, aunque ello no implica que no puedan darse acciones afirmativas erigidas a favor del sujeto afectado en un escenario distinto, como cuando se proveen cargos de carrera luego de un concurso de méritos, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado han sostenido que aquella prerrogativa no opera cuando se trata de empleos de libre nombramiento y remoción, en esos casos, ha concedido el amparo de los derechos en circunstancias particulares y especiales.

En el caso particular, encontró que el actor fue notificado del acto de insubsistencia cuando ya se le había otorgado la pensión, pero el pago había sido condicionado a la demostración del retiro, lo que lleva a concluir que no tenía la calidad de pre pensionado. Adicionalmente, no advirtió alguna situación especial que llevara a considerar que es necesario brindarle protección al actor, pues en ningún momento estuvo desprovisto del ingreso económico proveniente de salario o de la pensión.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁶

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado del señor Ranulfo Cossio Mosquera formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en lo siguiente:

⁶ Folios 298 a 306.

En primer lugar, expuso que la calidad de pre pensionado es indiferente a la clase de vinculación que ostente el servidor, esto es, si es de carrera, de libre nombramiento y remoción o si ocupa un cargo de elección popular y que dicha prerrogativa no tiene origen legal sino constitucional, así las cosas su desconocimiento implica la vulneración de normas superiores.

Igualmente, insistió en que su retiro se ordenó antes de que se le hubiera notificado el reconocimiento de su derecho a la pensión, es decir, que el acto de contenido prestacional era válido pero no eficaz, y que le había informado a la administración de la condición que lo hacía sujeto de la protección constitucional, y que por ese motivo debían atenderse los artículos 122 del Decreto 1950 de 1973, 90 de la Ley 71 de 1988, 150 de la Ley 100 de 1993 y 19 de la Ley 344 de 1996, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional expuestos en la sentencia T-439 de 2000 y C-1037 de 2003, .

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.** recalcó que el acto administrativo acusado fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y con fundamento en las disposiciones vigentes⁷.

La **Personería de Bogotá**, a través de su apoderado refutó que el demandante no tenía calidad de pre pensionado por cuanto él ya había consolidado su status pensional, adicionalmente, la protección que invoca no se concede a quienes se encontraran en un empleo de libre nombramiento y remoción⁸.

El señor **Ranulfo Cossio Mosquera**, intervino en esta etapa procesal para resaltar los argumentos en los que sustentó las razones de ilegalidad del Decreto 546 del 1 de diciembre de 2011, expuestas en sus anteriores actuaciones.⁹

El Ministerio Público no se pronunció en esta etapa procesal¹⁰.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

⁷ Folios 315 a 317.

⁸ Folios 318 a 321.

⁹ Folios 322 a 326.

¹⁰ Ver constancia secretarial en el folio 327.

1. ¿El señor Ranulfo Cossio Mosquera estaba cubierto por la protección de estabilidad laboral de pre pensionado, pese a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción? En caso afirmativo: ¿la Personería de Bogotá desconoció las garantías propias de tal condición?
2. ¿Con la expedición del acto demandado la administración desconoció al señor Ranulfo Cossio Mosquera el derecho a permanecer en el cargo de personero delegado código 040, grado 03 de la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios II (Personería Delegada del Hábitat y Servicios Públicos) hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso?

Para efectos de resolver los problemas jurídicos propuestos se analizarán i) los límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, ii) el «retén social» para los empleados de libre nombramiento y remoción, iii) la causal de retiro con derecho a pensión prevista en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y en el literal e) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y iv) el asunto concreto.

Límites constitucionales y legales para el ejercicio de la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción

La existencia de cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública se ha justificado en la necesidad de admitir el ejercicio de la discrecionalidad en la facultad nominadora como una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal potestad, se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹¹, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso

¹¹ Ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013), Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

de selección por méritos, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza.

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

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado¹² como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 36 del CCA¹³ señala: «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», contenido normativo que supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

El «retén social» para los empleados de libre nombramiento y remoción

La Ley 790 de 2002¹⁴ «Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República» se expidió con el propósito de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, en busca de tal propósito, ordenó la liquidación o fusión de algunas entidades públicas, lo que ocasionó la afectación de sus plantas de personal y el retiro de servidores públicos.

Precisamente, con ocasión de la posible afectación de los derechos de aquellos que pudieran tener una situación que ameritara un trato especial, se creó el

¹² Sentencia T-372 de 2012.

¹³ Contenido normativo que corresponde al artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴ Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

denominado «reten social». El mismo fue definido en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, en los siguientes términos:

«[...] **Artículo 12. Protección especial.** De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, **y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley**¹⁵. [...]»

Conforme la ley enunciada, no pueden ser retirados del servicio, entre otros servidores públicos, aquellos que cumplieran con la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro de los 3 años siguientes a su promulgación, lo que busca proteger que estos no queden cesantes laboralmente y se afecte su derecho pensional.

Aunque en principio, el retén social fue concebido exclusivamente para casos en los que las entidades públicas se encontraban en reestructuración, la jurisprudencia ha manifestado que esta es solo una de las situaciones en las que debe ser aplicado, puesto que la prerrogativa en cuestión no se origina en un mandato legal sino que tiene su fundamento en la Constitución Política de 1991. Al respecto, se expresó¹⁶:

«[...] Bajo tal entendimiento, la Corte Constitucional ha precisado que el fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada de los “*prepensionados*” no es un asunto que dependa de un mandato legislativo particular y concreto, sino que tiene raigambre constitucional, es decir, “opera para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público”; así las cosas, sostuvo que **la mencionada estabilidad no solo es aplicable en los casos que el retiro del cargo se sustenta en su supresión ante la liquidación de la entidad, o en el marco de los procesos de reestructuración de la Administración Pública (retén social), siendo estos casos, apenas una especie de mecanismo, dentro de los múltiples que pueden considerarse para garantizar los derechos fundamentales involucrados por la permanencia en el empleo público de los servidores próximos a pensionarse** [...]» (Resalta la Sala).

¹⁵Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya. Ver también Corte Constitucional sentencia T-186 de 2013.

La Corte Constitucional afirmó que esta garantía cubre, no solo a los empleados en carrera administrativa o en provisionalidad, sino también a quienes ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, lo que se fundamentó en la obligación de brindar un tratamiento igual a aquellos que conforman un grupo de especial protección como los pre pensionados toda vez que por el tipo de vinculación no se pierde esta calidad¹⁷.

La Subsección en providencia del año 2016 fijó las siguientes reglas en cuanto a la aplicación del denominado «reten social» para esta clase de servidores públicos¹⁸:

«[...] De las consideraciones esbozadas, la Sala concluye lo siguiente:

a) La protección especial de estabilidad laboral conferida a quienes están próximos a consolidar el status pensional, es aplicable tanto a empleados en provisionalidad, **como a empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera, respecto de cualquier escenario que materialice una causal objetiva de retiro del servicio.**

b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual **es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más “adecuada a los fines de la norma que la autoriza” y “proporcional a los hechos que le sirven de causa”**, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse.

c) **La protección especial en razón a la condición de sujeto “pre pensionado”, resulta aplicable siempre y cuando el servidor público esté próximo a pensionarse, es decir, le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez**, por lo tanto, quien para la fecha de retiro del servicio ya tiene consolidado su estatus pensional, no se encuentra en la situación fáctica de sujeto pre pensionable, aunque sí goza de otro tipo de garantía otorgada por el legislador para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, la cual se encuentra establecida en la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, parágrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de

¹⁷ Sentencia T-862 de 2009.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 29 de febrero de 2016. Expediente: 050012333000201200285-01. Número interno: 3685-2013. Autoridades Departamentales. Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho, motivo por el cual la persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión.

Así las cosas, la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento [...]»

Por su parte, la Corte Constitucional ha protegido los derechos de las personas en esta situación, cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico. En efecto, la mera condición de pre pensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un trabajador sino que es necesario evidenciar en cada caso concreto que la desvinculación está poniendo en riesgo los derechos fundamentales del accionante, donde la edad del mismo es un indicador de la falta de probabilidades de integrarse al mercado laboral que debe apreciarse, junto con el hecho de que el sueldo sea la única fuente de ingresos de este o, en todo caso, que los ingresos por otros conceptos sean insuficientes para garantizar una vida en condiciones dignas ante la ausencia del primero¹⁹.

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

La Ley 100 de 1993, en el artículo 33, señaló los requisitos para obtener el derecho a la pensión de vejez y en el párrafo 3 previó: «No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso»²⁰.

En concordancia con lo anterior el artículo 150 *ibidem* admitió la posibilidad de reliquidación del ingreso base para calcular la pensión, para aquellas personas que ya hubieran sido notificadas de la resolución del otorgamiento de la prestación y que aún se mantuvieran en el cargo, con la inclusión de los sueldos devengados con posterioridad a que se les hubiera informado del reconocimiento. En el párrafo de la misma disposición normativa indicó «No podrá 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».

Más adelante, la Ley 797 del 29 de enero de 2003 modificó la Ley 100 de 1993 y concretamente, en lo relevante al particular, en el artículo 9, estableció una justa causa de retiro del servicio aplicable sin distinción a los servidores públicos y a los trabajadores del sector privado, en los casos en que estos cumplan los requisitos

¹⁹ T-357 de 2016.

²⁰ Reglamentado por el Decreto 2245 de 2012.

establecidos para tener derecho a una prestación pensional, en los siguientes términos:

«**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. (...).».

Del aparte transcrito, se concluye lo siguiente:

1. La disposición en cita rige para los trabajadores del sector privado, los servidores públicos y los trabajadores oficiales.
2. Es 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 para obtener la pensión y, como consecuencia de ello, le haya sido reconocida o notificada el reconocimiento de la prestación por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.
3. El inciso segundo del parágrafo en comento estableció que en 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.
4. La expresión *podrá* referida a la posibilidad que tiene el empleador de disponer el retiro del trabajador o servidor público, supone el ejercicio de una potestad por parte del nominador para decidir sobre la permanencia en el servicio del empleado, a pesar de que se verifique el reconocimiento prestacional.
5. Se advierte 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 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», contenido normativo que se opone a lo señalado en la Ley 797 de 2003.

En relación con esta misma causal, es importante tener presente que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en la sentencia C-1037 de 5 de noviembre de 2003. En esa oportunidad, dicha corporación consideró, que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política el legislador contaba con un amplio margen de configuración de las causales de terminación de una relación laboral, limitada por la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores.

En lo atinente a la causal de retiro del servicio bajo estudio, la misma corte encontró que resultaba razonable, para lo cual tuvo en cuenta que la persona que cuenta con el reconocimiento de la pensión y es retirada del servicio, tiene la posibilidad de disfrutar de los ahorros que ha acumulado durante toda su vida laboral lo que, que en la práctica impide, una situación de orfandad prestacional y, adicionalmente, porque la separación del servicio en esas condiciones materializa el derecho a la igualdad, al permitirle a otras personas acceder al mercado laboral.

Sin embargo, la providencia en cita, en aplicación de la garantía efectiva de los derechos²¹, estimó que para disponer el retiro del trabajador o servidor público, no es suficiente la notificación de la decisión a través de la cual se materializa el reconocimiento pensional, sino que también es necesario verificar la inclusión en la nómina pensional correspondiente, con el fin de que el cambio de estatus no implique la privación de un ingreso mensual que garantice el mínimo vital y móvil del sujeto que sea separado del empleo.

Posteriormente, 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 ocupen 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».

El asunto concreto

En el plenario se aportaron los siguientes medios de prueba relevantes a efectos

²¹ 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.(...).».

de resolver los problemas jurídicos planteados:

Documentales

- Según copia de la cédula de ciudadanía que reposa en el folio 16 y registro civil de nacimiento que obra en el folio 17 el señor Ranulfo Cossio Mosquera nació el 4 de marzo de 1953.

- El actor prestó sus servicios en el Personería de Bogotá desde el 15 de abril de 2008, por nombramiento efectuado mediante Decreto 122 del 31 de marzo de ese año²², hasta el 8 de diciembre de 2011 (f. 19).

- El 15 de julio de 2010 el señor Ranulfo Cossio Mosquera radicó ante la Unidad de Recursos Humanos escrito en el que solicitó no ser desvinculado del servicio hasta que le fuera reconocida la pensión y fuera incluido en nómina del Instituto de Seguros Sociales, trámite que según afirmó, se encontraba en curso (f. 5).

- El Instituto de Seguros Sociales en Resolución 036716 del 25 de noviembre de 2010 concedió la pensión de vejez a Ranulfo Cossio Mosquera, quien se encontraba amparado por el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende le era aplicable el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con la cual la entidad liquidó la mesada en un valor de \$5'442.230.00 para el año 2010, la cual dejó en suspenso «de ingresar en nómina de pensionados hasta tanto se acredite el retiro definitivo del servicio oficial» (ff. 141 a 145). Este acto fue notificado el 10 de febrero de 2011²³

- El 28 de marzo de 2011 radicó nuevamente ante la entidad documento en el cual insistió en la petición de no desvinculación del servicio, en consideración a que para ese momento aún no había sido notificado de su inclusión en nómina de pensionados (f. 7 y 8).

- En la Resolución 03194 del 29 de julio de 2011 la entidad de previsión social resolvió el recurso de apelación formulado por el demandante contra la Resolución 036716 del 25 de noviembre de 2010 confirmándola en su integridad (ff. 147 a 149).

- El 1 de noviembre de 2011 el actor se dirigió al director de Recursos Humanos para reiterarle la información antes expuesta (f. 9).

- A través del Decreto 546 del 1 de diciembre de 2011 el personero de Bogotá D.C. declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo de personero delegado código 040, grado 03 de la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios II (Personería

²² Folios 72 cuaderno anexo.

²³ Según lo indica la Resolución 03194 del 29 de julio de 2011 que resolvió el recurso de apelación que formuló el actor contra el acto de reconocimiento.

Delegada del Hábitat y Servicios Públicos (f. 3), decisión que le comunicó el director de Recursos Humanos mediante Oficio 4522 de la misma fecha (f. 4).

- El demandante presentó acción de tutela contra la decisión de retiro que fue tramitada en el Juzgado 36 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá²⁴, el cual concedió el amparo deprecado y ordenó a la Personería de Bogotá reintegrar al actor temporalmente, hasta que se efectuara su inclusión en nómina de pensionados; decisión que fue revocada por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, en providencia del 9 de febrero de 2012, en la que además conminó a la entidad responsable del pago de la pensión para que incluyera en nómina al actor a partir del 1 de marzo de 2012²⁵.

- Por medio de la Resolución 00018 del 5 de enero de 2012 el Instituto de Seguros Sociales, ante el retiro del señor Cossio Mosquera, mediante la Resolución 546 del 1 de diciembre de 2011, procedió a revisar su situación y modificó la Resolución 036719 del 25 de noviembre de 2012 para reconocer la prestación a partir del 1 de diciembre de 2011, fecha de retiro, por valor de \$6'205.596.00 (ff. 10 a 13).

- Mediante Resolución 00297 del 19 de enero de 2012 el Instituto de Seguros Sociales modificó la Resolución 00018 del 5 de enero de 2012 para señalar que a partir del 1 de enero de 2012 la mesada ascendería a \$6'437.065.00 y reconoció un retroactivo por \$12'516.234.00 (ff. 14 a 15).

- El 20 de enero de 2012, la directora de Recursos Humanos de la Personería de Bogotá expidió la Resolución 055 por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de unos haberes laborales de la siguiente forma: \$27'774.247.00 por concepto de vacaciones adeudadas; 20'164.864.00 por prima de vacaciones; \$ 1'041.702.00 por bonificación de recreación; \$1'540.372.00 por reliquidación de la prima de navidad y \$17'078.464.00 y \$1'924.174.00 correspondientes a cesantías e intereses sobre las mismas (ff. 256 a 258 cdno. Anexo).

- En los folios 159 y 160, reposa comprobante de pago efectuado por el Instituto de Seguros Sociales correspondiente al mes de febrero de 2012, en virtud de la Resolución 00297 del 19 de enero del mismo año.

- Colpensiones certificó que el señor Ranulfo Cossio Mosquera ingresó en nómina de pensionados a partir de febrero de 2012 (f. 233).

Análisis de la sala

Para analizar los problemas jurídicos propuestos, en primer lugar, es claro que no se discute que el cargo que venía desempeñando el señor Ranulfo Cossio Mosquera como personero delegado código 040, grado 03 de la Personería

²⁴ Folios 103 a 109 del cuaderno anexo.

²⁵ Folios 76 y siguientes del cuaderno anexo.

Delegada para la vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios II (Personería Delegada del Habitat y Servicios Públicos), es de libre nombramiento y remoción. En todo caso, la Ley 909 de 2004, vigente para la época en la cual el demandante permaneció en el cargo²⁶, aplicable a las Personerías por disposición del artículo 3, previó en el artículo 5, numeral 2, literal a.), que los cargos de *personero delegado* son de libre nombramiento y remoción.

En segundo lugar, se observa que los argumentos que expone el accionante se excluyen entre sí, teniendo en cuenta que ambos casos parten de supuestos de hecho diferentes. En efecto, el señor Ranulfo Cossio Mosquera invoca, por una parte, la protección de la condición de pre pensionado, que supone la proximidad de cumplir los derechos a la pensión y por otra, la posibilidad de continuar en servicio hasta la edad de retiro forzoso, la cual se predica en los casos en los que ya se ha consolidado el derecho prestacional y existe acto de reconocimiento notificado por parte de la respectiva entidad de previsión social, lo que hace necesario verificar su situación frente al derecho pensional.

Del material probatorio allegado, se concluye que para la fecha en la que el nominador declaró la insubsistencia del nombramiento del actor, el 1 de diciembre de 2011, la entidad de previsión social ya había efectuado el reconocimiento pensional el cual dejó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo de la entidad, incluso, ya había resuelto el recurso de apelación en contra de dicha decisión por medio de la Resolución 03194 del 29 de julio de 2011, con lo cual se evidencia que la misma se encontraba en firme, pues con las Resoluciones 00018 del 5 de enero de 2012 y Resolución 00297 del 19 de enero de 2012 el Instituto de Seguros Sociales revisó la cuantía de la mesada en atención al cumplimiento de la condición de retiro prevista para su pago.

Lo anterior lleva a entender que ya no tenía la calidad de pre pensionado, por lo que no puede inferirse que la administración hubiera desconocido las prerrogativas que de esa condición emanan.

Con todo, la parte actora tampoco acreditó la afectación de sus derechos fundamentales con ocasión de la desvinculación, pues como se expuso en precedencia, la sola condición de pre pensionado no hubiera sido suficiente para enervar la potestad de libre remoción. Así las cosas, era plausible para la entidad hacer uso de la facultad discrecional que le permitía retirar del servicio al señor Ranulfo Cossio Mosquera, quien para la fecha se desempeñaba en el cargo de personero delegado código 040, grado 03 de la Personería de Bogotá D.C..

Ahora bien, en relación con el derecho que reclama a permanecer en servicio hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso debe decirse que si bien el señor Ranulfo Cossio Mosquera, fue incluido en nómina de pensionados en febrero de 2012 y el retiro operó en diciembre de 2011, lo cierto es que en el

²⁶ Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

presente asunto no se hace evidente la afectación de los derechos que dicha medida busca proteger, ente ellos, el mínimo vital, toda vez que al mismo tiempo le pagaron el retroactivo pensional que hasta el momento se había causado, además de las sumas que recibió al finalizar su vinculación laboral según consta en los folios 256 a 259 del cuaderno anexo, sin que se acreditaran perjuicios adicionales derivados de tal medida.

Por último, establecido como está que la administración podía disponer el retiro con fundamento en la facultad discrecional habida cuenta de que se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción, en el expediente no se evidencia prueba alguna tendiente a desvirtuar los motivos que inspiraron la declaratoria de insubsistencia, es decir, el actor no demostró que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y que por tal razón, se apartó del buen servicio.

En conclusión:

Pese a que la protección de estabilidad laboral de prepensionados aplica a los empleados de libre nombramiento y remoción, el señor Ranulfo Cossio Mosquera no tenía tal condición, puesto que para el momento de la expedición del Decreto 546 del 1 de diciembre de 2011, por medio del cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento como personero delegado código 040, grado 03 de la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa de los Servicios Públicos Domiciliarios II (Personería Delegada del Hábitat y Servicios Públicos), la entidad de previsión social, esto es, el Instituto de Seguros Sociales, ya había reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 036716 del 25 de noviembre de 2010, cuyo pago dejó en suspenso hasta que se acreditara el retiro definitivo, decisión que confirmó la Resolución 03194 del 29 de julio de 2011 al resolver el recurso de apelación formulado por el demandante.

De otra parte, con la expedición del acto demandado la administración no desconoció al señor Ranulfo Cossio Mosquera el derecho a permanecer en el cargo hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso, pues aunque la decisión de retiro se encontrara supeditada a la inclusión del peticionario en nómina de pensionados, en atención a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, el nominador sigue siendo titular de la potestad para decidir sobre la permanencia en el servicio del empleado, sin que se haya demostrado en este caso la vulneración de derechos de raigambre constitucional, entre ellos, el mínimo vital.

Decisión de segunda instancia

Por lo expuesto la Subsección considera que se impone confirmar la sentencia de primera instancia, proferida el 15 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que denegó

las pretensiones de la demanda presentada por el señor Ranulfo Cossio Mosquera contra Bogotá D.C., Personería de Bogotá.

Reconocimiento de personería.

Se reconocerá personería al doctor Luis Fernando Millán Salazar, identificado con c.c. 79.399.603 y tarjeta profesional 87.431 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Personería de Bogotá D.C., conforme el poder conferido visible en el folio 341 del cuaderno principal.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 15 de diciembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Ranulfo Cossio Mosquera contra Bogotá D.C., Personería de Bogotá.

Segundo: Reconocer personería al doctor Luis Fernando Millán Salazar, identificado con c.c. 79.399.603 y tarjeta profesional 87.431 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Personería de Bogotá D.C., conforme el poder conferido visible en el folio 341 del cuaderno principal.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ