

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN "C"

Bogotá, D.C. Veintidos (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

SENTENCIA

**Referencias:**

**Demandante:** LUIS OBDULIO SUÁREZ CAMACHO

**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

**Medio de Control:** Nulidad y Restablecimiento de Derecho

**Asunto:** Insubsistencia

Expediente No.11001 3335 019-2019-00408-01.

Procede el Tribunal a desatar el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el primero (1°) de septiembre de dos mil veintidós (2022)<sup>1</sup> por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, mediante la cual se **negaron las pretensiones de la demanda** en el proceso correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por el señor Luis Obdulio Suárez Camacho contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

PETITUM

El actor, a través de apoderado, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No.1270 de 19 de marzo de 2019, por medio de la cual fue declarado **insubsistente del cargo denominado Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850, Grado 23**, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Madrid - España.

En subsidio, se declare la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 y se le de aplicación a los artículos 13,25,48 y 53 ibídem.

Que se declare la inexistencia de solución de continuidad en la prestación del servicio del actor.

---

<sup>1</sup> Folios 293 a 304

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad a reintegrarlo al cargo que ostentaba, u otro empleo de igual o superior categoría, funciones y requisitos afines para su ejercicio, con la misma remuneración y demás emolumentos que tenía al momento del retiro del servicio.

Se ordene a la demandada el pago de las sumas adeudadas y demás emolumentos en general dejados de percibir desde la fecha en que se retiró del servicio hasta su reincorporación.

Los valores a reconocer deberán actualizarse desde la fecha en que se hizo exigible hasta que se cumpla la sentencia según la formula prevista por la jurisprudencia de la jurisdicción.

Se cumpla la providencia que ponga fin al proceso en los términos del artículo 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

### **SUPUESTOS FÁCTICOS**

Se indicó en el escrito de la demanda, en síntesis, que el señor Luis Obdulio Camacho fue declarado según Resolución No.1270 de 19 de marzo de 2019, insubsistente en el cargo Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850, Grado 23, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Madrid - España.

El demandante prestó servicios a la accionada durante 35 años, debido a que ingresó a la entidad el 6 de septiembre de 1984, caracterizando por excelente desempeño, lealtad y compromiso.

Mediante Resolución No.3275 de 28 de junio de 1989, proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, fue inscrito el actor en el escalafón de carrera administrativa, como Profesional Universitario 2044, Grado 05 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Teniendo en cuenta que se encontraba a portas de cumplir los requisitos para la pensión de vejez y que la remuneración recibida por el cargo que ocuparía en el Consulado de Colombia en Madrid – España, el demandante “aceptó” de forma definitiva el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850, Grado 23, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares del referido Consulado, siendo nombrado por Resolución No.0239 de 20 de enero de 2016.

El señor Suárez Camacho, inició proceso ordinario laboral el 15 de noviembre de 2018, ante los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín, con el fin de que se invalide el traslado de régimen del cual fue objeto.

Adujo que a pesar del compromiso adquirido en el memorando No. IGAPTH-17-011231 de 24 de mayo de 2017, de la especial condición del actor de ser prepensionado y de la inexistencia de razones o motivaciones del servicio, mediante el acto acusado.

## SUPUESTOS JURÍDICOS

La parte activa estima como disposiciones violadas las siguientes: artículos 1°, 2° 4°, 13, 25, 48, 53, 58, 209 de la Constitución Política, artículo 41, literal e) de la Ley 909 de 2004, artículo 9°, parágrafo 3, Ley 797 de 2003 y artículos 3°, 44, 138, 159 y s.s. de la Ley 1437 de 2011.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda<sup>2</sup>, a través de la sentencia impugnada **negó las pretensiones de la demanda**, con base en los argumentos, que se sintetizan así:

Señaló que el problema jurídico se suscribía en determinar si el demandante, le asiste el derecho al reintegro al cargo de Auxiliar de Misión Diplomática, Código 4850, Grado 23, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticos y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Madrid - España.

Advirtió que el artículo 167 del Código General del proceso, prevé que le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Al respecto el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 3 de agosto de 2017, radicado No.73001233100020120036501, precisó los alcances del contenido de la carga que se le impone al extremo activo en los medios de control.

Así las cosas, con el material probatorio el marco normativo desarrollado y en especial los artículos 6°y 7° del Decreto 174 de 2000, observó que el cargo ocupado por el demandante corresponde a los catalogados como libre nombramiento y remoción.

Indicó que el acto administrativo demandado, no expone motivos sobre las situaciones fácticas o jurídicas que llevaron a la entidad a tomar la decisión, es decir, fue expedido en usos del ejercicio de la facultad discrecional y en ese sentido, se presume que la disposición se fundó en el mejoramiento del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015, artículo 2.2.11.1.2 modificado por el Decreto 648 de 2017.

---

<sup>2</sup> Ibídem

En virtud de lo anterior, adujo que le asiste a la parte actora, la carga de desvirtuar dicha legalidad del acto objeto de control de legalidad.

Advirtió que a pesar de que se demostró la prestación de servicios de manera óptima y eficiente en la entidad, dichas circunstancias no son suficientes para acreditar el desmejoramiento del servicio ante la declaratoria de insubsistencia del actor, ni mucho menos que la misma obedece al ocultamiento de finalidad diferente al interés general y a la prestación eficaz del servicio.

Puntualizó que no se aportó medio probatorio alguno, que acreditara la desviación de las finalidades del acto administrativo.

De otro lado, ante la solicitud de estudiar la legalidad de la resolución demandada, según la condición de prepensionado, expuso que no se puede hablar en estricto sentido que el actor ostentara dicha calidad, ya que al momento de la desvinculación contaba con los requisitos de edad y tiempo para acceder a la pensión.

En ese orden de ideas, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante<sup>3</sup> formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que la misma sea revocada y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

A su juicio la jurisdicción administrativa laboral no puede ser una jurisdicción inerte, connivente con las decisiones de la Administración y fundadas en la simple presunción de legalidad, desechando aquellos principios que deben inspirar la jurisdicción laboral en toda la extensión y comprensión de la acepción, protección del trabajo y de los trabajadores, que constitucionalmente fue desarrollada con el artículo 53 de la Constitución Política.

Por eso el artículo 228 ibídem, señala que las decisiones de la administración de justicia son independientes y esa independencia debe predicarse frente a los actos y a las personas comprometidas en el conflicto judicial. En virtud del artículo 167 del C.G.P. que ha incorporado en materia probatoria el principio de la carga dinámica de la prueba podría inferirse que, si la Administración es la que cuenta con los motivos para prescindir del servicio de un empleado suyo, esos motivos no pueden ocultarse ni presumirse que se dan por el

---

<sup>3</sup> Folios 324 a 335 vto.

simple mejoramiento del servicio y más aún en el caso que se estudia, donde el demandante prestó un servicio eficiente, idóneo y eficaz.

Adujo que, si bien es cierto, el actor ostentaba un empleo de libre nombramiento y remoción, también lo es que, poseía especiales condiciones que le otorgaban un fuero de estabilidad por ser adulto mayor y prepensionado, sin edad de retiro forzoso, circunstancias que le confieren la posibilidad de permanecer en el cargo hasta tanto se resolviera su situación pensional.

Al respecto citó la sentencia proferida por el Consejo de Estado “0037-10 de 2013” que advirtió la imposibilidad de la Administración del retiro de personal por el hecho de cumplir los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, bajo la figura de la insubsistencia.

Expuso las condiciones del buen servicio del señor Suárez Camacho, para advertir que en efecto el cargo de libre nombramiento y remoción no otorga una estabilidad en el empleo, sin embargo, cuando el trabajador ha dedicado toda su trayectoria laboral a una entidad y se encuentra a portas del reconocimiento de la pensión, es menester estudiar su caso particular para efectos de no cometer una injusticia.

Respecto a la condición de prepensionado, adujo que como se advirtió en la demanda el actor reunió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no obstante, no ha sido posible que se le reconozca su derecho prestacional por encontrarse en litigio la nulidad del traslado de sus aportes entre el régimen solidario y el de ahorro individual.

Señaló que se informó al nominador la necesidad de continuar en la prestación del servicio y para tal situación se acogió a los postulados de la Ley 1821 de 2016 en relación la edad del retiro forzoso. Alcance que fue tomado positivamente a su juicio, debido a que le indicaron que la situación sería analizada al momento de tomarse decisiones de carácter administrativo, lo que de por sí generaba una confianza legítima.

Notificada la decisión de insubsistencia, el demandante solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores que reconsidere la determinación, petición que igualmente fue realizada por el Cónsul Central de Madrid España.

Expuso que el señor Rubén Darío Betancourt empleado de la entidad demandada en otra oficina consular, estuvo en la misma situación al ser declarado insubsistente, aunque fue objeto de un trato diferente al ser revocada la decisión de retiro, sin motivación o razón extraordinaria.

En ese orden de ideas, se violaron dos derechos fundamentales, el primero denominado mínimo vital al no permitir el cumplimiento de actividades hasta

el reconocimiento de la pensión y el segundo, el principio de igualdad, al reconsiderarse el retiro del señor Rubén Darío Betancourt y no la del actor.

Por último, indicó que la decisión de primera instancia desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la materia.

### **TRÁMITE**

El Tribunal admitió el recurso de apelación debidamente sustentado mediante auto de 6 de febrero de 2023<sup>4</sup>.

### **COMPETENCIA**

Este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cumplidos como se hallan los presupuestos del medio de control, de la demanda y del proceso y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, el Tribunal procede a dictar sentencia sobre la base de las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

En los términos de la demanda y del recurso de apelación, el problema jurídico que corresponde resolver a la Sala, se contrae a determinar si la Resolución No.1270 de 19 de marzo de 2019, mediante la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores declaró insubsistente al actor del empleo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850, Grado 23, fue expedido de forma irregular conforme los cargos de la demanda o si, por el contrario, se encuentra ajustado a derecho.

#### **HECHOS PROBADOS**

Previo al examen de las pretensas del libelo, es necesario el estudio de las probanzas recaudadas en el proceso, entonces, de lo probado en el plenario se desprende que:

- 1) Según Resolución No.3275 de 28 de junio de 1989, proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, se inscribió en el escalafón de la Carrera Administrativa al señor Luis Obdulio Suárez

---

<sup>4</sup> Folio 340

Camacho como titular del cargo de Profesional Universitario 2044 Grado 05 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>5</sup>.

- 2) Se allegó Resolución No.5487 de 22 de octubre de 2008, mediante la cual la entidad demandada confirió una comisión al actor para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción<sup>6</sup>.
- 3) Según Resolución No.4405 de 10 de octubre de 2008<sup>7</sup>, la accionada incorporó al demandante en el cargo Auxiliar de Misión Diplomática, confiriendo comisión para el desarrollo de actividades.
- 4) Resolución No.4996 de 11 de octubre de 2011<sup>8</sup>, por la cual se prorrogó la comisión dispuesta.
- 5) El señor Suárez Camacho **presentó renuncia al empleo del cual era titular**, decisión que fue aceptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Resolución No.7531 de 7 de noviembre de 2014<sup>9</sup>.
- 6) La entidad demandada según Resolución No.0239 de 20 de enero de 2016, nombró al demandante en el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850, Grado 23, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Madrid - España<sup>10</sup>.
- 7) Obra Resolución No.1270 de 19 de marzo de 2019<sup>11</sup>, mediante la cual la entidad demandada declaró insubsistente al señor Suárez Camacho al cargo que desempeñaba en el Consulado General Central de Colombia en Madrid - España.
- 8) Memorando de 24 de mayo de 2017, proferida por la Directora de Talento Humano, dirigida al actor, en la cual informa que *“hemos recibido su solicitud de ampararse en lo establecido en la Ley 1821 de 30 de diciembre de 2016, solicitud que será tenida en cuenta al momento de tomar decisiones de carácter administrativo.”*<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Considerando 2° de la Resolución No.5487 de 22 de octubre de 2008

<sup>6</sup> Folios 7 y 8

<sup>7</sup> Folio 136

<sup>8</sup> Folios 141 vto y 142

<sup>9</sup> Folio 143 vto.

<sup>10</sup> Folio 144

<sup>11</sup> Folio 146

<sup>12</sup> Folio 13

- 9) Del escrito de demanda presentado ante Reparto - Juzgados Labores del Circuito de Medellín<sup>13</sup>, se desprende que el señor Suárez Camacho nació el 22 de junio de 1955, es decir a la fecha de retiro, ostentaba **63 años**.

## MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, para la vinculación de empleados públicos, el sistema de carrera, *“cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”*<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la Constitución Política señala unas excepciones, entre las cuales se encuentran los empleos de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado, respetando las excepciones ya señaladas.

En consecuencia, **el acto administrativo por el cual se desvincula del servicio a una persona que detenta un cargo de libre nombramiento y remoción, no exige motivación**, pues corresponde a la *“facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”*.

En este sentido, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>15</sup>, prescribe como condición de la expedición de actos administrativos discrecionales, que el contenido de la decisión sea *“adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Ahora bien, se sabe que la presunción de legalidad que se encuentra implícita en dichas decisiones, puede ser desvirtuada por la parte actora, acreditando que las razones que motivaron la insubsistencia, se apartaron del buen servicio o se sustentaron en situaciones adversas, que trajeron como consecuencia un perjuicio para la entidad, por lo cual nos remitiremos a las pruebas obrantes en el expediente, a fin de establecer si existieron situaciones que vicien de nulidad los actos acusados.

---

<sup>13</sup> Folio 14

<sup>14</sup> Sentencia C-161 de 2003, MP Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>15</sup> **Art. 44.-** *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.”*

**- Disposición aplicable en materia del empleo público, específicamente de los de libre nombramiento y remoción.**

La Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, en el capítulo II relativo a la clasificación de dichos empleos, específicamente en el artículo 5º.

En concordancia con lo anterior, la Ley 909 de 2004 estableció lo siguiente:

*“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**” (Subraya la Sala).

En cuanto a las causales de retiro del servicio, indicó:

*“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.*

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

En relación con los empleos de libre nombramiento y remoción el H. Consejo de Estado<sup>16</sup> ha precisado:

*“(…) No obstante que el sistema de carrera administrativa se constituye en la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, se debe tener en cuenta, que el Legislador se encuentra facultado para establecer excepciones, y es así, como surgen los empleos de libre nombramiento y remoción, que son los creados de manera específica en razón a la naturaleza y características de los mismos, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se*

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00521-01(2593-13).

*adoptan políticas o directrices fundamentales o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En suma, obedecen a una relación subjetiva, porque la escogencia del colaborador responde a motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar o ejecutar una política en la que se establece una relación intuitu personae entre el nominador y el nominado.*

*El ingreso, la permanencia y el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, depende de la facultad discrecional del nominador, que no requiere de motivación, y ello es así, porque la provisión de dichos cargos se efectúa en consideración a motivos personales o de confianza*

*Se debe tener presente, que la noción de buen servicio público, no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del empleado, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis en cualquier momento puede adelantar el nominador, precisamente, con fundamento en la facultad de libre nombramiento y remoción que le asiste, que a su vez se traduce, en que se encuentra exonerado frente a la obligación de motivar el acto, de conformidad con lo establecido por el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 reglamentario del Decreto 2400 de 1968 y el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, esta última disposición aplicable al presente asunto, de manera supletoria, en virtud de lo señalado por el numeral 2° de su artículo 3°.*

*Ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la reunión de calidades y capacidades para adelantar la labor asignada, si bien constituyen garantía para el buen servicio, no restringen el ejercicio de la potestad discrecional, toda vez, que existen diversos motivos, tales como el grado de especial confianza, que facultan al empleador para declarar insubsistentes a altos funcionarios, por tratarse de sus más cercanos colaboradores, lo que no necesariamente constituye la descalificación del servidor público. Lo anterior se traduce en que el buen desempeño del funcionario no enerva la facultad discrecional de la que goza el nominador como tampoco le genera fuero de estabilidad.*

*Se debe agregar, que ninguna disposición del régimen especial ni del régimen general atribuye al empleador la emisión del acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción en un determinado momento, pues su naturaleza obedece a la facultad discrecional, diferente a la que atañe al retiro de los empleados de carrera, cuyos actos reglados de nombramiento imponen a la administración atender a los procedimientos establecidos para tal fin.*

*En otras palabras, las labores que desempeña una persona vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción obedecen a una relación de plena confianza con el nominador, situación que le permite a este último, adoptar la decisión de insubsistencia del nombramiento de su subalterno en cualquier momento y sin que sea necesario explicar las razones que lo condujeron a tomar tal determinación. Y, la idoneidad para el ejercicio del cargo, el buen desempeño de las funciones y la preparación profesional, no son condiciones que por sí solas otorguen la prerrogativa de estabilidad laboral, porque tal comportamiento y aptitudes se constituyen en las básicas exigencias contenidas en la Constitución y en la ley que deben, en el desempeño de su labor pública, acompañar permanentemente al empleado. (...).”*

**Ahora bien, aunque se presume que el acto que declara insubsistente el nombramiento de un servidor de libre nombramiento y remoción, se expide**

en aras del buen servicio público, ello no impide que se desvirtúe dicha presunción, aportando los medios de prueba que permitan establecer con plena certeza que la medida fue adoptada contrariando el ordenamiento jurídico.

Sobre este aspecto es de anotar que la línea jurisprudencial mantenida durante años por el H. Consejo de Estado, y que se comparte por esta Sala, con respecto a la desvinculación de un funcionario como resultado del ejercicio de la facultad discrecional en el cual, según dicha Corporación, se presume realizada en provecho del buen servicio público, debe ser desvirtuada por el actor, quien tiene la carga de demostrar que la decisión de la administración se profirió desconociendo el ordenamiento jurídico, tal como lo ha aceptado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como los diferentes Tribunales que integran esta jurisdicción especializada, al sostener de manera reiterada que es el demandante quien tiene la carga de desvirtuar la presunción de legalidad del acto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual prescribe que por regla general le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

## **CASO CONCRETO**

Una vez analizadas las normas relacionadas previamente y las pruebas recaudadas, se puede establecer que el demandante, ejercía el cargo de Auxiliar de Misión Diplomática Código 4850, Grado 23, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General Central de Colombia en Madrid - España., el cual de acuerdo con la normativa, es de los considerados de libre nombramiento y remoción denominación que no es objeto de cuestionamiento.

Ahora, la Sala debe precisar que las funciones especiales ejercidas por los empleados de libre nombramiento y remoción y las responsabilidades que conlleva su cargo, dan al nominador la plena facultad de separarlos del cargo, buscando el mejoramiento del servicio y la eficacia de la administración pública, que busca materializar y dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado<sup>17</sup>.

El extremo activo de la litis como principal argumento del recurso de apelación, asegura que el retiro del servicio del demandante, desconoce los derechos fundamentales del demandante al no tener en cuenta las cualidades, calidades, la edad y la condición de prepensionado que mantenía

---

<sup>17</sup> En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” en sentencia del 26 de junio de 2019, Exp. 250002342000201705665-01, M.P. Carlos Alberto Orlando Jaiquel, Demandante. Luz Dary Rodríguez Serrato.

a la fecha de su retiro. Adicionalmente, hace referencia a un trato desigual, debido a que otro empleado de la entidad en su misma condición fue objeto de declaratoria de insubsistencia, pero esta decisión, fue revocada sin mayor consideración.

En primer lugar, se destaca que el buen desempeño en el empleo es lo que cabe esperar de todo funcionario público y si bien las óptimas calidades profesionales de éste constituyen garantía del buen servicio, no restringen el ejercicio de la potestad discrecional, como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado en la providencia citada en el marco jurídico de esta decisión, toda vez que, **tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, entran en juego distintos elementos adicionales, tales como el grado de confianza de aquel que desempeña cargos de dicha naturaleza.**

Así las cosas, este Tribunal no desconoce la idoneidad y las excelentes calidades profesionales del demandante, sin embargo, se resalta este aspecto se tendrá en cuenta como argumento para proferir decisión, pero no será el único que determinará la legalidad del acto administrativo acusado.

En este punto, advierte este Tribunal que, las autoridades nominadoras cuentan precisamente con la facultad discrecional para declarar insubsistente los nombramientos del personal de libre nombramiento y remoción (como es el caso del demandante), debido a diversos factores por ser cargos de manejo y alta administración para efectuar políticas dentro de las entidades; y cuando la ejercen de ninguna manera constituye una desviación de poder, por el hecho de que las personas que desempeñan funciones directivas por las responsabilidades que tienen en la entidad, deben ser de confianza para el respectivo nominador y ello es en virtud de la ley.

El H. Consejo de Estado recientemente en providencia del 21 de febrero de 2019, con ponencia del Dr. Gabriel Valbuena Hernández<sup>18</sup>, dentro de un proceso que analizó el acto administrativo, que declaró insubsistente el nombramiento de un funcionario de libre nombramiento y remoción, precisó ante la desviación del poder:

***“De la desviación de poder como causal de nulidad***

*La desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2019, radicación número: 20001-23-33 000-2013-00189-02(0881-17), Actor: Rafael Emilio Aponte Valverde, demandado: Universidad Popular del Cesar.

*sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse<sup>19</sup>.*

***De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.”***

En segundo lugar, el actor advierte la estabilidad laboral reforzada por estar **próximo a adquirir su pensión**. Sobre ello, también indica que cumplió los requisitos para la prestación pensional, sin embargo, inició demanda ante la jurisdicción ordinaria, con relación a la nulidad del traslado del régimen, proceso que le ha impedido solicitar el reconocimiento de la pensión debido a la posible baja cuantía que le otorgarían.

La Alta Corporación<sup>20</sup> indicó que *“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, párrafo 1, al establecer que los fondos encargados tienen el deber de reconocer la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el 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”.*

En relación con este asunto, se debe indicar que las condiciones detalladas por el actor **no configuraran la estabilidad solicitada**, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a los trabajadores que estén en un periodo de tiempo previo a cumplir la condición de la edad para el reconocimiento de la pensión, más no se ha advertido tan calidad por el hecho de tener en discusión la nulidad o la invalidez de un traslado de régimen, como es el caso del demandante.

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

<sup>20</sup> H. Consejo de Estado, Sentencia del 29 de febrero de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. No. interno (3685-13)

No obstante, en gracia de discusión de que la Corporación encontrara acreditada la calidad de prepensionado del señor Suárez Camacho, se trae a colación que el H. Consejo de Estado<sup>21</sup>, ha indicado lo siguiente:

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

***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 cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.***

(...)

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

***Adicional a lo anterior ha indicado que la protección especial reforzada no es absoluta, puesto que los servidores que sean beneficiarios de ella pueden ser retirados del servicio cuando medie una causal legal.***

(...)

*Por tanto, del acervo probatorio se colige que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo de jefe de Oficina, Código 115, Grado 03 de la Oficina Asesora Jurídica de la Planta Global de la Contraloría de Bogotá D.C., fue producto de la facultad discrecional con que contaba el Contralor Distrital de Bogotá, por ser un cargo de libre nombramiento y remoción.*

*Aunado a ello porque las funciones desempeñadas por el demandante implicaban un grado de confianza para la ejecución de las políticas de la entidad demandada toda vez que « [...] Asesoraba al Contralor y a las dependencias en asuntos jurídicos y en todas las actuaciones que comprometían la posición legal en asuntos jurídicos y de la entidad [...]»*

---

<sup>21</sup> Consejo De Estado, Sección Segunda - Subsección “A” Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 18 de mayo de 2017. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00828-01(0595-14).

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

Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia SU-003 de 2018, manifestó:

“61. Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” 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.

62. La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.

63. Igualmente, tal como lo ha considerado esta Corte, en especial en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción, en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de edad (dado que se acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicio, en el caso del Régimen de Prima Media con Prestación Definida), no se ha considerado que la persona sea titular de la garantía de “prepensión”, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones[57].

64. En consecuencia, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

#### **5.1. Aplicación de la segunda regla de unificación jurisprudencial al caso en concreto**

65. El accionante ha cotizado más de 1300 semanas; por tanto, acredita el mínimo que se requiere para acceder a la pensión de vejez. En consecuencia, no se encuentra en riesgo la consolidación de su expectativa pensional. Esta no podría frustrarse en la medida en que la única exigencia restante es el cumplimiento de la edad, condición que puede acreditar con o sin vinculación laboral vigente[58]. En efecto, tal como tuvo oportunidad de plantearse en el numeral anterior, no existe un riesgo cierto, actual e inminente que impida la

*consolidación del derecho pensional, pues esta no se encuentra sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones[59].*

66. *En conclusión, de conformidad con el razonamiento expuesto en el numeral 4.1 supra y la fundamentación del f.j. anterior, en el presente caso ni el accionante gozaba de estabilidad laboral reforzada, como tampoco acreditaba la condición de prepensionable. Por una parte, el cargo que desempeñaba era uno de libre nombramiento y remoción, que correspondía a aquellos de “dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”. Por otra parte, no se acreditó el riesgo de frustración de su derecho pensional al comprobarse que había cotizado el mínimo de semanas necesarias para acceder a su pensión de vejez, y únicamente le restaba el requisito de edad.*

## **6. Síntesis de la decisión**

67. *La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada. Con fundamento en esta premisa general analiza, en sentencia de reemplazo, el caso del tutelante que desempeñaba el cargo de Secretario General de la Dirección de Tránsito y Transportes 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 empleos públicos del más alto nivel jerárquico en 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, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción.*

68. *Adicionalmente, considera 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 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, considera la Corte que no se frustra el acceso a la pensión de vejez.”*

Así las cosas, los precedentes jurisprudenciales disponen que el trabajador así ostente la condición de sujeto prepensionado no tiene la virtualidad de enervar por sí sola la facultad de libre nombramiento y remoción, aunque también se ha admitido la protección especial reforzada a favor de individuos en situaciones en las que el retiro se adopte como una medida que desconozca la razonabilidad y sea contraria a principios constitucionales.

Con el material probatorio recaudado como bien lo indicó el *a quo*, no se avizora que las medidas adoptadas por la demandada en cuanto a la continuidad de la vinculación del actor, desconocen los parámetros de razonabilidad y de principios constitucionales señalados por la jurisprudencia.

Ahora bien, las solicitudes de reconsideración elevadas en su momento ante un eventual retiro y después del retiro, por el demandante ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, como las respuestas mencionadas en el trámite del proceso, por si solas no son actuaciones útiles y pertinentes para evaluar la ilegalidad del acto acusado.

En tercer lugar, en cuanto a los argumentos de violación al derecho a la igualdad expuestos por la parte actora, al considerar que se dejó sin efectos la declaratoria de insubsistencia de un empleado de la entidad demandada quien ostentaba la misma situación del demandante, no serán acogidos por la Sala de decisión, toda vez que, en virtud de la calidad de empleo que desarrollaba el señor Suárez Camacho no es posible imponer un plano de comparación las razones de hecho y de derecho en las cuales se retiró al empleado referido.

En otras palabras, si bien es cierto son dos empleados vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción, no es menos cierto que las condiciones y necesidades de la prestación del servicio que impliquen a la entidad tomar una decisión sobre su remoción no se pueden equipar, más aún cuando son empleos que se desarrollan en Consulados diferentes, como se avizora en la página 32 del plenario.

Así entonces, la Sala no encuentra que la actuación del Ministro de Relaciones Exteriores quien profirió el acto demandado, configure para el caso concreto un vicio de nulidad o desconozca derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital o a la igualdad.

En suma y por lo expuesto, la Sala encuentra que al no probar la parte actora los cargos de nulidad en que supuestamente incurrió la entidad demandada al emitir el acto cuya nulidad se depreca, y al conservar este la presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos, se impone confirmar la sentencia de primer grado que denegó las pretensiones de la demanda.

## **COSTAS**

Sobre este tema, el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cueter, en providencia de 19 de julio de 2018, radicación número: 68001-23-33-000-2013-00493-01(2276-16), explicó:

*“(…) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida,*

*que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.*

*Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).*

(...)

*Así las cosas, la Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, pero para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues la imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo; y, por lo tanto, al no comprobarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas. (...)*

Por lo anterior, si bien el CPACA ordena pronunciarse en materia de costas, ello no implica que necesariamente deba ser en forma condenatoria, sino que solo procede dicha condena bajo los criterios de abuso del derecho, mala fe o temeridad, situaciones que no fueron demostradas en el plenario, razón por la cual no ha lugar a condenar en costas al demandante. Además, porque no se demostró su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por intermedio de la Sección Segunda - Subsección "C", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el (1°) de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, mediante la cual **se negaron las pretensiones de la demanda** en el proceso correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por el señor **Luis Obdulio Suárez Camacho** contra la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores.

**SEGUNDO. - Sin condena en costas en esta instancia.**

**TERCERO.** - Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**  
Aprobado por la Sala en Sesión de la fecha No.47

Firmado electrónicamente  
**CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL**

Firmado electrónicamente  
**AMPARO OVIEDO PINTO**

Firmado electrónicamente  
**SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA**

*JEJP*

**CONSTANCIA:** La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que componen la Sala de Decisión Subsección C, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.