Tunja, noviembre doce (12) de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Sandra Milena Díaz Amaya***
Demandado: Municipio de Tunja – Personería Municipal de Tunja
*Expediente: 15001-33-33-001-****2016-00159****-01*

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la ***parte demandante,*** *contra la sentencia de primera instancia proferida el* ***24 de julio de 2019*** *por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.*

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (ff. 6 a 44 c1):

1.1.1. Pretensiones:

1. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderada judicial, ***Sandra Milena Díaz Amaya*** *solicitó la nulidad de la* ***Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016*** *expedida por el Personero Municipal de Tunja, por medio de la cual fue declarada insubsistente en el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06 (f. 45).*

2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, deprecó:

- *Se ordene su reintegro al cargo que desempeñaba antes del retiro, o a uno de igual o superior categoría, sin que, para efectos salariales y prestacionales, se considere que haya existido solución de continuidad en la prestación personal del servicio.*

- *Se reconozcan y paguen en su favor, los beneficios salariales y prestacionales dejados de percibir desde el momento en que su nombramiento fue declarado insubsistente, y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro laboral solicitado, tales como:* ***i)*** *salarios,* ***ii)*** *reajustes,* ***iii)*** *bonificaciones,* ***iv)*** *primas,*

v) *subsidios,* ***vi)*** *vacaciones,* ***vii)*** *cesantías,* ***viii)*** *intereses a las cesantías, y* ***ix)*** *"demás prestaciones sociales dejados de disfrutar y devengar, así como todos los demás emolumentos que haya podido producirse junto con sus incrementos de carácter legal" (f. 7).*

- ♣ *Se condene a la entidad demandada a realizar el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensión y riesgos laborales), desde la fecha en que fue declarada insubsistente y hasta la fecha de su reintegro efectivo, a una tasa equivalente al DTF en la forma establecida en el artículo 195, numeral 4° del CPACA.*

- ♣ *Se condene al Municipio de Tunja – Personería Municipal, al reconocimiento y pago del equivalente a 100 SMLMV a título de reparación de los perjuicios morales causados con ocasión de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.*

- ♣ *Se ordene la indexación de las sumas de dinero que resulten en su favor.*

- ♣ *Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.*

- ♣ *Se condene en costas a la entidad territorial demandada.*

1.1.2. Hechos:

3. Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que:

- ♣ *Sandra Milena Díaz Amaya prestó sus servicios en favor de la Personería Municipal de Tunja del 23 febrero de 2009 al 31 de mayo de 2016, así:*

  - ***a.*** *Como personal supernumerario con funciones de apoyo a:* ***i)*** *la Personería Delegada para los Derechos Humanos del 23 de febrero al 22 de mayo de 2009, el 17 de junio al 16 de septiembre de 2009 y el 16 de noviembre al 31 de diciembre de 2010;* ***ii)*** *la Personería Delegada para Asuntos Penales del 27 de septiembre al 26 de octubre de 2009 y,* ***iii)*** *la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa del 9 al 30 de noviembre de 2009.*

  - ***b.*** *Como personal supernumerario con funciones en contratación del 29 de mayo al 29 de agosto de 2013.*

c. *Como Personera Delegada para la Protección de la Familia, los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, del 24 de enero de 2011 al 18 de junio de 2012.*

d. *Como Personera Delegada en Asuntos Presupuestales, Contratación Administrativa y Participación Comunitaria, desde el 19 de junio de 2012 hasta el 28 de mayo de 2013.*

e. *Como Personera Municipal (E) del 4 al 13 de septiembre del 2015.*

f. *C**omo Personera Delegada para los Derechos Humanos y Asuntos Penales desde el 11 de septiembre de 2013 hasta la fecha de su retiro**.*

- *Durante tales lapsos, adquirió la preparación y experiencia suficiente para desempeñarse como Personera Delegada para los Derechos Humanos con Funciones Penales.*

- *El 2 de mayo de 2016, producto de una lesión en la rodilla derecha, fue sometida a un procedimiento quirúrgico que la llevó a estar incapacitada por diecinueve (19) días "con el uso de muletas para el desplazamiento y la práctica de 25 sesiones de terapias de rehabilitación que iniciaron el 18 de mayo de 2016" (f. 9)*

- *El 23 de mayo siguiente, vencido el término de incapacidad prescrito, se reincorporó a su empleo. Sin embargo, mediante Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016, el Personero Municipal de Tunja la declaró insubsistente en el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06.*

- *Para el momento en que se expidió el acto administrativo referido, se encontraba en "terapias físicas que requerían la protección de la EPS SANITAS siendo su condición especial y debilidad manifiesta" (f. 9).*

- *Como consecuencia de su desvinculación laboral, no pudo continuar con su proceso de rehabilitación física.*

- *El 20 de agosto de 2013, el Concejo Municipal de Tunja aprobó el Acuerdo Municipal No. 009, por medio del cual se modificó la planta de personal de la Personería de Tunja**. **Así, se incluyó en la planta global el empleo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 40, Grado 06, en razón a un estudio técnico que determinó la viabilidad presupuestal del mismo, así como la alta demanda en atención relacionada a la población vulnerable de la ciudad.***

1.1.3. Fundamentos de derecho y concepto de violación:

4. Como normas vulneradas y concepto de violación, señaló los artículos 2, 13, 23, 25, 29, 53, 93, 121, 123, 124, 125, 209 de la Constitución Política; el artículo 180 de la Ley 136 de 1994; los artículos 137 y 138 del CPACA; el Acuerdo Municipal No. 009 de 20 de agosto de 2013; las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004; los artículos 2 y 12 de la Ley 74 de 1968[1] y; los artículos 1, 8 y 24 de la Ley 16 de 1972[2]; para señalar que:

> *"(...) **MUNICIPIO DE TUNJA PERSONERIA MUNICIPAL DE TUNJA** como autoridad nominadora coartó a mi representada la Doctora **SANDRA MILENA DIAZ AMAYA** el derecho a permanecer en el servicio como personera delegada código 40 grado 06, habiéndose ejercido desviadamente las potestades públicas, **desconociendo la existencia de un estudio técnico** que legaliza la importancia del cargo de DELEGADA EN DERECHOS HUMANOS CON FUNCIONES PENALES.*
>
> *Omitiendo tener en cuenta, que la actora debía iniciar su proceso de terapias físicas con la EPS SANITAS y con la decisión que tomó el accionado a través del acto acusado, se le vulneraron los más elementales derechos en materia de seguridad social en salud al quedar sin amparo de la EPS, para continuar con el proceso de recuperación física (...)" (f. 11) – Negrilla del original –.*

*5. Aseguró que, con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado, las funciones a cargo de la ahora demandante como Personera Delegada en Derechos Humanos con Funciones Penales, fueron redistribuidas a los demás personeros delegados, con lo cual la entidad demandada: **i)** desmejoró la calidad en la prestación del servicio público a su cargo, y **ii)** desconoció el contenido del estudio técnico que motivó el Acuerdo Municipal No. 009 de 20 de agosto de 2013, que dispuso la reestructuración de la planta global de la personería. Asertos que adquieren mayor firmeza, si se tiene en cuenta que en ningún momento se nombró como reemplazo a un profesional con la amplia experiencia que demanda el ejercicio del cargo, ni se dispuso la supresión del mismo.*

6. En su criterio, si bien es cierto que, por ser una empleada de libre nombramiento y remoción, la demandante podía ser retirada del cargo en cualquier momento; también lo es que, con la decisión impugnada la Personería de Tunja desbordó los limites en el ejercicio del poder público, y afectó además de la efectiva

---

[1] *"Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966".*
[2] *"Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".*

prestación del servicio público, los derechos fundamentales al trabajo, el debido proceso y la seguridad social de la señora Díaz Amaya.

*7. Indicó que, no se consideró en ningún momento la situación de salud de la demandante, en tanto, se dispuso su desvinculación: **i)** sin tener en cuenta que por sus condiciones físicas era titular de una garantía de estabilidad en el empleo y, **ii)** sin precaver que como consecuencia del procedimiento quirúrgico que le realizaron, debía iniciar unas terapias de rehabilitación física con su EPS, las cuales no pudieron llevarse a cabo, producto de su desvinculación.*

8. Así las cosas, que, con la declaratoria de insubsistencia censurada, el Personero Municipal de Tunja desconoció la garantía de estabilidad laboral reforzada que el legislador reconoció en favor de las personas con discapacidad o cuya condición de salud se encuentre disminuida, en razón a lo siguiente:

- *Para el año 2015, la demandante recibió un diagnóstico de "Desgarro de menisco discoide", cuyo único tratamiento era la práctica de una cirugía.*

- *Dicha circunstancia fue oportunamente informada al Personero de Tunja, quien desde el principio mostró su inconformismo por la práctica del procedimiento quirúrgico prescrito.*

- *Como consecuencia de la intervención, se le generó una limitación para hacer ciertos movimientos y para caminar trayectos extensos, con lo cual, sus condiciones de salud quedaron ostensiblemente disminuidas.*

- *En el momento en que se reincorporó al empleo, encontró una actitud diferente en el nominador por, presuntamente, no poder ejercer de manera plena las actividades que ordinariamente se encontraban a su cargo.*

- *Como lo dispuso el acto acusado, acudió al examen de egreso, en el que le señalaron que debía continuar con su proceso de rehabilitación, lo cual, también fue notificado al área administrativa de la Personería.*

9. De suerte que, aun cuando tenía pleno conocimiento de la condición física de la demandante, el personero municipal optó por una decisión que transgredió abiertamente sus garantías constitucionales mínimas.

*10. De otra parte, aseguró que la **Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016** materializa un ejercicio arbitrario de una potestad discrecional, pues si bien la*

demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad de la que gozaba el empleador para decidir libremente sobre su vinculación, permanencia y retiro, no podía incurrir bajo ninguna circunstancia en arbitrariedad por desviación de poder, como ciertamente lo hizo. Y que, además de haber sido expedida con desviación de las atribuciones propias del nominador, fue expedida con violación de las normas en que debería fundarse.

11. Lo anterior, porque se pasó por alto que conforme al artículo 26 del D.L. 2400 de 1968, debía dejarse constancia en la respectiva hoja de vida del hecho y de las causas que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, para que fueran de su conocimiento y, de ser el caso, las impugnara a través de los mecanismos judiciales previstos por ley para el efecto. Además, que no fue escuchada por el nominador, ni tuvo la oportunidad de controvertir la decisión en sede administrativa.

12. Por último, manifestó que: ***i)*** *"l**a decisión que se tomó por parte del PERSONERO MUNICIPAL fue arbitrario, ya que se desdibuja una facultad discrecional por el pago de una suma de dinero que debía pagar la actora al Concejal que la respaldaría durante los cuatro años"*** *(f. 23) y,* ***ii)*** *no se tuvo en cuenta que durante todo el tiempo que estuvo vinculada no fue objeto de ningún llamado de atención, sino que por el contrario, su gestión y desempeño personal y profesional apalancaron la función legal a cargo de la entidad.*

1.2. Contestación de la demanda (ff. 98 a 105 c1):

13. Dentro de la oportunidad legal correspondiente y a través de apoderada judicial, el Municipio de Tunja – Personería Municipal se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

- *El acto administrativo enjuiciado no se encuentra viciado de nulidad, toda vez que la competencia para efectuar la desvinculación en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional.*

- *Dicha facultad discrecional permite que quienes ocupan esta categoría de empleos, puedan ser retirados de sus funciones con el fin de garantizar el buen servicio público, de modo, que el vínculo no genera ningún tipo de estabilidad.*

- *El cargo de Personera Delegada en Derechos Humanos con Funciones Penales ocupado por la ahora demandante, es de libre nombramiento y remoción, en virtud de las funciones de nivel directivo que le son propias.*

- *El nombramiento de la actora en un empleo de libre nombramiento y remoción, hacía viable que el nominador la retirara del servicio en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto. Tampoco debía motivar su contenido, máxime porque aquella no se encontraba amparada por ningún fuero de estabilidad laboral.*

- *Si bien es cierto que la declaratoria de insubsistencia de un cargo puede llegar a generar inestabilidad laboral, también lo es que la estabilidad no es un atributo propio de los empleos de libre nombramiento y remoción, en tanto si, de los vínculos laborales de carrera.*

- *Era de conocimiento de la señora Díaz Amaya, que su nombramiento en el cargo de personera delegada obedeció a una designación discrecional, previo cumplimiento de los requisitos reglados de experiencia, academia e idoneidad. Luego, podía ser retirada del mismo, en cualquier momento.*

- *El cargo por aquella desempeñado no ha sido provisto por motivos derivados de la crisis financiera evidenciada al interior de la entidad desde el año 2015.*

- *La decisión de la administración "de prescindir de este cargo de libre nombramiento y remoción de la entidad, obedeció a la existencia de dos cargos con similares funciones, como Son; (Sic) Personería Delegada Para los Derechos Humanos y Personería Delegada para los Derechos Humanos y Penales, coadyuvando con la austeridad del gasto público" (f. 102).*

- *Ni la personería municipal, ni mucho menos la Alcaldía de Tunja, tuvieron conocimiento del procedimiento quirúrgico ni las terapias físicas de rehabilitación que se aducen en la demanda.*

- *Una vez retirada de la planta de personal de la personería, la demandante debía seguir cotizando como cualquier ciudadano al Sistema de Seguridad Social en Salud, con lo cual, no se afectaba la continuidad en la prestación del servicio médico. En todo caso, se trata de un asunto no deviene "conexo con la declaratoria de insubsistencia" (f. 102).*

- *No es cierto que las terapias físicas o la incapacidad de la actora hayan tenido incidencia en la declaratoria de insubsistencia cuestionada. Revisado el sistema de archivo de gestión documental de la entidad, no se advierte oficio alguno radicado por la actora en ese sentido.*

- *Para desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste al acto administrativo acusado, debe probarse en sede judicial que el motivo determinante para la desvinculación laboral alegada, es uno diferente al buen servicio público.*

- *El óptimo desempeño en las funciones legalmente asignadas no genera fuero de estabilidad o permanencia, ni limita el ejercicio discrecional de remoción del personal de confianza, dirección y manejo, pues lo normal es que el empleado cumpla con ellas de la mejor manera, enalteciendo su juramento de cumplir bien, fiel y honradamente con las funciones de su cargo.*

- *Los órganos de control del nivel local no hacen parte de la administración municipal, por cuanto, se trata de entidades que por mandato superior gozan de autonomía administrativa y presupuestal para el cumplimiento de su función de fiscalización de la actividad administrativa.*

- *El Municipio de Tunja no tiene facultad alguna para asignar funciones a la personería municipal, orientar sus actividades, imponerle medidas de coordinación y control, ni mucho menos disponer sobre el personal vinculado.*

*14. En ese orden, consideró que el acto administrativo demandado: **i)** se encuentra conforme a derecho y goza de presunción de legalidad, **ii)** responde a la satisfacción del interés general y al aseguramiento de la prestación adecuada del servicio público, **iii)** atiende la situación financiera actual de la entidad y, **iv)** contiene el ejercicio de una facultad discrecional en cabeza del personero municipal.*

*15. Por lo anterior, pidió negar las súplicas de la demanda, y propuso la **excepción** de falta de legitimación en la causa por pasiva, al discurrir que "(…) el Municipio de Tunja no intervino de ningún modo con la Demandante es decir no existe relación alguna entre el sujeto procesal MUNICIPIO DE TUNJA con el acto expedido y hoy demandado dando lugar a una falta de legitimación teniendo en cuenta que quien expidió el acto hoy demandado fue la Personería Municipal (…)" (f. 104).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*16. El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en sentencia de **24 de julio de 2019** (ff. 564 a 572 c2), resolvió negar las súplicas de la demanda y abstenerse de condenar en costas.*

*17. Contrajo el problema jurídico a determinar la legalidad de la **Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016** expedida por el Personero Municipal de Tunja, mediante*

la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Sandra Milena Díaz Amaya en el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06.

18. Para el efecto, luego de enunciar de manera precisa los medios de convicción arrimados al proceso, examinó: ***i)*** *la naturaleza jurídica del cargo de Personero Delegado,* ***ii)*** *los límites constitucionales de la estabilidad laboral reforzada,* ***iii)*** *la exigencia consagrada en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y,* ***iv)*** *el desmejoramiento en la prestación del servicio público como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia para señalar en relación con el caso concreto, lo siguiente:*

- *Conforme al artículo 181 de la Ley 136 de 1994, sin perjuicio de las funciones que les asigne la Constitución y la ley, los personeros tendrán la facultad nominadora del personal de su oficina.*

- *Como quiera que el cargo ocupado por la ahora demandante, no hace parte del sistema de carrera, no es de aquellos de voto popular, ni tampoco es de periodo legal o constitucional, corresponde a uno de libre nombramiento.*

- *El artículo 5° de la Ley 909 de 2004[3] consagra que los empleos de los organismos y entidades por aquella regulados, son de carrera administrativa, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que correspondan a criterios de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices en la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial, como es el caso de los Personeros Delegados.*

- *En atención a que el cargo desempeñado por la actora es de libre nombramiento y remoción, se encuentra sujeto a la discrecionalidad del nominador. Es así, que la vinculación, permanencia y retiro del cargo depende de la voluntad de quien tiene en su cabeza la facultad nominadora del personal que, tratándose de un Personero Delegado, resulta ser el Personero Municipal.*

- *En el sub judice, se encontró acreditado que mediante escrito de 11 de marzo de 2016 la demandante informó al Personero Municipal de Tunja la programación de una cirugía de remodelación de menisco medial y condroplastia de abrasión para zona patelar por artroscopia, programada para*

[3] *Vigente para el momento en que fue expedido el acto acusado.*

el 19 de abril siguiente. Sin embargo, con posterioridad al procedimiento quirúrgico no radicó incapacidad médica alguna, lo que conminó a la propia personería a realizar el trámite de aquella por medicina general.

- *Si bien la situación de salud de la demandante era conocida por la personería municipal al momento de su declaratoria de insubsistencia, lo cierto es que aquella por si sola, no la hacía titular de derecho alguno a la estabilidad laboral reforzada.*

- *La Corte Constitucional al decidir un asunto de similares contornos, aseguró que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción que relaciona el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 909 de 2004 no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor. Tales circunstancias justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilitan un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral.*

- *Toda vez que el cargo desempeñado por la actora corresponde a uno de los enunciados en el numeral 2 del artículo 5° ídem, no deviene titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Además, no encuentra el despacho judicial "elementos de juicio que lleven a la conclusión de que la actora se trataba de un sujeto de especial protección constitucional" (ff. 569 vto.).*

- *De la prueba documental aportada, se extrae que los procedimientos quirúrgicos denominados 'condroplastia de abrasión para zona patelar por artroscopia' y 'remodelación de menisco medial y lateral por artroscopia' le fueron practicados a la demandante el 2 de mayo de 2016. Asimismo, que le generaron una incapacidad médica por el periodo comprendido desde el 2 hasta el 20 de mayo de dicha anualidad.*

- *El acto administrativo de insubsistencia fue expedido 6 días después de finalizado el ciclo de terapias de rehabilitación física. Entonces, pese a que se indicó en el libelo introductorio que las mismas aún no habían finalizado, lo cierto es que de las pruebas aportadas al proceso se advierte que entre el 23 de mayo y el 24 de agosto de 2016, la demandante acudió a un total de 25 terapias con cargo a la EPS a la que estaba afiliada.*

- *Con ocasión de su desvinculación del servicio, no se afectó ni interrumpió el tratamiento médico prescrito para el diagnóstico de "Desgarro de menisco*

discoide". Luego, no se encuentra *"que la situación de salud de la actora concomitante a su retiro, que evidenciara una seria vulnerabilidad" (f. 569).*

- *La omisión de la exigencia prevista en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, no enerva la presunción de legalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia. Tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la anotación en la hoja de vida es un acto posterior que no puede dar lugar a vicios en el acto, en tanto, la constancia no hace parte del mismo.*

- *El cargo en el que se encontraba la demandante era el de Personero Delegado en Derechos Humanos, el cual no fue provisto de manera inmediata a la declaratoria de insubsistencia.*

- *La Personería Municipal de Tunja distribuyó las funciones del cargo de Personera Delegada en Derechos Humanos y Penal código 40 grado 06, en dos cargos existentes, ocupados por las personas delegadas Sandra Liseth Piña Ávila y Sandra Milena Díaz Amaya.*

- *Con posterioridad a la desvinculación de la demandante, las funciones de la Delegatura en Derechos Humanos fueron redistribuidas a dos oficinas más, pues el cargo sólo fue provisto luego de transcurridos varios meses, el 29 de junio de 2017, cuando Germán Darío Avendaño fue nombrado como Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones en Penal.*

- *El tiempo tomado por la administración para encontrar el reemplazo de un empleado cuyo nombramiento ha sido declarado insubsistente, no constituye prueba suficiente para demostrar el desmejoramiento del servicio. Para el efecto, lo que se debe demostrar es que el nuevo funcionario no reúne las condiciones necesarias para el desempeño del cargo o carece de los requisitos legales mínimos para su desempeño, aspectos de los cuales, no da cuenta esta demanda.*

- *Las entidades públicas están en el derecho de emplear el tiempo necesario para proveer el cargo vacante en la mejor forma posible, conforme a las necesidades del servicio y en procura de optimizar el mismo.*

- *No obran en el expediente "elementos de prueba que indiquen una desmejora en el servicio o que existan móviles ocultos en la desvinculación de la demandante" (f. 571).*

- *Las declaraciones rendidas por los testigos, dan cuenta, bien del desconocimiento de las razones específicas que dieron lugar a la*

insubsistencia, bien de que la decisión de desvinculación obedeció a la facultad discrecional del Personero Municipal, frente a un cargo de libre nombramiento y remoción.

- ♣ *Conforme a la certificación obrante en el expediente, la administración aceptó la renuncia de quienes, para ese entonces fungían como Personeros Delegados para:* ***i)*** *servicios públicos, medio ambiente y desarrollo urbano;* ***ii)*** *asuntos penales;* ***iii)*** *asuntos presupuestales, contratación y participación comunitaria y,* ***iv)*** *familia, derechos de la infancia y la adolescencia. Empero, ello resulta insuficiente para demostrar una causa común alejada del buen servicio.*

19. En esos términos, consideró que no se recaudaron en el proceso medios de convicción que acreditaran la desmejora en la prestación del servicio público que se aduce en la demanda, ni mucho menos, demostraran la existencia de móviles ocultos en la desvinculación de la demandante que viciaran de nulidad la Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016 expedida por el Personero Municipal de Tunja.

20. De modo, que al advertir que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

21. Inconforme con la decisión de primera instancia, la ***parte demandante*** *presentó recurso de apelación (ff. 575 a 577), al considerar que, si bien, el a quo realizó un estudio riguroso de los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con la competencia discrecional para efectuar la desvinculación en empleos de libre nombramiento y remoción, "desconoció que debía primar el interés general de la ciudadanía Tunjana" (f. 577).*

22. Aseguró que, el a quo omitió tener en cuenta que el fenómeno de desviación de poder puede presentarse, aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional"(…), pues tal exención no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; ya que con el interrogatorio de parte que sostuvo la actora en audiencia; manifestó que previa a la expedición del acto acusado el entonces Personero, le había solicitado ***la renuncia*** *por consiguiente, se ha debido tener en cuenta que el retiro hubiera estado inspirado en razones del bien servicio; situación fáctica que no ocurrió (…)" (f. 575) – Negrilla del original –.*

*23. Asimismo, que la entidad demandada transgredió el contenido del artículo 32, numeral 9° de la Ley 136 de 1994, "por cuanto la facultad para establecer funciones en las personerías, recae en el Concejo Municipal" (f. 575). De modo, que el Personero Municipal al asignar nuevas funciones a los personeros delegados, diferentes a las consignadas en el respectivo acuerdo municipal: **i)** inaplicó normas de rango constitucional y, **ii)** usurpó las competencias propias de la Corporación Edilicia. Al respecto, explicó:*

> *"(…) A quien le corresponde dictar la norma para el funcionamiento de la personería? ¿quien era el competente para ajustar el manual de funciones de la personería una vez declarada insubsistente SANDRA MILENA DÍAZ AMAYA? Las respuestas a todos estos interrogantes no puede ser otra que **el Concejo Municipal de Tunja,** por lo que el Personero Municipal no podía establecer las funciones al personal de su dependencia, como lo hizo cuando resolvió de forma temporal, las funciones de la delegada en derechos humanos con funciones penales código 040 grado 06 a los demás Personeros delegados y sin embargo, posteriormente a ello, nombra al Señor **GERMÁN DARIO GARCÍA AVENDAÑO** como Personero Delegado en Derechos Humanos con funciones penales código 040 grado 06, lo que evidenció la desviación de poder a la declaratoria de insubsistencia de **SANDRA MILENA DÍAZ AMAYA**, pues, no hay lugar a dudas que existió presión de carácter político-administrativo ejercida por algunos Concejales sobre el entonces Personero, lo cual se vio reflejada en la decisión tomada por éste frente al caso del acto acusado (…)" (f. 576) – Negrilla del original, subraya la Sala –.*

24. De otra parte, que se dejó de examinar en la primera instancia que, como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia de la actora, la Personería Municipal de Tunja no pudo cumplir con la estadística de atención a la población vulnerable, que por su condición requería atención urgente, "quedando sin continuidad después del 26 de mayo de 2016" (f. 576).

25. Súmese a lo anterior, que el acto acusado entregó un elemento de legalidad apenas aparente, pues en el fondo, excluyó el contenido del Acuerdo Municipal No. 009 de 20 de agosto de 2013 que tuvo como fundamento los Acuerdos 020 y 047 de 1995, en relación con los cuales, esgrimió:

> *"(…) que establecieron en la planta de personal y su funcionalidad la delegada para derechos humanos y que posteriormente con el Acuerdo 022 de 1998 modificó la denominación de los cargos y estableció el organigrama conforme a la implementación de la planta de personal la cual quedó conformada por 16 funcionarios, mediante Acuerdo 05 de 1999, modificatorio del Acuerdo 022 de 1998, se adoptaron los grados correspondientes de conformidad a lo dispuesto sobre la materia por la nueva normatividad y siguiendo los lineamientos del Departamento Administrativo de la Función Pública, El Acuerdo 034 del 3 de agosto de 2001 dicto las normas sobra (Sic) la organización y funcionamiento de la Personería Municipal y estableció su estructura con el Acuerdo municipal 0026 del 30 de diciembre de 2010, la creación de un empleo de Personero Delegado para la proyección de los derechos de la Familia la Infancia y la Adolescencia y se hace reclasificación*

> *de las escalas de remuneración correspondiente, a algunos cargos de la Planta de Personal de la Personería Municipal de Tunja (…)" (f. 577).*

26. En esa línea, aseveró que la entidad demanda no logró acreditar las razones del buen servicio que dieron lugar a la expedición del acto administrativo demandado; y anotó que, con el contenido de la decisión administrativa en comento, se ignoró lo preceptuado por la Corte Constitucional en sentencia C-031 de 1995, esto es, que dentro de la facultad discrecional, de acuerdo a la complejidad y variación de los factores de cada asunto, se debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, atendiéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos al libre capricho.

27. Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia apelada, y en su lugar, conceder las súplicas de la demanda.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso de apelación:

*28. El **11 de diciembre de 2019**, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y, se ordenó la notificación al Ministerio Público delegado ante esta Corporación. (f. 583 c2).*

4.2. Alegatos de conclusión:

*29. Mediante auto de **21 de febrero de 2020** (f. 591 c2), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, con el propósito de que presentaran sus alegatos en forma escrita[4].*

4.2.1. Parte demandante (ff. 593 a 597 c2):

30. Se refirió sucintamente a los cargos esbozados en el recurso de alzada, y agregó que:

- *La decisión de retiro adoptada por la entidad demandada no tuvo como fin último la mejora en la prestación del servicio público, en tanto, los procesos que se encontraban a cargo de la señora Díaz Amaya presentaron múltiples inconvenientes. Así, el testigo Julio Roberto Muñoz Núñez adujo en relación*

[4] *Esto, de conformidad con el numeral 4º del artículo 247 del CPACA.*

con el trámite judicial de su interés (acción popular), que evidentemente "se vio afectado con la demora" (f. 594), acaecida a partir del mes de mayo de 2016.

- *Se encontró acreditado que la demandante contaba con una excelente hoja de vida, así como con la experiencia e idoneidad para desempeñar el cargo de Personera Delegada en Derechos Humanos con Funciones Penales. Tan es así, que en los más de 8 años que prestó sus servicios en favor de la entidad demandada, "hizo que se ganara espacio con las comunidades en distintos frentes sociales para desempeñar funciones de política pública" (f. 595).*

- *Fue gracias al trabajo de la actora, que la entonces personera municipal advirtió la necesidad de crear la delegatura en derechos humanos y presentó ante concejo municipal el proyecto del Acuerdo No. 009 de 2013.*

- *De acuerdo con la declaración de la testigo Doris Mabel Riaño, los motivos que antecedieron la declaratoria de insubsistencia de la actora no guardaron relación con el mejoramiento en la prestación del servicio; por cuanto, desde el momento en que el personero municipal hizo empalme con su antecesora, tenía la intención de solicitar la renuncia a la demandante.*

- *En voces de la entidad demandada, la desvinculación de la actora obedeció a la austeridad del gasto. Luego, no se entienden las razones por las cuales: **i)** se nombró a Germán Darío García Avendaño "**desempeñando la misma función de SANDRA MILENA**" (f. 595), y **ii)** el Concejo Municipal de Tunja nunca conoció un proyecto de acuerdo sobre la situación financiera de la personería.*

- *La crisis financiera alegada no configura una justa causa para declarar la insubsistencia del nombramiento de la señora Díaz Amaya.*

- *La necesidad de motivar los actos administrativos se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario, especialmente cuando de actos meramente discrecionales se trata.*

31. Por lo demás, destacó que se encontró acreditado al interior del sub judice que el acto administrativo demandado fue expedido con desviación de poder, e insistió en su solicitud de revocar el fallo apelado.

4.2.2. Parte demandada (ff. 598 a 602 c2):

32. Luego de examinar lo relacionado con los cargos de apelación formulados por la recurrente, así como el estudio jurisprudencial realizado por el fallador de primer

*grado, aseveró que, de los medios de convicción arrimados al proceso no se extrae que el acto administrativo acusado se encuentre afectado por los vicios de nulidad alegados en la demanda, a saber: **i)** desviación de poder y, **ii)** violación directa de la ley.*

33. Asimismo, que contrario a lo manifestado por la demandante, de los artículos 32, 168 y 178 de la Ley 136 de 1994, se extrae con claridad que a los personeros municipales "les competen (Sic) direccionar el funcionamiento de la entidad, desde expedir todos los actos administrativos, entre otros, ajustar el manual de funciones, rediseñar la institución, redistribuir funciones y en especial la potestad nominadora del personal de la entidad" (f. 601).

34. Que, a partir de las declaraciones rendidas por los testigos Doris Mabel Riaño y Adriana del Pilar Vargas se corrobora, de una parte, que el cargo de Personera Delegada en Derechos Humanos con Funciones Penales era de libre nombramiento y remoción, y de otra, que el personero municipal se tomó el tiempo requerido para seleccionar la hoja de vida de quien sería nombrado en reemplazo de la ahora demandante, por reunir la totalidad de los requisitos establecidos en el Acuerdo 009 de 2013, en concordancia con el manual de funciones de la personería.

35. Finalmente, que sin perjuicio de lo expuesto por el testigo Julio Roberto Núñez, lo cierto es que, tal como quedó probado, al redistribuir las funciones que se encontraban a cargo de la ahora demandante, el caso de su interés fue asignado a la Personera Delegada en Derechos Humanos quien lo atendió de manera oportuna.

36. En ese orden de ideas, requirió confirmar en todas sus partes la sentencia objeto de recurso, e insistió que no se logró enervar la presunción de legalidad del acto enjuiciado.

***4.2.3. Ministerio Público:** No rindió concepto.*

V. CONSIDERACIONES

*37. Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la **parte demandante** contra la sentencia de primera instancia proferida el **24 de julio de 2019** por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.*

5.1. De la competencia del juez de segunda instancia:

38. El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

> *"(…) **Artículo 328. Competencia del superior.***
>
> *El juez de segunda instancia **deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante**, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*
>
> *Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*
>
> *En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*
>
> ***El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.***
>
> *En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (…)" - Negrilla fuera del texto original -.*

*39. De ese modo, el superior **no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada**, tal como lo sostuvo la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, al señalar:*

> *"(…) De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «…únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». **En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.** Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007[5]:*
>
> > *"Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, **la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia.** En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente".*
>
> ***Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política.** Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:*

---

[5] Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

> *"En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar **sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia**. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la "reformatio in pejus", según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia"*[6].
>
> *"En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la "prohibición" de la reformatio in pejus"*[7] *(…)"*[8] *- Negrilla fuera del texto original -.*

*40. Así las cosas, la competencia del superior se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de non reformatio in pejus el cual protege la situación **del apelante único**, para que **no se haga más gravosa su situación.***

41. Bajo los anteriores parámetros entonces, será estudiado el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

5.2. De la inclusión de un argumento nuevo en el recurso de alzada:

42. Sostuvo la recurrente, que el fallador de primer grado pasó por alto que como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia cuya nulidad se depreca, la Personería Municipal de Tunja no pudo cumplir con la estadística de atención a la población vulnerable que requería atención urgente. Al tenor literal, expuso:

---

[6] Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.
[7] Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.
[8] Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

> *"(…) El A-QUO, omitió tener en cuenta que con la declaratoria de insubsistencia de la actora, la PERSONERÍA MUNICIPAL DE TUNJA,* ***no pudo cumplir con la estadística*** *de atención a la población desplazada en la ciudad de Tunja y que por las circunstancias de desplazamiento forzado, despojo o abandono forzado de tierras, sino también homicidio, secuestro, tortura, desaparición forzada, reclutamiento de menores, minas antipersona y delitos contra la libertad sexual (…) quedando sin continuidad después del 26 de mayo de 2106 (Sic)" (f. 576) – Negrilla del texto original –.*

43. No obstante, revisado minuciosamente el expediente, no se advierte que la parte actora haya señalado este hecho, ni que lo haya sustentado de manera precisa en la demanda. Si bien manifestó que, con ocasión de la expedición del acto administrativo acusado, las funciones que se encontraban a su cargo fueron redistribuidas a los demás personeros delegados, con lo cual la entidad demandada desmejoró la calidad en la prestación del servicio público a su cargo; lo cierto es que ello configura una afirmación general que ***no atina en concreto al hecho esgrimido en la segunda instancia.***

44. Recuérdese que, la oportunidad que tiene el demandante para exponer los hechos que considera pertinentes para lograr la prosperidad de sus pretensiones es la demanda, más no el recurso de apelación. De ese modo, no puede la actora introducir en esta instancia, hechos que no fueron expuestos en el primer grado y adicionarlos, cuando aquellos lógicamente, conforme al diseño procesal del caso, no pudieron ser objeto de análisis por parte del a quo, ni mucho menos de contradicción por la parte demandada.

45. Entonces, pese a que el juez de la segunda instancia al decidir la apelación, está sujeto a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada, aquellos deben estar en concordancia con lo decidido en la providencia que se examina[9]*, luego "(…) queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción,* ***viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora****."*[10]***-*** *Negrilla fuera de texto original -.*

46. Por tal razón, la Sala ***no se ocupará de resolver el nuevo reproche propuesto por la actora, pues tal situación vulneraría el derecho al debido***

---

[9] *Sentencia de 7 de mayo de 2015, sentencia de 8 de junio de 2016, radicación 2006-00234, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.*
[10] *Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01785-01(18580) Actor: CEMEX COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LUIS*

***proceso y de contradicción de la parte demandada**. La presente decisión se circunscribirá **exclusivamente** a pronunciarse sobre los razonamientos en que se funda la impugnación y, que tengan correspondencia con los motivos de hecho y de derecho expuestos en libelo de la demanda.*

5.3. Del tema de la apelación:

*47. En los términos que motivan la alzada, corresponde a la Sala dilucidar si debe revocarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. Para ello, atañe determinar la legalidad de la **Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016** expedida por el Personero Municipal de Tunja, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Sandra Milena Díaz Amaya en el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06.*

*48. Desde ahora, se dirá que no existe discusión en esta instancia respecto a la naturaleza del empleo ocupado por la ahora demandante, pues como lo advirtió el fallador de primer grado, y además fue admitido por las partes en contienda, corresponde a uno de **libre nombramiento y remoción**.*

*49. En ese orden, bastará señalar que el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 consagró que los empleos de los organismos y entidades por aquella regulados (artículo 3), son de carrera administrativa, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que correspondan, entre otros, al criterio de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implique la adopción de políticas o directrices. Ejemplo de ello, para el caso de la Administración Central y Órganos de Control del Nivel Territorial, son los **Personeros Delegados.***

50. Así, obra a folios 170 a 187, copia del Acuerdo No. 0009 de 20 de agosto de 2013 expedido por el Concejo Municipal de Tunja "Por medio del cual se modifica la Planta de Personal de la Personería Municipal de Tunja, se establecen los requisitos y funciones generales de los cargos y se dictan otras disposiciones", que en su artículo tercero dispuso la creación del mencionado cargo en la planta de personal de la Personería de Tunja, en los siguientes términos:

> *"(…) **Artículo 3.** Créense los siguientes cargos en la Planta de Personal de la Personería de Tunja, así:*
>
> *Adscritos al despacho del Personero Municipal: Un (1) Personero Delegado en Derechos Humanos con funciones penales, Nivel Directivo, Código 40, Grado 6; Un (1) Profesional Especializado con funciones jurídicas y de*

> *contratación, Nivel Profesional Código 222, Grado 5, Un (1) Secretario Ejecutivo, Nivel Asistencial, Código 425, Grado 10; Un (1) Conductor, Nivel Asistencial, Código 482. Cargos todos cuya naturaleza es de Libre Nombramiento y Remoción (…)" (f. 172) – Destaca la Sala –.*

51. Luego, no cabe duda para esta instancia, que el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06, ocupado por la ahora demandante, corresponde a uno de ***libre nombramiento y remoción****, máxime porque sus labores requerían de la plena confianza del nominador*[11]*.*

5.3.1. De la desviación de poder:

52. En el sub judice, la demandante insiste en sede de alzada, que el acto administrativo que la retiró del servicio se produjo con motivos desviados u ocultos.

53. El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", establece:

> *"(…) Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*
>
> ***a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.***
>
> *(…)*
>
> *PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*
>
> ***La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado**." (Negrilla fuera del texto original)*

54. Así, tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción, al nominador le está permitido disponer libremente de su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. Es decir, que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia libre de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

---

[11] *Funciones vistas en la resolución No. 224 de 10 de septiembre de 2013, suscrita por la entonces Personera Municipal de Tunja, vista a folios 291 y 292 del expediente.*

55. No obstante, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que dicha discrecionalidad en el ejercicio de la potestad nominadora, debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de ***racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad****, por cuanto, el poder jurídico de la competencia para decidir, debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general como fin último de la administración. Así, ha identificado el* ***Máximo Tribunal Constitucional c****omo límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes:* ***a)*** *que exista una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente;* ***b)*** *que su ejercicio sea adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y* ***c)*** *que la decisión sea proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

56. Consecuentemente, establece el artículo 44 del CPACA 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****"- Destaca la Sala –, lo cual, supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo que, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.*

57. De otra parte, la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de ***6 de abril de 2017****, proferida con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del proceso con radicación número 27001-23-31-000-**2011-00088**-01, explicó el* ***fenómeno de desviación de poder*** *como causal de nulidad de los actos administrativos, incluidos los expedidos en ejercicio de una facultad discrecional, de la siguiente manera:*

> *"(…) La jurisprudencia y la doctrina[12] clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.*
>
> ***Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, éstos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.***

---

[12] Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en "Le grands arrêts de la jurisprudence administrative" 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35.

> *Esta Corporación 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****.*[13] *"*
>
> ***Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido 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 (…)" Resaltado fuera de texto.*

58. De suerte, que la desviación de poder se configura como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, y se reconoce cuando se está ante la presencia de una ***intención particular, personal o arbitraria*** *de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un* ***fin opuesto*** *a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio*[14]*. Esto, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable porque a simple vista en el mismo no se vislumbre la violación primaria de la ley, por reunir las formalidades propias que le son exigibles y ser proferido por el funcionario competente*[15]*.*

*59. Ha advertido igualmente el Consejo de Estado, que l****a 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 asumen la representación de la administración****; lo que, a su vez, implica la demostración del* ***iter desviatorio*** *para quien la alega como causal de anulación. De modo, que "****debe*** *aparecer* ***acreditado fehacientemente*** *que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa*

---

[13] *Sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.*
[14] *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.*
[15] *GÓMEZ, Gustavo. Derecho Administrativo. Segunda Edición. Bogotá D.C.: ABC Editores Librería Limitada, 2004, p. 415 - 420.*

adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar"[16].

60. En el sub judice, la recurrente asegura que el a quo omitió tener en cuenta que el fenómeno de ***desviación de poder*** *puede presentarse, aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional como el enjuiciado, "pues tal exención no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; ya que con el interrogatorio de parte que sostuvo la actora en audiencia; manifestó que previa a la expedición del acto acusado el entonces Personero, le había solicitado* ***la renuncia*** *por consiguiente, se ha debido tener en cuenta que el retiro hubiera estado inspirado en razones del bien servicio; situación fáctica que no ocurrió (…)" (f. 575) – Negrilla del original, subraya de la Sala –.*

61. Sobre el particular, debe indicarse que tal como se mencionó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción, se caracteriza por su ausencia de motivación al tratarse de una decisión ***revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio****. Luego, es* ***deber*** *de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio, sino unos diferentes a los previstos por el legislador, que obedecen de alguna manera a un propósito particular, personal o arbitrario.*

62. Razonablemente, la apreciación de los medios de prueba que sean allegados al expediente debe brindar al juez un nivel de convicción tal sobre la multiplicidad de factores que estructuran la desviación de poder, que le permita desvirtuar la legalidad del acto administrativo de insubsistencia, en tanto que aparezca una divergencia entre lo formalmente declarado en él y la voluntad real de la administración, pues ***la sola alegación no es suficiente para destruir la validez de la libertad de juicio inherente a la potestad discrecional que la ley le otorga al nominador en estos casos.***

63. De ese modo, para lo que interesa al caso concreto y conforme lo establece el artículo 167 del CGP, es claro que corresponde a la parte actora ***probar los hechos que alega a su favor para la consecución del derecho reclamado.*** *Esto es, demostrar:* ***i)*** *que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional que la retiró del servicio no fue la de mejorar la prestación del mismo, sino que*

---

[16] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 21 de junio de 2018, radicación 25000-23-42-000-2012-01092-01(2637-14) C.P. Gabriel Valbuena Hernández.*

*obedeció a un motivo eminentemente personal o, **ii)** que, si bien el acto fue expedido en desarrollo de un interés público, no se trató de aquel para el cual le fue conferida la competencia a quien lo expidió, en este caso, el personero municipal.*

*64. Establecido lo anterior, dirá la Sala desde ahora que, **analizada la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos en el recurso de apelación,** deviene que el plenario es huérfano de pruebas que acrediten de manera fehaciente cualquiera de las situaciones descritas por la accionante como demostrativas del vicio de desviación de poder alegado.*

*65. Según se observa, el material probatorio allegado por la actora, se limita a: **i)** el acto administrativo de insubsistencia (f. 45), **ii)** la certificación de funciones expedida por la Personería Municipal de Tunja (ff. 46 a 57), **iii)** los documentos que acreditan su formación profesional (ff. 58 a 62), **iv)** las órdenes médicas de consulta externa, procedimientos quirúrgicos, terapias físicas e incapacidades derivados todos del diagnóstico de "MENISCO DISCOIDE (CONGENITO)" y "OTRAS LESIONES ARTICULADAS ESPECIFICADAS" (ff. 63 a 69), **v)** el certificado médico ocupacional de egreso (f. 70) y, **vi)** el oficio de 11 de marzo de 2016 dirigido al Personero de Tunja[17] (f. 74); documentos que, analizados en su conjunto, nada sugieren en relación con los móviles desviados u ocultos que, a su juicio, dieron lugar al retiro del servicio.*

*66. Asimismo, en la audiencia de pruebas celebrada el **26 de octubre de 2017** (ff. 534 a 540), se recibieron las declaraciones de las siguientes personas: **i)** Adriana del Pilar Vargas Martínez (DVD-R f. 541 Min. 00:06:45 a 00:33:20), **ii)** Julio Roberto Muñoz Núñez (DVD-R f. 541 Min. 00:38:24 a 00:52:03) y, **iii)** Doris Mabel Riaño Mahecha (DVD-R f. 541 Min. 00:56:10 a 01:33:40), las cuales fueron analizadas de manera conjunta con las pruebas documentales allegadas, en tanto, su imparcialidad o credibilidad no fue tachada de acuerdo con lo previsto en el artículo 211 del CGP[18]. Sin embargo, no acreditaron los elementos exigidos en la normativa aplicable para que se configure una desviación de poder, pues como lo consideró el fallador de primer grado, dan cuenta, bien del desconocimiento de las razones específicas que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia, bien de que la decisión de*

---

[17] *Con el fin de comunicarle la programación de la cirugía de "remodelación de menisco medial y condroplastia de abrasión para zona patelar por artroscopia" prescrita a la demandante.*
[18] *ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*
La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

desvinculación obedeció a la facultad discrecional del personero municipal, frente a un cargo de libre nombramiento y remoción.

67. De manera que, los argumentos por aquellos expuestos, no constituyen prueba, ni motivos para concluir per se, que existió desviación o abuso de poder por parte de la autoridad nominadora y que el acto demandado es contrario a derecho.

68. Contrario sensu, lo anterior lleva a considerar que la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia de la actora fue adecuadamente utilizada por el Personero Municipal de Tunja, pues se itera, conforme a la prueba obrante en el proceso, no existen indicios serios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador.

69. Debe recordarse que, la prueba es una carga que "(…) consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos"[19]. Así, sobre este tema se ha expresado el Consejo de Estado[20], en los siguientes términos:

> *"(…) La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto"*21. *La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede*

---

[19] PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: "Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables." Ídem. Pág. 406
[20] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 11001031500020060130800.
[21]Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 11001031500020060130800: "HINESTROSA, Fernando, Derecho Civil Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180."

> *obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.*
>
> *"Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—."*

70. De modo, que la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes[22]*; al punto que su contenido material está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar, frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.*

---

[22] *"La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica.* CARNELUTTI *dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas." (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)*

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. La carga de la Prueba. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.1961., pág. 60. Al respecto afirma: 'La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma".

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: "Aunque no se puede hablar de un ***deber*** *de probar, sino sólo de una* ***necesidad*** *o* ***carga,*** *puesto que la falta de prueba da lugar a una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba.' CHIOVENDA, Giuseppe. Curso de derecho Procesal Civil. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.*

71. Entonces, si la actora consideraba que la decisión que dispuso su desvinculación de la Personería Municipal de Tunja, fue expedida con desviación de las atribuciones propias de quien la profirió, tenía la carga de allegar todos los elementos probatorios necesarios para acreditar dicha circunstancia, ***sin estarse únicamente a su parecer.***

72. Ahora, concretamente se lee en el escrito de demanda, que en criterio de la señora Díaz Amaya, "la decisión que se tomó por parte del PERSONERO MUNICIPAL fue arbitrario, ya que se desdibuja una facultad discrecional por el pago de una suma de dinero que debía pagar la actora al Concejal que la respaldaría durante los cuatro años" (f. 23). Argumento, que además es reiterado en el recurso de alzada al señalar que "existió presión de carácter político- administrativo ejercida por algunos Concejales sobre el entonces Personero".

73. No obstante, conforme se ha indicado, revisado el expediente no se observa medio de convicción alguno que pruebe que el acto administrativo cuestionado haya sido materializado arbitrariamente o con fines distintos a la mejora del servicio; ni mucho menos que acredite los argumentos de móviles políticos que, a juicio de la actora, dieron origen a la decisión de retiro.

74. De suerte, que aun cuando resultaba indispensable que se probara la relación de causalidad entre los hechos indicativos de la supuesta desviación de poder y el acto de insubsistencia, la parte demandante se limitó a decir que la ***Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016*** *materializa un ejercicio arbitrario de una potestad discrecional, bajo el entendido que si bien la demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad de la que gozaba el empleador para decidir libremente sobre su vinculación, permanencia y retiro, no podía incurrir en arbitrariedad por desviación de poder, como en efecto lo hizo.*

75. De otra parte, no se pasa por alto que la demandante sugirió en el escrito contentivo del recurso de apelación, que, de manera previa a la expedición del acto administrativo acusado, el personero municipal le solicitó su renuncia, lo cual, a su juicio: ***i)*** *indica que el retiro estuvo inspirado en razones diferentes al buen servicio y,* ***ii)*** *representa una de las formas más comunes de deviación de poder.*

76. Al respecto, lo primero a señalar es que si bien dicha circunstancia no fue advertida en el líbelo introductorio; si fue presentada y expuesta en la primera instancia, por lo cual, conforme al diseño procesal del caso, bien pudo ser objeto de análisis por parte del a quo y de contradicción por la parte demandada. Así, se

advierte en la declaración rendida por la demandante en el interrogatorio de parte, lo siguiente:

> *"(...) **Preguntado**: Sandra, indíquenos a esta audiencia si conoce usted las razones por las cuales la Personería Municipal de Tunja, decidió adoptar la decisión administrativa cuya declaratoria de nulidad se pretende en este proceso. **Contestó:** Pues, tanto como conocerlas ... no las conozco. En mi criterio personal fue una situación que no buscaba la mejora en el servicio y que desconocía mis derechos fundamentales, ya que el personero no puede negar, que él conocía mi situación, era evidente, estaba en muletas, varias veces le comuniqué, e incluso no radiqué el tema de las terapias, porque una vez entro, duro como 2 días trabajando y me notifica la insubsistencia, pese a que me había dicho que él me permitía pasar la rehabilitación y ahí si sacarme. **Preguntado**: Según respuesta que nos acaba de indicar, ¿el personero textualmente así se lo manifestó? ¿que una vez terminara usted su rehabilitación, salía de la personería? **Contestó:** Sí señor. Lo que pasa es que a todos les pidieron la renuncia antes de que el llegara. Incluso, ni siquiera conocía el trabajo de nadie, y él dijo que necesitaba las renuncias de todos sobre la mesa, y yo desde ese momento, pues empecé a recoger todos los documentos que tenía de procedimiento que estaba pendiente, y por eso, una vez el entró, radiqué las ordenes médicas que tenía y la fecha de programación de la cirugía. Entonces, él me dijo que, que pues obviamente, él iba a esperar que yo me hiciera la cirugía, y una vez entré de la cirugía y de la incapacidad, el me volvió a llamar al despacho y yo hablé con él. Él me dijo, renúncieme, no sé qué, y yo le dije que no, que yo no podía renunciarle porque sabía que la renuncia tenía efectos por un mes, que él tenía que aceptármela dentro del mes siguiente, entonces, que obviamente yo no me iba a recuperar en 1 mes, entonces yo le dije que me dejara hasta julio y que ahí sí. O si no, pues que tomara la decisión que el a bien tuviera, y él me dijo que me iba a dejar hasta julio (...)" (Min. 01:37:22 a 01:39:45 - CD f. 541) – Destaca la Sala –.*

*77. Sobre el particular, lo único que se dirá es que ha señalado en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, que la solicitud o insinuación de renuncia a los funcionarios o empleados que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza, **no afecta la legalidad de los actos de retiro**, pues dicha facultad obedece a la oportunidad que la ley les otorga a los nominadores, de reorganizar el servicio mediante el cambio de sus subalternos[23]**.** En efecto, ha precisado que quien ocupa un cargo del nivel directivo o asesor, sin estar amparado por los derechos que confiere la carrera administrativa ni por algún otro sistema o fuero de estabilidad, se encuentra bajo el imperio de una potestad discrecional de libre nombramiento y remoción y, en consecuencia, en una situación de confianza distinta de la que se advierte en los demás niveles de la administración. Así, en sentencia de **10 de mayo de 2007**. Rad. 0322-2005 (M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante), la Alta Corporación sostuvo:*

> *"(...) La jurisprudencia de la Sala ha sido uniforme en señalar que la renuncia solicitada a los titulares de determinados Cargos (...), es válida, puesto que*

[23] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: César Palomino Cortés Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00417-01(2805-13).*

> *ella obedece a la facultad que tiene el nominador de integrar los cuadros en la cúpula administrativa en determinada entidad, para el cumplimiento de las metas tendientes a garantizar un adecuado servicio público**. La insinuación de la renuncia en dicho nivel, se convierte en un mecanismo acorde a la investidura de tales cargos, busca evitar el retiro por insubsistencia, que no es de común ocurrencia en esos destinos y se repite, no se presenta desvío de poder en la solicitud de renuncia** (...), dicho proceder se justifica por el rango y atribuciones que demanda la función administrativa en el cumplimiento de los fines del Estado. (...) – Destaca la Sala –.*

78. Luego, se colige sin mayor esfuerzo, que la insinuación en la presentación de la renuncia en lo atinente a los cargos de libre nombramiento y remoción, que en sede de alzada aduce la actora como indicativo de desviación de poder, no puede considerarse, per sé, ilegal, por cuanto, obedece a la naturaleza misma del cargo y a la posibilidad que tiene el nominador, tanto para conformar su equipo de trabajo, como de permitir a quien deja el cargo una salida decorosa, ajena a cualquier connotación negativa que ello pueda ocasionar[24].

79. Adicionalmente, no puede dejarse de lado que lo demandado en este proceso no es un acto de aceptación de renuncia, sino un acto de insubsistencia, luego el análisis no puede avanzar a determinar la legalidad de una actuación administrativa que no se concretó y que, en todo caso, no se presenta como un indicio necesario sino contingente que, sin duda, exigía un esfuerzo probatorio que, para este plenario, no se agotó. Dicho de otra forma, no se encuentra la prueba que conduzca a determinar que, no haber presentado la renuncia fue la razón de la declaratoria de insubsistencia, aún más, ello no es lo que se afirma en la demanda, luego aquellos actos de aceptación de renuncia aportados al plenario, no coadyuvan probatoriamente la desviación de poder aducida en la demanda.

80. Por todo lo anterior, considera la Sala que las pruebas allegadas no se estiman suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado a partir de la causal de nulidad alegada, es decir, la desviación o abuso de poder por razones políticas o intereses personales del personero municipal. Razón está por la cual, el cargo formulado en ese sentido no está llamado a prosperar.

81. Asimismo, se dirá que no le asiste razón a la recurrente en señalar que el fallador de primer grado pasó por alto que el fenómeno de desviación de poder puede presentarse aún en actos administrativos de carácter discrecional, pues de la lectura atenta de la providencia objeto de recurso, se desprende con claridad que, a más de

---

[24] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01093-01(0738-14).

eso, lo que ocurrió fue que previo el análisis detallado del caso, no encontró los elementos de juicio necesarios para predicar la existencia de la glosada causal de nulidad en el caso concreto.

5.3.2. De la redistribución de funciones a cargo de la actora:

82. Asegura la recurrente que la entidad demandada transgredió el contenido del artículo 32, numeral 9° de la Ley 136 de 1994, "por cuanto la facultad para establecer funciones en las personerías, recae en el Concejo Municipal" (f. 575). A su juicio, el Personero Municipal al asignar nuevas funciones a los personeros delegados, diferentes a las consignadas en el acuerdo municipal respectivo: ***i)*** *inaplicó normas de rango constitucional y,* ***ii) usurpó las competencias propias de la Corporación Edilicia****. Al respecto, explicó:*

> *"(…) A quien le corresponde dictar la norma para el funcionamiento de la personería? ¿quién era el competente para ajustar el manual de funciones de la personería una vez declarada insubsistente SANDRA MILENA DÍAZ AMAYA? Las respuestas a todos estos interrogantes no puede ser otra que* ***el Concejo Municipal de Tunja,*** *por lo que el Personero Municipal no podía establecer las funciones al personal de su dependencia, como lo hizo cuando resolvió de forma temporal, las funciones de la delegada en derechos humanos con funciones penales código 040 grado 06 a los demás Personeros delegados y sin embargo, posteriormente a ello, nombra al Señor* ***GERMÁN DARIO GARCÍA AVENDAÑO*** *como Personero Delegado en Derechos Humanos con funciones penales código 040 grado 06, lo que evidenció la desviación de poder a la declaratoria de insubsistencia de* ***SANDRA MILENA DÍAZ AMAYA****, pues, no hay lugar a dudas que existió presión de carácter político-administrativo ejercida por algunos Concejales sobre el entonces Personero, lo cual se vio reflejada en la decisión tomada por éste frente al caso del acto acusado (…)" (f. 576) – Negrilla del original, subraya la Sala –.*

83. Sobre este punto, habrá que recordar que como lo ha sostenido pacíficamente el Consejo de Estado, no puede el juez de la segunda instancia abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero que no hacen parte del concepto de violación del libelo, o que la sentencia de primera instancia no haya estudiado.

84. Lo anterior, en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y defensa, así como de la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada, el concepto de violación de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de la misma, los cuales imponen que ***al apelante le esté vedado exponer en el recurso de apelación hechos, cargos y presentar pretensiones nuevas que no alegó ni en la demanda ni en la contestación.*** *Si lo hace,* ***el ad-quem no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches****, pues es su deber*

salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de las partes del proceso.

*85. Tal como se anunció, **en sede de alzada** la hoy demandante expuso como norma violada el artículo 32, numeral 9° de la Ley 136 de 1994, al discurrir que el Personero Municipal al asignar nuevas funciones a los personeros delegados, diferentes a las consignadas en el acuerdo municipal respectivo, usurpó las competencias propias de la Corporación Edilicia del ente territorial.*

86. No obstante, revisado el expediente, se observa que dicha norma no fue invocada en el concepto de violación del escrito petitorio, lo que se traduce, en que se trata de un supuesto que no fue planteado desde la primera instancia; y que, de haberlo hecho, seguramente hubiera dado lugar a una defensa diferente y, por supuesto, a un debate probatorio disímil. Razón ésta por la cual, en sintonía con lo mencionado, realizar un análisis al respecto en esta oportunidad procesal, resultaría violatorio del derecho al debido proceso de la entidad demandada, que, por obvias razones, no tuvo la oportunidad de refutar el aserto ahora esgrimido.

87. Con todo, en la medida en que el argumento que soporta el concepto de la violación de la norma que ahora se invoca, refiere fundamentalmente un aspecto que si fue objeto de debate en la primera instancia, este es, el relacionado con la redistribución de funciones que realizó el entonces personero municipal con ocasión de la desvinculación del servicio de la ahora demandante, considera necesario la Sala precisar, que a más de generar una variación o modificación en el manual de funciones de la entidad, el proceder del Personero Municipal de Tunja constituyó una medida forzosa para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público a su cargo.

88. Y es que, como quedó acreditado, el empleo de libre nombramiento y remoción que ocupaba la demandante, no fue provisto de manera inmediata a la declaratoria de insubsistencia, por lo cual, era apenas de esperarse, que, en ejercicio de su autonomía administrativa, el representante legal del ente de control adoptase las medidas que advirtiera necesarias para evitar a toda costa la parálisis en la prestación del servicio público que le correspondía. Conducta que en nada riñe con la atribución otorgada a los concejos municipales en el numeral 8° del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, para organizar administrativamente las personerías y dictar las normas necesarias para su funcionamiento, la cual, básicamente comprende la facultad de precisar, de acuerdo con la Ley 909 de 2004, la naturaleza de sus

empleos, en concordancia con las pautas normativas establecidas en la referida ley y sus decretos reglamentarios.

89. Recuérdese que, una de las garantías de la autonomía administrativa congénita y más importante de todas las entidades, es la facultad de organizarse internamente de manera libre, vale decir, organizar sus propias dependencias, número de empleados, normas de funcionamiento interno, entre otros, lo que no descarta la posibilidad de distribuir o asignar funciones de manera transitoria con el fin de garantizar el buen servicio público.

90. Súmese a lo anterior, que mediante Acuerdo No. 0009 de 20 de agosto de 2013, el Concejo Municipal de Tunja facultó al personero municipal para expedir el manual específico de funciones y competencias de cada uno de los cargos de la planta global de la entidad, en el marco de los requisitos y funciones generales establecidas en el acuerdo, conforme a la organización interna, las necesidades del servicio y los planes y programas de la entidad.

91. Por lo anterior, no discurre esta Sala que la asignación temporal de funciones a los personeros demás delegados de la entidad, hasta tanto, se realizara el nombramiento del empleado llamado a reemplazar a la ahora demandante, constituya un vicio que afecte de manera cierta la legalidad del acto administrativo enjuiciado.

92. Por el contrario, evidencia lo acabado de enunciar, una medida administrativa tendiente a lograr que se prestara el servicio y, sea dicho que, los actos mediante los cuales se haya redistribuido o reasignado las funciones no son los que ahora se juzgan; en tales condiciones, mal puede avanzarse a considerar la ilegalidad del acto de insubsistencia por virtud de aquellos mediante los cuales se tomaron las medidas administrativas, no encuentra la Sala conexidad entre una y otra decisión que, entre otras cosas, no puede ser calificada como desviación de poder pues, recuérdese que, esta causal de nulidad deriva de la ***intención torcida previa al retiro****, que no de actuaciones posteriores y ajenas al acto de insubsistencia.*

93. En tal virtud, el cargo bajo estudio no está llamado a prosperar.

5.3.3. Del desconocimiento del Acuerdo No. 0009 de 20 de agosto de 2013 expedido por el Concejo Municipal de Tunja:

94. En criterio de la demandante, el fallador de primer grado omitió considerar que acto acusado entregó un elemento de legalidad apenas aparente, pues en el fondo, excluyó el contenido del Acuerdo Municipal No. 0009 de 20 de agosto de 2013 que

tuvo como fundamento los Acuerdos 020 y 047 de 1995, en relación con los cuales, esgrimió:

> *"(…) establecieron en la planta de personal y su funcionalidad la delegada para derechos humanos y que posteriormente con el Acuerdo 022 de 1998 modificó la denominación de los cargos y estableció el organigrama conforme a la implementación de la planta de personal la cual quedó conformada por 16 funcionarios, mediante Acuerdo 05 de 1999, modificatorio del Acuerdo 022 de 1998, se adoptaron los grados correspondientes de conformidad a lo dispuesto sobre la materia por la nueva normatividad y siguiendo los lineamientos del Departamento Administrativo de la Función Pública, El Acuerdo 034 del 3 de agosto de 2001 dicto las normas sobra (Sic) la organización y funcionamiento de la Personería Municipal y estableció su estructura con el Acuerdo municipal 0026 del 30 de diciembre de 2010, la creación de un empleo de Personero Delegado para la proyección de los derechos de la Familia la Infancia y la Adolescencia y se hace reclasificación de las escalas de remuneración correspondiente, a algunos cargos de la Planta de Personal de la Personería Municipal de Tunja (…)" (f. 577).*

95. Revisada la demanda, en el acápite correspondiente al concepto de violación, se lee en lo relacionado:

> *"(…) la entidad accionada, con la desvinculación de empleados que se encuentran desempeñando cargos de libre nombramiento y remoción modificó la planta de cargos de la entidad accionada, al omitir que la planta de personal fue reclasificada en el año 2013 mediante estudio técnico que conoció y aprobó el Concejo Municipal mediante Acuerdo.*
>
> *Con el acto administrativo acusado no se tuvo en cuenta la organización interna de la entidad, las necesidades del servicio, los planes y programas de la entidad, ni mucho menos la reestructuración que se hizo en el año 2013, en el que mediante acuerdo Municipal el cargo que venía desempeñando mi representada como incorporada en la planta global de la entidad (…)" (f. 25).*

96. A su turno, obra a folios 170 a 187 copia del Acuerdo No. 0009 de 20 de agosto de 2013 expedido por el Concejo Municipal de Tunja, en cuyas consideraciones generales se advierte:

> *"(…) Que existe la necesidad de modificar la planta de personal de la Personería de Tunja, con el propósito de cumplir con la amplia demandada de servicio que presenta actualmente, teniendo en cuenta el incremento de funciones que, por vía legal y reglamentaria, le han sido atribuidas, igualmente con el propósito de ajustarla a las normas técnicas establecidas en la Ley 909 de 2004 y los lineamientos del departamento Administrativo de la Función Pública.*
>
> *Que, conforme a la normatividad transcrita, la Personería Municipal de Tunja adelantó estudio de modernización institucional, de acuerdo a la guía expedida para tal fin por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual como resultado arrojó la necesidad de establecer una nueva planta de personal, en tal virtud se reclasificaran, se suprimirán, se crearan cargos, se redistribuirán funciones, se adoptará una escala salarial y los*

> *grados de remuneración, lo anterior con el propósito de cumplir de manera eficiente con los requerimientos de los usuarios.*
>
> *Que la Personería de Tunja entregó el estudio técnico al Concejo Municipal.*
>
> *Que, se cuenta con viabilidad presupuestal según presupuesto aprobado mediante Acuerdo Municipal No. 0034 del 12 de Diciembre del año 2012, Rubro Personería Municipal Código 2.1.4 y Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 201300076 de 17 de julio de 2013 correspondiente al rubro gastos de personal de la Personería Municipal de Tunja (…)" (f. 171).*

97. Por lo anterior, resolvió fundamentalmente lo siguiente:

1. *Reclasificar los cargos de Técnico Operativo, Código 314, Grado 04 y Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 14 de la Planta de Personal de la Personería de Tunja.*

2. *Nivelar salarialmente al nivel central de la administración, el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 12 de la planta de personal.*

3. *Crear los cargos de: **i)** Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 40, Grado 6; **ii)** Profesional Especializado con funciones jurídicas y de contratación, Código 222, Grado 5, **iii)** Secretario Ejecutivo, Código 425, Grado 10 y, **iv)** Conductor, Código 482.*

4. *Señalar la forma en que las funciones propias de la Personería de Tunja serían cumplidas por la planta de personal global y estructural*

5. *Precisar los requisitos y funciones generales de los cargos establecidos en la planta de personal.*

6. *Facultar al personero municipal para distribuir los cargos de la planta global mediante acto administrativo y ubicar el personal con fundamento en la organización interna, las necesidades del servicio y los planes y programas de la entidad.*

7. *Autorizar al personero municipal para expedir el manual específico de funciones y competencias de cada uno de los cargos, en el marco de sus requisitos y funciones generales.*

98. De allí, que modificó la Planta de Personal de la Personería Municipal de Tunja, creó múltiples cargos, entre ellos el Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 40, Grado 6, estableció los requisitos y

funciones generales de los mismos, realizó nivelaciones salariales y dictó otras disposiciones generales.

*99. En ese orden, dirá la Sala que como quedó visto, lo que acá se discute es la legalidad de la Resolución No. 081 de 26 de mayo de 2016 expedida por el Personero Municipal de Tunja, mediante la cual **se declaró insubsistente el nombramiento** de Sandra Milena Díaz Amaya en el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06 acto que, desde ningún punto de vista, tuvo por efecto generar – como lo sugiere la recurrente – una alteración a la estructura orgánica del ente de control.*

*100. Como se mencionó otrora, la **declaratoria de insubsistencia** del nombramiento es una causal de cesación definitiva de funciones públicas diferente a la de supresión del empleo, ya que es el producto de la facultad discrecional de remoción de la que están investidas las entidades nominadoras para declarar sin efecto la designación hecha a un funcionario público con la intención de hacer cesar su vinculación con el **empleo respectivo**. De modo, que sus efectos se dirigen fundamentalmente al empleado desde una perspectiva meramente subjetiva, y no al empleo público en sí mismo considerado.*

101. Es por ello, que en criterio de la Sala, deviene a todas luces desacertado que la parte actora señale que el extremo pasivo de la litis "con la desvinculación de empleados que se encuentran desempeñando cargos de libre nombramiento y remoción modificó la planta de cargos de la entidad" (f. 25), pues como se menciona, la facultad discrecional de remoción ejercida por el Personero Municipal de Tunja mediante el acto acusado, en ningún momento tuvo por efecto eliminar o suprimir el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 040, Grado 06 creado mediante el acuerdo municipal cuyo desconocimiento ahora se aduce.

102. Recuérdese que, el empleo público existe una vez se crea en la planta de personal de la entidad, se señalan sus específicas funciones y, se prevén sus emolumentos en el respectivo presupuesto; circunstancia que resulta ajena al empleado público que lo ocupe, cuyo ingreso se da a través de una vinculación legal y reglamentaría que se materializa con designación válida que puede ser por nombramiento o elección y la posesión.

103. Por lo anterior, no cabe duda a esta instancia que, contrario a lo manifestado por la demandante, la decisión administrativa cuya legalidad se debate, no pasó por

104. alto el contenido del Acuerdo Municipal No. 0009 de 2013, en tanto, fue el resultado de la facultad discrecional de remoción del nominador, más no del ejercicio de la facultad que la administración ostenta para eliminar cargos cuando así lo requieran las necesidades del servicio, lo que generalmente ocurre con motivo de las modificaciones de las plantas de personal de los diversos organismos en virtud de causas como la necesidad de ajustarlas a una nueva estructura orgánica del mismo.

105. De igual forma, tampoco se puso en tela de juicio la necesidad advertida en el año 2013 de modificar la planta de personal de la Personería de Tunja y crear el cargo de Personero Delegado en Derechos Humanos con Funciones Penales, Código 40, Grado 6 ni mucho menos puede afirmarse una ilegalidad en el acto demandado por desconocimiento de un estudio técnico.

106. La ilegalidad propuesta resulta del todo desacertada pues, el estudio técnico que precede a la reforma de una planta de personal, no se convierte en una norma de rango superior de obligatorio cumplimiento y tampoco limita el ejercicio de la facultad discrecional; de aceptarse tal planteamiento se llegaría al absurdo de considerar ilegal la vacancia temporal de un empleo, o de considerar ilegal todo retiro únicamente porque en el estudio técnico se consideró la necesidad de un empleo.

107. Así las cosas, el cargo esgrimido no está llamado a prosperar, máxime porque como acertadamente lo consideró el fallador de primer grado, "la alegación según la cual existió una supresión implícita del cargo carece de sustento por sustracción de materia, en tanto que el cargo fue provisto con el nombramiento del señor Germán Darío García Avendaño y al proceso no fue allegado un acto jurídico formal que respalde de manera empírica tal afirmación" (f. 571 vto.).

5.3.4. De la presunción de legalidad del acto administrativo de insubsistencia:

108. Adujo la recurrente, que la entidad demandada no logró acreditar las razones del buen servicio que dieron lugar a la expedición del acto administrativo demandado; e ignoró lo preceptuado por la Corte Constitucional en sentencia C-031 de 1995, esto es, que dentro de la facultad discrecional, de acuerdo a la complejidad y variación de los factores de cada asunto, se debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, atendiéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos al libre capricho.

109. Al respecto, cabe recordar que como se mencionó líneas atrás, el retiro del cargo de un empleado de libre nombramiento y remoción puede realizarse sin

*motivación alguna en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por ley al nominador de la entidad[25] siempre que sea ejercida en procura del buen funcionamiento del servicio[26]. Esto implica que la declaratoria de insubsistencia, como todo acto administrativo, **goza de presunción de legalidad**, conforme a la cual, se entiende que tal decisión estuvo fundamentada en razones del buen servicio a menos que se demuestre debidamente que su expedición obedeció a razones totalmente ajenas a ese fin.*

110. De suerte que, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio[27].

*111. Es preciso indicar entonces, que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado[28], en algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos. Empero, ello no ha sido para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, **sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo**, criterio que en esta oportunidad adopta esta Sala.*

---

[25] Al respecto el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, establece:
*"Artículo 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, **puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia**. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida (...)"*
De conformidad con la anterior norma, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, por medio del cual se reglamenta el Decreto 2400 de 1968, dispone:
*"Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente **un nombramiento ordinario o provisional**, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados."*
[26] Al respecto, en la Sentencia de 5 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente 75001-23-31-000-2007-00336-01(2310-11) consideró:
"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 que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de 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 este mismo sentido se encuentran las providencias de dicha Sección de 20 de agosto de 2015, exp. 25000232500020100025401, No. interno: 1847-2012; 22 de febrero de 2007, exp. 27001-23-31-000-2002-00696-01, No. interno: 7806-05; 7 de junio de 2007, exp. 25000-23-25-000-1999-02098-01, No. interno: 369-06; 19 de agosto de 2010, exp. 15001-23-31-000-2001-02325-01, No. interno: 1589-08.
[27] Tratándose de la desviación de poder
[28] Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.

112. En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar la ilegalidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, recae en esta última, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio; el cargo de alzada conforme al cual la entidad demanda no logró acreditar las razones del buen servicio que dieron lugar a la decisión administrativa cuya nulidad se pretende, carece de prosperidad.

*113. Por su parte, en lo que tiene que ver con el presunto desconocimiento de lo preceptuado por la Corte Constitucional en sentencia C-031 de 1995, únicamente se dirá que dicho pronunciamiento no incide de manera directa en la decisión que adoptó el a quo, por cuanto, la ratio decidendi aplicada en la misma, no resulta aplicable al caso objeto de estudio, por**: i)** corresponder a una materia disímil, y **ii)** no existir identidad fáctica ni jurídica con la misma. Luego, no se estudió una situación similar que permita, en virtud del principio de seguridad jurídica, aplicar los supuestos jurisprudenciales y reglas de interpretación allí expuestos, al caso particular.*

114. A pesar de que la mencionada providencia trató lo relacionado con la potestad discrecional emanada de la administración para el ejercicio de la función pública y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, lo hizo en relación con la habilitación de este último para autorizar de manera excepcional y bajo la potestad discrecional, titularidades privadas de porte y tenencia de armas, municiones de guerra y explosivos, lo que impide equiparar dicha situación a la expuesta por Sandra Milena Díaz Amaya.

115. Con todo, si bien es cierto que la mencionada providencia se ocupó en sus consideraciones generales de examinar lo relacionado con la potestad discrecional que tiene la administración para el adecuado cumplimiento de la función pública, para señalar 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; razonamiento que resulta del todo aplicable al caso concreto, también lo es, que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, frente a la facultad discrecional ejercida al declarar la insubsistencia no logró demostrarse desproporción, ni vicio alguno.

116. Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.4. De las costas:

*117. Revisada la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se observa que el criterio de la condena en costas **no era pacífico.***

*118. Así, en la sentencia proferida el **20 de septiembre de 2018** por la Subsección "A" con ponencia del Consejero **Doctor William Hernández Gómez,** dentro del expediente con radicación número: 20001-23-33-000-2012-00222-01(1160-15), se dijo:*

> *"(…) Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa **que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.[29] Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, **sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad** (…)" - Resaltado fuera de texto –.*

*119. A su turno, **en sentencia de la misma fecha**, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:*

> *" (…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva –pues no se refirió a **la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-**, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, **se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena**. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.*
>
> *En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada (…)" - Resaltado fuera de texto -.*

*120. Empero, en reciente sentencia de unificación proferida el **11 de junio de 2020** por la misma Sección dentro del expediente radicado bajo el número 05001-23-33-*

---

[29] Regula la norma lo siguiente: "[…] 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 […]".

*00-**2012-00572**-01(1882-14) **CE-SUJ-SII-020-20,** con ponencia de la misma consejera[30], concretamente sobre la condena en costas, se explicó:*

> *"(…) 124. Al respecto, la Sala de Sección indica que **si bien no existe criterio único que gobierne su condena, ha de señalarse que ambas subsecciones acuden al de causación**, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[31], impone al juez la **facultad de disponer sobre su condena**, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que **principalmente aparezcan causadas y comprobadas,** siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso[32].*
>
> *125. En este orden, la Sala observa que, al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, **no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante**, razón que, **al margen de la conducta de las partes,** sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en esta instancia." (Resaltado fuera de texto).*

121. Bajo ese entendido, se tiene que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que el juez, en la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, excepto que se trate de un interés público. Tal condena se sujetará a las normas del ordenamiento procesal civil, luego:

- *Prevé el artículo 361 del CGP, que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho.*

---

[30] *Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.*
[31] *«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.»*
[32] *"Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: // 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. // Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. // 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. // 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. // 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. // 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. // 6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos. // 7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones. // **8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación**. // 9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

- *El numeral 8º del artículo 365 del mismo ordenamiento, dispone que **sólo habrá lugar a ellas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.***

122. En este caso al aplicar las reglas del ordenamiento procesal civil (artículo 365), se encuentra lo siguiente:

- *La sentencia de primera instancia fue apelada por la parte demandante.*
- *Como se indicó en precedencia, la sentencia será confirmada.*
- *En la segunda instancia **no se comprueban gastos procesales**.*

123. En ese orden de ideas, no se condenará en costas por esta instancia, a la parte demandante.

5.5. Del reconocimiento de personería:

124. Obra a folio 603 del cuaderno 2 del expediente, poder especial conferido por Libardo Ángel González en su calidad de Secretario Jurídico y apoderado general del Municipio de Tunja, en favor del profesional del derecho Hernán David Reyes León identificada con cédula de ciudadanía No. 1.049.619.199 de Tunja (Boyacá) y T.P. No. 269.765 del C.S. de la J.

125. En atención a que el memorial reúne los requisitos de ley, se le reconocerá personería jurídica al referido profesional del derecho, para actuar como apoderado judicial del Municipio de Tunja – Personería Municipal de Tunja dentro del proceso de la referencia, en los términos y para los efectos del memorial poder referido.

126. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. *Confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 24 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Sandra Milena Díaz*

Amaya contra el Municipio de Tunja – Personería Municipal de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. *Sin costas en esta instancia.*

Tercero. *Reconocer personería jurídica al abogado Hernán David Reyes León identificada con cédula de ciudadanía No. 1.049.619.199 de Tunja (Boyacá) y T.P. No. 269.765 del C.S. de la J., para actuar como apoderado judicial del Municipio de Tunja – Personería Municipal de Tunja, en los términos y para los efectos del memorial poder visto a folio 603 del cuaderno 2 del expediente.*

Cuarto. *En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al Despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.*

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala Virtual, en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: ***Sandra Milena Díaz Amaya***
Demandado: Municipio de Tunja – Personería Municipal de Tunja
*Expediente: 15001-33-33-001-**2016-00159**-01*