**CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / Excepción al régimen de carrera administrativa / Requieren el más alto de grado de confianza para su desempeño.**

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 en su artículo 1°, contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, son los cargos de libre nombramiento y remoción. (…) Conforme a lo anterior, es claro dilucidar que la legislación previó 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 manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño. Resultando razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, 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.

**GERENTES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / Naturaleza / Libre nombramiento y remoción.**

Se concluye, que los cargos gerenciales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de las entidades territoriales, son empleados públicos y adicionalmente, debido a su naturaleza de dirección y confianza, serán de libre nombramiento y remoción.

**CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / Declaratoria de insubsistencia debe basarse en la razonabilidad / Discrecionalidad no implica arbitrariedad.**

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción (…) Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad (…) A su turno, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, ha considerado de forma reiterada, que la discrecionalidad no implica arbitrariedad, pues todas las decisiones de la administración sin excepción alguna, deben atender el bien común en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, según la cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales. De manera que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma en el marco del Estado Social de Derecho y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

**DESVIACIÓN DE PODER / Requisitos cuando se alega frente al ejercicio de una facultad discrecional.**

Cuando se invoca la desviación de poder por el ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo. El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad. De manera que mientras en el proceso no se encuentren probados los hechos que configuren una falsa motivación o una desviación de atribuciones propias de la autoridad que las ejerza, en los términos anteriormente destacados, el acto administrativo demandado conserva su presunción de legalidad y no podrá ser anulado válidamente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

**CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / Insubsistencia es del nombramiento en el cargo, no del cargo en sí mismo / No requiere proceso disciplinario previo.**

Conforme al material probatorio antes relacionado y de acuerdo con el marco normativo en precedencia, no cabe duda que la vinculación que la demandante Luz Myriam Duran, ostentó con la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios del Municipio de Sáchica, fue de libre nombramiento y remoción, por tal razón, si bien el acto de desvinculación no hace referencia al retiro del cargo para el cual fuera nombrada en libre nombramiento y remoción, no puede otorgársele una categoría distinta a las funciones propias para las cuales fue nombrada como Gerente de dicha empresa, teniendo en cuenta la naturaleza de la misma, según lo establecido en los artículos 14 y 17 de la Ley 142 de 1994, como la naturaleza propia del cargo de gerente, quien ejerce funciones de dirección y confianza, según lo establece el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y 47 de la ley 909 de 2004. Ahora, la alzada sugiere la “ligereza” del fallo de primera instancia por cuanto el acto administrativo declaró la insubsistencia fue del nombramiento, más no del cargo de la señora Luz Myriam Duran, con lo que adujo, que fue un acto proferido con improvisación, desconocimiento normativo y descuido por parte de la administración municipal. De lo anterior, advierte la Sala que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, a voces del artículo 41, expresa como causales del retiro, entre otras, “por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (…)”, así las cosas, de la lectura del acto demandado se advierte que se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Gerente de la ESPD de la demandante, no encontrando hasta aquí, que con ello allá sido expedido de manera improvisada o con desconocimiento a la norma que lo ampara; como tampoco resulta relevante el reparo del apelante en cuanto a que el juez de instancia señalara que se declaró insubsistente el cargo, cuando fue la insubsistencia del nombramiento, pues dicha aseveración no enerva de manera alguna la decisión de la administración municipal con el acto demandado, que no fue otra que declarar la insubsistencia, obviamente, del nombramiento que ocupaba la demandante en el cargo de Gerente de dicha entidad. Por otra parte, en cuanto a la ausencia de un proceso disciplinario en contra de la demandante, es preciso advertir que la declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, lleva consigo la facultad discrecional del nominador que lo autoriza, la cual es diferente a la potestad correccional o disciplinaria que no es dependiente una de la otra, como tampoco excluyentes, pues cada una de ellas responde a exigencias independientes. Entonces, como quiera que el nominador cuenta con la facultad de disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción, no existe norma alguna que señale que la declaratoria de insubsistencia esté condicionada a la culpabilidad del funcionario en materia disciplinaria. (…) Así las cosas, contrario a lo que afirma la apelante, se reitera, que frente a los cargos de libre nombramiento y remoción el nominador cuenta con un amplio margen de libertad para adoptar decisiones en el manejo de su personal, dentro de las cuales se encuentra la de remover a sus colaboradores, sin que ello implique la existencia de un proceso disciplinario.

**DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA / Para su anulación debe demostrarse la desproporcionalidad y desmejoramiento del servicio.**

Corolario de lo expuesto, contrario a lo señalado en el escrito de apelación, se observa que luego de ser declarada insubsistente a la demandante, fueron nombrados dos, no tres personas, en el cargo de gerente de la Empresa de Servicios públicos Domiciliarios de la Entidad Territorial, sin embargo, verificadas la formación profesional y la experiencia de quienes sucedieron a la señora Luz Myriam Duran, no se advierte que las calidades fueran inferiores de las que la funcionaria saliente prestaba, o que con ello se causara desequilibrio en la prestación del servicio, generada por su retiro, que permitiera advertir la desproporcionalidad con la declaratoria de insubsistencia. En tal sentido y con fundamento en la eficacia de la prueba, se considera que la accionante debió probar el desmejoramiento del servicio que alega o la existencia de motivos distintos de la facultad discrecional que llevaron a la declaratoria de insubsistente de su nombramiento, contrario a ello, resulta suficientemente probado que el ejercicio en el cargo de tesorera que ejerció no fue prístino, que diera lugar irrefutablemente a encontrar probado el desmejoramiento del servicio, en tal sentido, se mantendrá la presunción de legalidad del acto acusado, en razón de no demostrarse el cargo de nulidad de desviación de poder o falsa motivación que fue invocado en la demanda, por lo que se impone la confirmación del fallo de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

**DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA / No hubo desmejoramiento del servicio.**

Conforme al análisis realizado a los testimonios recibidos, advierte la Sala que comparte los argumentos señalados en la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, pues resulta evidente para la Sala que no se logró demostrar que el fin de la declaratoria de insubsistencia obedeciera a la arbitrariedad intencional de la Administración, con fines personales, para favorecer a terceros o con influencia de una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, en abuso de sus poderes para fines diferentes de aquellos que le fueron conferidos por la Ley. Conforme a lo anterior, al pronunciarse sobre el cargo de desmejoramiento del servicio, dirá la Sala que conforme fuera escuchado en los testimonios que fueron recibidos, si bien se puede observar que el señor Miguel Ángel Abril, refirió que la demandante ejerció el cargo de gerente de la ESPD de manera eficiente, contrario a ello, quien de mano directa pudo evidenciar el estado palmario de la entidad, fue la señora Dilsa Esperanza, quien manifestó haber encontrado irregularidades que podrían, incluso, haber podido pasar a la órbita de investigaciones por parte de los organismos de control, en razón a que la entidad recibía dineros en efectivo, lo cual, en efecto, sí incide en grado superlativo con la función pública, cuanto más tratándose de un cargo que maneja recursos públicos y que por su naturaleza es de manejo y confianza. En este sentido, considera la Sala que en el sub judice no se probó que las calidades de la nueva funcionaria, posterior a ella, fueran inferiores a las que la funcionaria saliente prestaba y que permitiera advertir la desproporcionalidad con la declaratoria de insubsistencia.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.



***REPÚBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN No. 4***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **DEMANDANTE:** | LUZ MYRIAM DURÁN |
| **DEMANDADO:** | MUNICIPIO DE SÁCHICA Y EMPRESA DE SERVICIOSPÚBLICOS DOMICILIARIOS DE SÁCHICA |
| **REFERENCIA:** | 150013333010-**2017-00120**-01 |
| **ACCIÓN:** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **TEMA:** | INSUBSISTENCIA LIBRE NOMBRAMIENTO |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandant e, contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado Décimo Administ rativo Oral del Circuito de Tunja, mediant e la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

# ANTECEDENTES TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

**DEMANDA**

# Declaraciones y condenas

1. La señora Luz Myriam Durán, a través de apoderada, acudió a esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declare la nulidad del Decreto 008 de 14 de enero de 2016, expedido por el alcalde del municipio de Sáchica, por medio del cual se declaró insubsistente en el cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica.
2. Consecuencia de la declaración anterior, solicitó se ordene a la entidad demandada a que proceda al reintegro de la demandante al cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica, o uno igual o de similares características.
3. A título de restablecimiento, ordenar el reconocimiento y pago de salarios, primas, bonificaciones y prestaciones sociales legales, dejadas de percibir por la demandante, desde la desvinculación, la cual ocurrió el 14 de enero de 2016, hasta el día en que sea reintegrada al cargo de que

desempeñaba, junto con los incrementos legales en ese periodo.

# Fundamentos fácticos

1. La parte accionante señaló como hechos de la demanda, los que se resumen a continuación:
2. Refirió, que la señora Luz Myriam Durán fue nombrada como gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Agua Potable, Alcantarillado y Aseo de Sáchica, a través del Decreto 018 de 28 de marzo de 2012, expedido por el municipio de Sáchica, ejerciendo posesión del cargo en fecha 28 de marzo de 2012.
3. Agregó que, hasta la fecha del retiro, la demandante laboró al servicio de la empresa de servicios públicos, por el período de 3 años, 9 meses y 15 días, en el cargo de gerente, devengando como último salario la suma de $1.647.631.
4. Indicó que, luego de su retiro en el cargo que ostentaba fue nombrada como gerente la señora Edilsa Esperanza Castillo, quien refirió no cumplía con los requisitos del manual de funciones, desmejorando así la prestación del servicio, y pocos días después, fue reemplazada por el señor Juan Carlos Melo Reyes, exsecretario de Gobierno del municipio.
5. Adicionó que si bien el Decreto 008 de 14 de enero de 2016, se notificó en la misma fecha, la declaratoria de insubsistencia se hizo efectiva el día anterior.

# Normas Violadas

1. Señaló el apoderado de la parte actora como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 121 y el inciso quinto del artículo 125 de con Constitución Política. Y el artículo 23 de la de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 6 a 9 de la Ley 74 de 1968, inciso primero del artículo 26 y 27 del Decreto 2400 de 1968: artículos 107, 109, 110 y 111 del Decreto 1950 de 1973 y la Ley 443 de 2002; Decretos 1330 y 1972 de 1998; Ley 909 de 2004 y 734 de 2002, así como la Ley 270 de 1996.

# CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica.**

1. La entidad allegó escrito de contestación a la demanda, en el que refirió que el acto administrativo demandado, está revestido con

presunción de legalidad, y que al tratarse de una insubsistencia de un cargo de dirección, confianza y manejo dentro de una entidad pública, es de libre nombramiento y remoción, por lo que la administración cuenta con la facultad discrecional para nombrar o remover a sus colaboradores, quienes no ostentan la misma condición de un empleado de carrera, motivo por el cual, consideró que no hay lugar a efectuar el reintegro deprecado, ni al reconocimiento de salarios o prestaciones solicitadas.

1. Agregó que, es cierto que se nombró en el cargo de gerente a la señora Edilsa Esperanza Castillo, y posteriormente al señor Juan Carlos Melo Reyes, pero el 1º de octubre de 2016, fue nombrado en el cargo de gerente de la Empresa de Servicios Público Domiciliarios de Sáchica, al señor Hader Andrés Durán, razón por la cual considera que la demandase vale de apreciaciones subjetivas.
2. Que, el Decreto 048 de 30 de diciembre de 1999, por medio del cual se creó la empresa de Servicios Públicos de Sáchica, estableció en su artículo 17 que el gerente será nombrado por el alcalde, de conformidad con el artículo 91, literal d, numeral 2 de la Ley 136 de 1994, además será de libre nombramiento y remoción.
3. Asimismo, que la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, establece que la separación de los cargos de libre nombramiento y remoción se dará por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, sin que sea necesario la existencia de causa previa o motivación, lo que deja claro el nivel de discrecionalidad que posee el nominador respecto de la desvinculación de este t ipo de empleados, dada la naturaleza de las funciones.
4. Finalmente propuso como excepciones a su favor las que denominó ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones y la de falta de legitimación en la causa por pasiva, legalidad del acto acusado, y la genérica.

# Municipio de Sáchica.

1. La entidad territorial, allegó escrito de contestación a la demanda, indicando, que el acto administrativo acusado fue expedido por la persona competente, conforme las normas constitucionales y legales que lo facultan con discrecionalidad para prescindir de quien fungió como gerente de la Empresa de Servicios Públicos, dada la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo por el grado de confianza que se exige para el desempeño de este t ipo de empleos.
2. Agregó que, en el año 2016 con el cambio de administración de la entidad territorial, se dispuso por el primer mandatario local el retiro de la Gerente la Empresa de Servicios Públicos, facultad con la que el nominador disponía al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin que fuera necesario exponer los motivos que lo llevaron a adoptar tal decisión, conforme con el artículo 17 del Acuerdo Municipal 048 de 30 de diciembre de 1999, por medio del cual se creó la E.S.P. de Sáchica, por lo que consideró que no era acertada la apreciación de la parte actora al circunscribirse al supuesto manual de funciones, dado que no es un documento debidamente adoptado por la empresa para la fecha en que se expidió el acto administrativo.
3. Finalmente, propuso como excepciones la inepta demanda por falta de requisitos formales y la legalidad del acto demandado.

# SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

1. El Juzgado Décimo Administ rativo Oral del Circuito de Tunja, mediant e providencia de fecha 14 de diciembre de 2020, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica, por las razones indicadas en las consideraciones.*

***SEGUNDO: NEGAR*** *las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Luz Myriam Durán, en contra del* ***Municipio de Sáchica y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica,*** *de conformidad con las exposiciones de*

*este proveído.*

***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la parte actora y en favor municipio de Sáchica y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica en partes iguales. Para el efecto se fijan como agencias en derecho la suma de* ***CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS ($428.384),*** *equivalente al*

*4% del valor de la pretensión mayor que sirvió para determinar la competencia (fl.137), valor que se tendrá en cuenta por parte de la Secretaría al momento de liquidar las costas procesales.*

*(…).”*

1. Para adoptar tal determinación, en primer lugar, el *a quo* se refirió al marco normativo y jurisprudencial, relacionado con la insubsistencia en

los empleos de libre nombramiento y remoción, para colegir que son ejercidos por personas que por su alto grado de confianza por el nominador lo acompañan en su gestión, por ser cargos de dirección, confianza y manejo, encontrándose el nominador en libertad para la vinculación y retiro de las personas designadas en este tipo de cargos.

1. Posteriormente, hizo referencia el a quo al Régimen laboral de las empresas de servicio públicos domiciliarios oficiales, en aplicación del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, son trabajadores oficiales y sólo excepcionalmente, según los estatutos, son empleados públicos, siempre y cuando desempeñen cargos de dirección o confianza, que para el caso del cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica, es de libre nombramiento y remoción, en atención a la naturaleza de sus funciones y de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 909 de 2004. Así mismo, que el Decreto 048 de 1999, por medio del cual se creó la Empresa de Servicios Públicos de Sáchica, dispone en su artículo 17 que el gerente de dicha empresa “s*erá nombrado por el alcalde del municipio, de conformidad con el artículo 91, literal d numeral 2 de la Ley 136 de 1994 y será de libre nombramiento y remoción.*
2. Adentrado en el caso concreto, precisó el a quo que la señora Luz Myriam Durán ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción el cual no generaba ningún tipo de estabilidad laboral, pudiendo ser declarado insubsistente en cualquier momento, atendiendo las facultades discrecionales que la Ley le otorga al nominador para el efecto, sin que se requiera fundamentación que soporte el retiro, dado que la presunción de legalidad propia de los pronunciamientos de la administración, en eventos como el que se analiza, se sustenta en el mejoramiento del servicio y dado que por su naturaleza es de los denominados como de confianza y manejo, el nominador, amparado en su facultad discrecional, también introducida por disposición legal, está en la libertad de nombrar, a quien considere, contribuirá a realizar una mejor gestión, siempre que cumpla con los requisitos objetivos para el empleo.
3. Sin embargo, agregó la instancia que la jurisprudencia también ha sostenido que el poder discrecional referido en precedencia no es absoluto, sino que debe guiarse por los postulados del interés general hacia la prestación de un buen servicio, presunción susceptible de ser desvirtuada a través de un adecuado ejercicio probatorio por parte de quien depreca la nulidad del acto demandado, demostrando en forma inobjetable que el propósito de la declaratoria de insubsistencia fue uno diferente a la mejora del servicio. No obstante, refiere que dicho predicamento no logró invalidarse, toda vez que, de las pruebas

documentadas recaudadas, se demostró la formación profesional y experiencia laboral de quienes sucedieron a la señora Durán, que sin lugar a dudas contaban con un nivel superior en educación formal y no formal en materia de administración de contabilidad en el sector público y privado, sin que se adujera y, menos aún, se demostrara respecto de ellos, negligencia en el ejercicio de sus funciones que permita colegir un desmejoramiento en el servicio. Por tal razón concluyó que la prestación del servicio público no se vio comprometida o desmejorada, pues tanto la señora Dilsa Castillo como el señor Juan Carlos Melo, contaban con la idoneidad para asumir el cargo de gerente en el que fueron nombrados.

# FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

1. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora apela la sentencia con fundamento en lo siguiente:
2. Refirió que, la decisión de primera instancia resulta errada en su tesis, pues de entrada considera legal el Decreto No.008 de fecha 14 de enero de 2016, sin siquiera reparar que la declaratoria de INSUBSISTENCIA fue un “NOMBRAMIENTO” y no, del cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Sáchica a la señora LUZ MYRIAM DURAN, lo que a su juicio, denota ligereza en el planteamiento de su tesis, toda vez que, lo que con certeza propone el acto administrativo es improvisación, desconocimiento normativo y descuido por parte del Alcalde que suscribe dicho acto.
3. Que se echa de menos en el fallo, la ausencia un análisis en cuanto a la falta de proceso disciplinario en contra de la señora LUZ MYRIAM DURAN, que sostuviera la afirmación de los accionados, limitándose a señalar que en el caso específico, la prueba no desvirtuó que el acto lo que buscaba era un buen servicio, despreciando los testimonios reina del alcalde firmante del acto, Héctor Amado y del anterior alcalde, Miguel Ángel Abril García, donde el primero manifestó que la insubsistencia obedecía a que él trabajaba con su equipo de campaña política pero no para mejorar el servicio y el segundo, afirmó el buen desempeño de LUZ MYRIAM DURÁN en sus funciones de Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Sáchica, con lo que concluye, que el acto de insubsistencia no fue emitido conforme a Derecho, mostrando y probando su improvisación y que también se hizo como favor político y no para mejorar el servicio público y los postulados del interés general.
4. Que resulta claro que la esencia del nombramiento, es la libertad con la que cuenta el nominador para remover a los funcionarios de libre nombramiento, pero para el caso, el hecho de nombrar a tres nuevos

gerentes en menos de seis meses y con experiencia laboral inferior y capacitación menor a la de la demandante, solo prueba arbitrariedad e improvisación.

1. Que, con la decisión de retiro se generó vicios de desviación de poder, que se prueba con la declaración de *“INSUBSISTENTE DE UN NOMBRAMIENTO*” y no al funcionario que ocupaba la gerencia de la Empresa de Servicios Públicos, a la ausencia de valoración de hojas de vida que no conducen necesariamente al mejoramiento del servicio público y, sí, la falta de sindéresis administrativa en el uso de la libertad de nombrar.
2. Agregó que, tal como resultara probado con el testimonio del señor Héctor Antonio Amado, alcalde que suscribió el acto demandado, que el móvil oculto que determinó la insubsistencia, fue el trabajar con su equipo de “*campaña*” y para nada consultando el mejoramiento del servicio, y lo ratifica el testimonio recibido dentro del proceso y rendido por el señor Miguel Ángel Abril García.
3. Que se demostró a lo largo del plenario, que la señora Luz Myriam Durán, venía desempeñando bien su cargo de Gerente y su experiencia y hoja de vida, son superiores y afines al cargo en comparación a las tres personas que la sucedieron.
4. Consideró, que el a quo no valoró el manual de funciones de la Empresa de Servicios Públicos de Sáchica, lo que a su juicio necesariamente conduce a un error de Derecho por falta de valoración probatoria, toda vez que es un documento público que se presume auténtico mientras no se tache de ilegal o falso.
5. Consideró que, sí hay legitimación en la causa por lo pasiva de la empresa de servicios público “*Por t ales razonamientos que t raen certeza a la ligera interpretación de los hechos y su probanza, es que respetuosamente solicito la revocatoria de la sentencia de primera instancia de fecha 14 de diciembre de 2020, para que en su lugar se declare la nulidad propuesta, acceder a las suplicas de la demanda y la prosperidad de sus pretensiones”.*

# TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

1. El anterior recurso fue concedido mediante auto del 5 de febrero de 2021, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja y admit ido por esta Corporación mediante providencia del 23 de abril de

2021 (índice 6 exp samai). A través de auto del 13 de mayo de 2021, se se ordenó correr traslado para alegar de conclusión ( índice 12 exp samai).

# ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

**Municipio de Sáchica.**

1. Presentó escrito de alegatos en el que refiere que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, en razón a que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto demandado, no demostró ninguna circunstancia que pudiera configurar alguna de las causales de anulación del acto demandado. Que, por el contrario, de la prueba recopilada, en especial la testimonial, se determina con extrema claridad, no solo que la insubsistencia de la demandante no se apartó de razones de buen servicio, sino que ese mejoramiento fue efectivo dada la deficiencia con que los declarantes refieren era desempeñado el cargo por la demandante e.
2. Agregó que comparte el análisis de la primera instancia, referente al cumplimiento de los requisitos y calidades para desempeñar el cargo por parte de Dilsa Esperanza Castillo, pues su perfil profesional y experiencia superaron, al igual que el desempeño en el cargo, con creces a la demandante, quien valga recordar incumplió incluso su deber legal de hacer entrega del cargo.

# Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Sáchica

1. Allegó alegatos finales, en los que afirma que la parte actora no logró demostrar la existencia de ilegalidad del acto demandado y que por el contrario los elementos probatorios que persisten dentro del expediente siguen dando cuenta de dos situaciones probadas en concreto, como fueron; una, que la Empresa de Servicios Públicos de Sáchica no tuvo injerencia directa ni indirecta en la expedición del acto administrativo demandado configurándose por ende, la excepción alegada de falta de legitimación en la causa por pasiva, y dos, que el acto administrativo Decreto No. 008 del 14 de enero de 2016 se expidió por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y conforme a las atribuciones que la Constitución y la Ley le otorgaban al nominador en la búsqueda de mejorar el servicio, bajo la dirección de un funcionario idóneo y de su entera confianza para el cumplimiento de sus fines.
2. Agregó que la determinación de declarar la insubsistencia de la demandante fue producto del ejercicio de la potestad discrecional propia de cargos de libre nombramiento y remoción, sin que haya un solo

medio de prueba que indique una afectación en la prestación del servicio, al contrario, de las declaraciones se extrae con claridad que el deficiente desempeño de la demandante permitió que su insubsistencia y el cambio en la dirección de la entidad se tradujera en indiscutible mejoramiento del servicio. Argumentos que tampoco pudieron ser desvirtuados por el apelante en el curso del proceso.

1. Por lo anterior, advirtió, que la parte demandante nunca expuso y mucho menos logró demostrar en que pudo haber consistido la falsa motivación, en qué consistió la supuesta desviación de poder, porqué se quebrantó, según ella, la Ley de carrera, no probó cual fue la desmejora del servicio, en qué consistió el uso irresponsable y arbitrario por parte del alcalde para expedir el acto, pareciera que el actor esperara que únicamente con sus afirmaciones y la relación de una serie de normas el fallador entrara a desarrollar el deber procesal exclusivo de la parte demandante.

# Parte demandante.

1. No se pronunció en el traslado de alegatos finales.

# Ministerio Público.

1. En esta ocasión el agente del Ministerio Público no allegó concepto.

# CONSIDERACIONES

1. Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia del 14 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama.

# PROBLEMA JURÍDICO

1. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer si:

*¿Resultó ajustado a derecho, o no, la negativa de nulidad del Decret o 008 de 14 de enero de 2016, expedido por el alcalde del municipio de Sáchica, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, a la*

*señora LUZ MYRIAM DURÁN, al demostrarse configurado el desmejoramiento del servicio?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

# Tesis argumentativa propuesta por la Sala

*A part ir de lo consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, respecto a que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, entre otros, y la causales de retiro determinadas por en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, para la Sala, cuando el cargo desempeñado sea de naturaleza ordinaria de libre nombramiento y remoción, por la dirección, manejo y confianza, la discrecionalidad que se ejerza por el nominador no implica arbitrariedad, pues todas las decisiones de la administración sin excepción alguna, deben atender el bien común en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, según la cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales.*

*Por lo anterior, considerará la Sala que cuando un acto de declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, sea proferido dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, la facultad discrecional para el retiro del servicio que ampara una norma de rango constitucional y legal cobija de legalidad la actuación, que solo puede ser desvirtuada por una carga probatoria sólida, eficiente y eficaz de quien incumbe probar su dicho; y para el sub judice, el acto de insubsistencia contenido en el Decreto 008 de 14 de enero de 2016, fue ocasionado por la facultad discrecional enmarcado dentro de las causales de retiro del servicio del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por cuanto quedó demostrado con el caudal probatorio, que con los nombramientos, dados con la insubsistencia, no se configuró el desmejoramiento del servicio.*

# MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

1. Para llegar a una decisión respecto del objeto de la Litis trazada en esta sede, la Sala estudiará los planteamientos propuestos en el problema jurídico, al tenor del siguiente orden expositivo así: i) Antecedentes constitucionales y normativos; ii) De la naturaleza de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios; iii) Del precedente jurisprudencial del Consejo de

Estado y la Corte Constitucional, respecto de los nombramientos de cargos de libre nombramiento y remoción y iv) Del Caso Concreto.

# Antecedentes constitucionales y normativos.

1. La Constitución Política de 1991, ratificó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos del Estado, en el artículo 125, pues dispuso que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente det ermine el Legislador.
2. Con la expedición de la **Ley 909 de 2004** en su artículo 1°1, contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, son los cargos de libre nombramiento y remoción. A su vez, el artículo 5º ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

*“Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa,* ***con excepción de: (…)***

***2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios: a) Los de dirección,*** *conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (…).”*

1. Conforme a lo anterior, es claro dilucidar que la legislación previó 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 manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.
2. Resultando razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, 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.

*1 Artículo 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de em pleo público y el establecim ientode los principios básicos que deben regular el ejerciciode la gerencia pública. Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglam entaria, en los organism os y entidades de la adm inistración pública, conform an la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cum plimiento de sus diferentes com etidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la com unidad. De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes em pleos públicos: a) Em pleos públicos de carrera; b) Em pleos públicos de libre nom bram iento y rem oción; c) Em pleos de período fijo; d) Em pleos tem porales.*

# De la naturaleza de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

1. El artículo 14 de la Ley [142](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752&142) de 19942, establece:

***“ARTÍCULO*** [***14***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752&14)*. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

*(…)*

* 1. ***EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES****. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aport es.*
	2. *EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

*(…).”*

1. Por su parte, el artículo 17 ibidem, dispone:

***“ARTÍCULO*** [***17***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752&17)*. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que t rata esta Ley.*

***PARÁGRAFO 1.*** *Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado”.*

*(…)”.*

1. Para la regulación de las formas de vinculación en una empresa indust rial y comercial del Estado, el Decreto [3135](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567&3135) de 1968, dispuso:

***“ARTÍCULO*** [***5***](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1567&5)*.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.*

*(…).*

*Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales;* ***sin embargo, los***

*2 Por la cual se establece el régim en de servicios públicos dom iciliarios y se dictan otras disposiciones*

## estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

1. Por su parte, la Ley [909](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861&909) de 20043, en cuanto a los empleos de naturaleza gerencial señaló:

## “ARTÍCULO [47](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14861&47). Empleos de naturaleza gerencial.

* 1. *Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán****, a efectos de la presente ley, el carácter de empleos de gerencia pública****.*
	2. ***Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción****. No obstante, en la provisión de tales empleos, sin perjuicio de las facultades discrecionales inherentes a su naturaleza, los nominadores deberán sujetarse a las previsiones establecidas en el presente título.*
	3. *La gerencia pública comprende todos los empleos del nivel directivo de las entidades y organismos a los cuales se les aplica la presen e ley, diferentes de:*

*(…)*

*b) En el nivel territorial, a los empleos de secretarios de despacho, de director,* ***gerente****; rector de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos.*

*Estos empleos comportan responsabilidad por la gestión y por un conjunto de funciones cuyo ejercicio y resultados son posibles de ser medidos y evaluados”.* (Resaltado de la Sala).

1. Por lo anterior se concluye, que los cargos gerenciales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de las entidades territoriales, son empleados públicos y adicionalmente, debido a su naturaleza de dirección y confianza, serán de libre nombramiento y remoción.

# Del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto de la insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción.

*3 Por la cual se expiden norm as que regulan el em pleo público, la carrera adm inistrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*

1. La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la **facultad discrecional de remover libremente** a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*“(…)* ***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. (…)”.

1. Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe **precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados**. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad4.

55.- En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional5 ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado como límites para el

*4 Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.*

*5 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.*

ejercicio de dicha facultad, los siguientes:

1. Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente,
2. Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza,
3. La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.
4. A su turno, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, ha considerado de forma reiterada, que **la discrecionalidad no implica arbitrariedad**, pues todas las decisiones de la administración sin excepción alguna, deben atender el bien común en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, según la cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales. De manera que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma en el marco del Estado Social de Derecho y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa6.
5. Puntualmente, la Subsección Segunda Subsección “B” con ponencia de la doct ora Sandra Lisset Ibarra Vélez en sentencia proferida el 26 de enero de 2017 en el proceso radicado bajo el N°73001-23-33-000-2014- 00285-01(3313-15) promovido por Fernando Reyes Moscoso contra la Contraloría Municipal Ibagué sostuvo:

## “(..) 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 adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

*(…)*

*6 Decreto 001 de 1984. Artículo 36. En la m edida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norm a que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

*Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación,* ***cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad****, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.* ***El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.***

*En concordancia con t al planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sent ido, ha identificado7 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 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser* ***“adecuada”*** *a los fines de la norma que la autoriza, y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.*

## Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones

*7 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.*

***genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos****.” (Resaltado fuera de texto original)*

1. Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administ rativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.
2. De otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado de manera cuidadosa, ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias “*que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley*.8”
3. Cuando se invoca la desviación de poder por el ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.
4. El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.
5. De manera que mientras en el proceso no se encuentren probados los hechos que configuren una falsa motivación o una desviación de atribuciones propias de la autoridad que las ejerza, en los términos anteriormente destacados, el acto administrativo demandado conserva su presunción de legalidad y no podrá ser anulado válidamente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

*8 CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Adm inistrativo. Sección segunda C.P. Dra. Clara Forero de Castro.*

1. Del marco normativo y jurisprudencial, se colige que al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el de la demandante, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que **tiendan acreditarla, presunción que surge de la aplicación del principio de legalidad**, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

# CASO CONCRETO

1. Descendiendo al caso *sub examine*, se observa que la *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo demandado.

# De los hechos probados dentro del proceso – Vinculación laboral de la demandante.

1. De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario, la Sala encuentra acreditado lo siguiente:
* Mediante Acuerdo No. 048 de 30 de diciembre de 19999, se creó la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios del Municipio de Sáchica, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y en su artículo 17 dispuso:

*“****ARTÍCULO 17 DEL GERENTE.*** *El Gerente será nombrado por el alcalde del municipio de Sáchica, de conformidad con el artículo 91, literal d, numeral 2 de la Ley 136 de 1994 y será de libre nombramiento y remoción, será el representante legal de la empresa y el secretario de la junta directiva con voz, pero sin voto* (fl. 2-7 PT1 anexos exp digit al).

* A través de Decreto No. 0018 de 28 de marzo de 2012, el alcalde municipal de Sáchica, nombró con carácter ordinario a la señora Luz Myriam Duran, en el cargo de Gerente de la Empresa de Servicios Públicos. (fl. 8-9 PT1 anexos exp digit al).
* Mediante Decreto 008 de 14 de enero de 2016, el alcalde municipal de Sáchica, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Luz Myriam Duran, como Gerente de la Empresa de Servicio Públicos, a partir del 13 de enero de 2016, lo anterior, fundamentado en el

*9 Por m edio del cual se deroga el Acuerdo No. 018 y se crea la em presa de servicios públicos del Municipio de Sáchica*

artículo 315, numeral 2º CP, en concordancia con el numeral 2º del literal D) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012; y el Acuerdo Municipal 048 de 30 de diciembre de 1999 (fl. 10-11 PT1 anexos exp digit al).

* Según el Manual específico de funciones del Municipio de Sáchica, el cargo de Gerente tiene como propósito principal ejercer las funciones de dirección, coordinación y control de todas las actividades que se desarrollen en la Empresa, así como velar por la existencia de un adecuado sistema de planeación estratégica, cooperar en el cumplimiento de los planes de desarrollo del municipio en materia de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, velar por la correcta y eficaz asignación de los recursos humanos, operativos, técnicos y financieros de que dispone la empresa. Y, además, cuenta con las siguientes responsabilidades generales: Dirigir y controlar las actividades del personal, velar por las prestaciones de los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, presentar informes, entre otros (fl. 12-27 PT1 anexos demanda. Exp digit al).
* Dentro del trámite de la primera instancia se escucharon los testimonios de los señores Héctor Antonio Amado, Dilsa Esperanza Castillo, Miguel Ángel Abril García (archivo de audiencia virtual. Expediente digital).
1. Hasta aquí, conforme al material probatorio antes relacionado y de acuerdo con el marco normativo en precedencia, no cabe duda que la vinculación que la demandante Luz Myriam Duran, ostentó con la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios del Municipio de Sáchica, fue de libre nombramiento y remoción, por tal razón, si bien el acto de desvinculación no hace referencia al retiro del cargo para el cual fuera nombrada en libre nombramiento y remoción, no puede otorgársele una categoría distinta a las funciones propias para las cuales fue nombrada como Gerente de dicha empresa, teniendo en cuenta la naturaleza de la misma, según lo establecido en los artículos 14 y 17 de la Ley [142](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2752&142) de 1994, como la naturaleza propia del cargo de gerente, quien ejerce funciones de dirección y confianza, según lo establece el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y 47 de la ley 909 de 2004.
2. Ahora, la alzada sugiere la “*ligereza*” del fallo de primera instancia por cuanto el acto administrativo declaró la insubsistencia fue del nombramiento, más no del cargo de la señora Luz Myriam Duran, con lo que adujo, que fue un acto proferido con improvisación, desconocimiento normativo y descuido por parte de la administración municipal.
3. De lo anterior, advierte la Sala que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, a voces del artículo 41, expresa como causales del retiro, entre otras, *“por declaratoria de* ***insubsistencia del nombramiento*** *en los empleos de libre nombramiento y remoción; (…)”,* así las cosas, de la lectura del acto demandado se advierte que se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Gerente de la ESPD de la demandante, no encontrando hasta aquí, que con ello allá sido expedido de manera improvisada o con desconocimiento a la norma que lo ampara; como tampoco resulta relevante el reparo del apelante en cuanto a que el juez de instancia señalara que se declaró insubsistente el cargo, cuando fue la insubsistencia del nombramiento, pues dicha aseveración no enerva de manera alguna la decisión de la administración municipal con el acto demandado, que no fue otra que declarar la insubsistencia, obviamente, del nombramiento que ocupaba la demandante en el cargo de Gerente de dicha entidad.
4. Por otra parte, en cuanto a la ausencia de un proceso disciplinario en contra de la demandante, es preciso advertir que la declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, lleva consigo la **facultad discrecional del nominador** que lo autoriza, la cual es diferente a la potestad correccional o disciplinaria que no es dependiente una de la otra, como tampoco excluyentes, pues cada una de ellas responde a exigencias independientes. Entonces, como quiera que el nominador cuenta con la facultad de disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción, no existe norma alguna que señale que la declaratoria de insubsistencia esté condicionada a la culpabilidad del funcionario en materia disciplinaria. Frente a este aspecto, el Consejo de Estado10 señaló:

*“[N]o era necesario esperar los resultados de un proceso disciplinario para declarar insubsistente el nombramiento del demandante, pues su ejercicio no significa la imposición de una sanción, ni implicaba el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido. Es de resaltar que la facultad discrecional que la ley confiere al nominador no encuentra limitación alguna en la Ley 734 de 2002, precisamente, porque persiguen finalidades distintas. En conclusión la actuación disciplinaria y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la atribución discrecional permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos, por razones del buen servicio, al paso que la actuación disciplinaria tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de los servidores oficiales;*

*10 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. C.P: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. 19 de febrero de 2018. Rad. No.: 25000 -23-42-000- 2013-01223-02(4578-16)*

*independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio. Así es que no había obligación de sobreponer la acción disciplinaria sobre la facultad discrecional; lo que si debía cursarse era el proceso disciplinario en forma independiente, pues era deber de la Directora General de Desarrollo Urbano iniciar de oficio o poner en conocimiento de la autoridad competente la presunta irregularidad.*

1. Así las cosas, contrario a lo que afirma la apelante, se reitera, que frente a los cargos de libre nombramiento y remoción el nominador cuenta con un amplio margen de libertad para adoptar decisiones en el manejo de su personal, dentro de las cuales se encuentra la de remover a sus colaboradores, sin que ello implique la existencia de un proceso disciplinario.
2. Ahora, en cuanto a los cargos endilgados en la apelación, respecto a que la declaratoria de insubsistencia no obedeció al mejoramiento del servicio, se tiene que, conforme a la postura jurisprudencial expuesta en el acápite considerativo y al contenido normativo en cita, la Sala advierte que no se exigen motivaciones en el acto de insubsistencia, en virtud a que prevé respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción, la facultad discrecional enmarcado dentro de las causales de retiro del servicio del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por lo que se puede sostener que los cargos de libre nombramiento y remoción se encuentran instituidos para dar al ordenador del gasto un margen de discrecionalidad y libertad para escoger el personal que le brinde confianza y seguridad para la ejecución del ejercicio del cargo que le ha sido encomendado. De ahí que los empleados que se encuentren vinculados bajo esa modalidad pueden ser retirados del servicio sin motivar el acto de desvinculación. No obstante, como ha referido la Jurisprudencia del Órgano Vértice, tal potestad no puede ser absoluta o innominada, pues debe ampararse la decisión, aun cuando discrecional, en motivos racionales al buen servicio, **carga que en todo caso debe ser probada por la parte afectada con la decisión de insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción.**
3. De cara al material probatorio aportado, se observa que la parte actora aportó formato único de hoja de vida, en la que se afirma ser Bachiller académico y contar con una licenciatura en matemáticas y física de la UPTC (fl. 32-37 PT1 Anexos, exp digit al).
4. Por su parte, quien la sucediera en el cargo de Gerente, esto es, la señora Dilsa Esperanza Castillo, de acuerdo a la hoja de vida aportada al plenario (fl. Archivo 60 expedient e digit al), cuenta con formación profesional como Contadora pública de la Universidad Antonio Nariño, y

con experiencia como: contador contratista en la Instituto Geográfico Agustín Codazzi; Profesional Universitario en la alcaldía de Ráquira; Secret aría de Hacienda del Municipio de Sáchica, entre otros.

1. Posteriormente, fue nombrado al cargo de Gerente de la Empresa de Servicio Públicos de Sáchica el señor Juan Carlos Melo, quien, de acuerdo con su currículo, cuenta con formación en: secretario auxiliar contable del SENA; título profesional de Administrador de empresa de la Universidad de Boyacá; realizó diplomados de docencia universitaria a distancia de la UPTC y de altos estudios en gerencia política y gobernabilidad de la universidad del Rosario; y como experiencia laboral se señaló que fue Secretario tesorero de Coojurisdiccional Ltda; Supervisor de ventas de la Empresa Gaseosas Boyacá; Secretario de gobierno de Sáchica; Catedrático UPTC de la facultad de estudios tecnológicos a distancia (fl. Archivo 21 expediente digital).
2. Corolario de lo expuesto, contrario a lo señalado en el escrito de apelación, se observa que luego de ser declarada insubsistente a la demandante, fueron nombrados dos, no tres personas, en el cargo de gerente de la Empresa de Servicios públicos Domiciliarios de la Entidad Territorial, sin embargo, verificadas la formación profesional y la experiencia de quienes sucedieron a la señora Luz Myriam Duran, no se advierte que las calidades fueran inferiores de las que la funcionaria saliente prestaba, o que con ello se causara desequilibrio en la prestación del servicio, generada por su retiro, que permitiera advertir la desproporcionalidad con la declaratoria de insubsistencia.
3. En tal sentido y con fundamento en la eficacia de la prueba, se considera que la accionante debió probar el desmejoramiento del servicio que alega o la existencia de motivos distintos de la facultad discrecional que llevaron a la declaratoria de insubsistente de su nombramiento, contrario a ello, resulta suficientemente probado que el ejercicio en el cargo de tesorera que ejerció no fue prístino, que diera lugar irrefutablemente a encontrar probado el desmejoramiento del servicio, en tal sentido, se mantendrá la presunción de legalidad del acto acusado, en razón de no demostrarse el cargo de nulidad de desviación de poder o falsa motivación que fue invocado en la demanda, por lo que se impone la confirmación del fallo de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.
4. En cuanto a los argumentos del recurso, respecto de la indebida valoración probatoria de las testigos frente a que la desvinculación del cargo obedeció a fines políticos alejados del buen servicio, se observa

que los testimonios recaudados señalaron lo que a continuación se indica:

1. En el **testimonio** rendido por el señor **Miguel Ángel Abril Garcia**, se destaca que en su relato señaló que fungió como alcalde del municipio de Sáchica en el periodo 2012-2015, periodo en el cual nombró como Gerente de la E.S.P. de Sáchica, a la señora LUZ MIRYAM DURÁN, que la dinámica de selección y contratación la manejó la Secretaría de Gobierno y luego de verificación de los perfiles se realizó el nombramiento. Que la señora Luz Miryam Durán se desempeñó de manera eficiente y para determinar sus competencias laborales se podría verificar a partir de los resultados obtenidos durante el periodo en que se desempeñó como Gerente y los resultados de quien la sucedió en el cargo.
2. En el **testimonio** rendido por **Dilsa Esperanza Castillo**, quien sucedió a la demandante en el cargo de gerente, refirió que: *“No tiene conocimiento de nada de la señora Miryam (demandante), el alcalde se comunicó conmigo y yo la llame y le dije que era la persona que le recibiría el cargo… que nos veíamos a las 8 de la mañana, yo llegue con el personero, la estuvimos esperándola, la llamaron, pero ella nunca se presentó… PREGUNTA. indique cuales eran las calidades que ud acredito para ser nombrada en el cargo de Gerente de la ESP. CONTESTÓ: yo anexe hoja de vida, pues mi título como contadora, unos cursos y seminarios que hice, en ese tiempo había trabajado en la alcaldía de Ráquira, en unas empresas llevándole contabilidades, trabaje en el IGAC, lleve contabilidades con varias personas… trabaje también con la alcaldía de Sáchica, como secretaria de Hacienda… yo hablé una parte muy delicada con el alcalde. PREGUNTA. En el momento del empalme en que condiciones le entregó el cargo la señora Luz Miryam Duran. CONTESTÓ. Ella no me entrego el cargo… yo levante un acta con el personero que escribimos lo que habíamos encontrado porque ella en ningún momento se acercó a hacerme entrega del cargo. PREGUNTA. En cuanto al estado en que ud recibió el cargo, cómo calificaría el estado de la empresa. CONTESTÓ. Mucho desorden, me tocó llamar a una persona para que me colaborara, yo hable con el alcalde y se lo puse en conocimiento al personero, que una empresa de servicios públicos manejara los recursos en efectivo, o sea llegaba la gente a pagar el servicio público, y bueno, la gerente o quien haya sido en ese momento, se recibía el dinero en efectivo, no se manejaba un plan contable, o sea, si usted llegaba a la oficina encontraba un computador con unas cosas en Excel que ni siquiera orden tenía, yo fui la que hice la propuesta de alquilar un plan contable y presupuestal porque me parecía gravísimo en la forma en que es aba manejando, o sea, se vio muchísima*

*manipulación sobre todo en el presupuesto, hubo bastante manipulación en el presupuesto, no había un orden, no había un control, no había un recibo de caja, no había nada como de pronto poder tenerlo. O sea, si yo como auditora hubiese llegado a la empresa de servicios públicos, terrible, la sanción hubiera sido gravísima, porque estaban manejando la plata como de bolsillo, de caja. Eso para mí fue terrible ese desorden, hubo desorden en la chequera, había un cheque que no estaban (…)”.*

1. En las preguntas realizadas por el apoderado de la parte demandante, se resalta que preguntó a la señora Dilsa Esperanza Castillo, porque motivo tan solo estuvo dos meses en el cargo de Gerente de la ESPD, a lo que contestó que, el día 8 de marzo le llegó el nombramiento provisional como profesional grado 12 de la Superintendencia de Notariado y Registro, por lo que no podía desaprovechar esa oportunidad.
2. Por su parte, en el **testimonio** rendido por el Señor **Héctor Antonio Amado**, quien fungiera como alcalde del Municipio de Sáchica y quien expidió el acto de insubsistencia de la demandante, declaró que: *“Uno entra con su equipo de trabajo, para ese entonces se nombra gente de confianza, me pasaron tres hojas de vida y pues uno nombra la mejor hoja de vida… uno entra con su equipo de trabajo y uno siempre quiere lo mejor para el pueblo, y traer gente con experiencia y nombrar gente con más experiencia… la señora Dilsa Esperanza tenía más experiencia en lo público, estuvo trabajando en la tesorería cuatro años y fue excelente y para uno conseguir una persona uno mira las hojas de vida y ella fue la mejor, PREGUNTA. Cuáles eran los requisitos que se exigían para el cargo de gerente del ESPD. CONTESTÓ. En el 2008-2011 tenía que ser Administrador de empresas, pero después entró otro alcalde y modificó (el manual de funciones), pero Miryam era algo de matemáticas, ent onces miramos que la hoja de vida, para nombrar a alguien tenía que tener idoneidad y conocimiento en lo público, y tener más experiencia que la persona que estaba ahí trabajando (…)”.*
3. De cara a las pruebas testimoniales aportadas y de una ponderación realizada en los testimonios rendidos, llama la atención de quien sucedió el cargo inmediatamente después del retiro de la demandante, quien mostró preocupación por el estado de la Empresa de Servicios Públicos, por el desorden y en cuanto al recibo de dineros sin contarse con un manejo operacional que permitiera tener claridad de los montos que ingresaban, por lo que, acudiendo a su profesión de Contadora Publica la señora Dilsa Castillo solicitó la implementación de un plan contable, lo cual, permite ver que efectivamente sí hubo mejoramiento del servicio, no solamente con la profesión ejercida, sino también con la

implementación del plan de manejo contable que permitió organización de los ingresos financieros en esa entidad.

1. Conforme al análisis realizado a los testimonios recibidos, advierte la Sala que comparte los argumentos señalados en la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones de la demanda, pues resulta evidente para la Sala que no se logró demostrar que el fin de la declaratoria de insubsistencia obedeciera a la arbitrariedad intencional de la Administración, con fines personales, para favorecer a terceros o con influencia de una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, en abuso de sus poderes para fines diferentes de aquellos que le fueron conferidos por la Ley.
2. Conforme a lo anterior, al pronunciarse sobre el cargo de desmejoramiento del servicio, dirá la Sala que conforme fuera escuchado en los testimonios que fueron recibidos, si bien se puede observar que el señor Miguel Ángel Abril, refirió que la demandante ejerció el cargo de gerente de la ESPD de manera eficiente, contrario a ello, quien de mano directa pudo evidenciar el estado palmario de la entidad, fue la señora Dilsa Esperanza, quien manifestó haber encontrado irregularidades que podrían, incluso, haber podido pasar a la órbita de investigaciones por parte de los organismos de control, en razón a que la entidad recibía dineros en efectivo, lo cual, en efecto, sí incide en grado superlativo con la función pública, cuanto más tratándose de un cargo que maneja recursos públicos y que por su naturaleza es de manejo y confianza.
3. En este sentido, considera la Sala que en el *sub judice* no se probó que las calidades de la nueva funcionaria, posterior a ella, fueran inferiores a las que la funcionaria saliente prestaba y que permitiera advertir la desproporcionalidad con la declaratoria de insubsistencia.
4. En tal sentido y con fundamento en la eficacia de la prueba, se considera que la accionante debió probar el desmejoramiento del servicio que alega o la existencia de motivos distintos de la facultad discrecional que llevaron a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento; contrario a ello, resulta suficientemente probado que el ejercicio en el cargo de Gerente que ejerció, no fue prístino, que diera lugar irrefutablemente a encontrar probado el desmejoramiento del servicio, en tal sentido se mantendrá la presunción de legalidad del acto acusado, en razón de no demostrarse el cargo de nulidad de desviación de poder, o falsa motivación, que fue invocado en la demanda, por lo que se impone la **confirmación del fallo de primera instancia** que negó las pretensiones de la demanda.

# COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, adicionó un inciso al artículo 188 del CPACA., en los siguientes términos:

“(…)

***Artículo 188. Condena en costas****. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso,* ***la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal****. (resaltado fuera de texto)*

(…)”

1. En reciente pronunciamiento la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia de 11 de octubre de 2021, proferida dentro del proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2019- 00011-00(63217), precisó lo siguiente:

“(…)

*En suma, la mejor interpretación de la disposición es aquella que promueve la efectividad y aplicabilidad de la norma a través sistematicidad entre los incisos primero y segundo del artículo 188 ibídem, que* ***garantiza la aplicación de la regla general -condena en costas para la parte vencida, demandante o demandada, en cualquier tipo de procesos****- salvo en los que se ventile un interés público (acciones públicas ) y, en todo caso, en este tipo de asuntos será procedente la condena en costas al demandante cuando se advierta que la demanda carece por completo de fundamento legal porque se castiga el ejercicio infundado e irresponsable del derecho de acción, al promover un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional.*

(…)

*En este caso concreto los recurrentes serán ser condenados en costas no con fundamento en el artículo 255 del CPACA sino con*

*apoyo en el ar ículo 188 de la misma codificación t oda vez que para* ***la fecha de presentación del recurso -lo cual se hace a través de una nueva demanda- no había sido expedida la Ley 2080 de 2021*** *que expresamente estableció que la sentencia que lo declare infundado condenará en costas y perjuicios al recurrente.*

(…)**”**

1. Esta Sala ha venido sosteniendo que el nuevo inciso 2º del artículo 188 ídem, implica que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezcan de fundamento legal.
2. Sin embargo, atendiendo la postura jurisprudencial antes reseñada, resulta procedente retomar el criterio objetivo – valorativo, pues de la lectura sistemática de los dos incisos del artículo 188 del CPACA (con la adición introducida por la Ley 2080 de 2021), se colige que para la procedencia de la condena en costas:
* Hay una regla general (criterio objetivo), que remite a los artículos 365 y 366 del CGP, esto es, que las mismas se encuentren causadas y en la medida de su comprobación.
* Hay una excepción a la regla, que son los procesos en los que se ventile un interés público.
* Hay una excepción a la excepción, que, en todo caso, habilita su procedencia cuando se acredite que la demanda o su oposición, carecen de fundamento legal.
1. Descendiendo al presente caso, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, pues, aun cuando se denegaron las súplicas procesales, no se advierte que la demanda carezca de fundamentos legal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

# FALLA:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020, por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO:** Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199 del CPACA., modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**CUARTO:** En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias de rigor.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado elect rónicamente*

# JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

*Firmado elect rónicamente*

# BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

**Magistrada**

*Firmado elect rónicamente*

# FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

**Magistrado**

***Constancia:*** *La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma SAMAI por los magistrados que integran la Sala de Decisión. En consecuencia, se garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.*