



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (7) de noviembre dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 096

TEMAS: EMPLEADOS DE CONFIANZA COMO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN ACTO DE INSUBSISTENCIA NO REQUIERE MOTIVACIÓN - FACULTAD DISCRECIONAL

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 19 de junio de 2013, proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró YEN EVANGELINA LARA BENÍTEZ en contra del MUNICIPIO DE COROZAL.

I. ANTECEDENTES.

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 2 a 3 del cuaderno principal.



- 1.1. Que se declare nulo el Decreto N° 040 del 10 de febrero de 2012 “*Por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento adscrito al despacho del Alcalde*”, expedida por el señor Alcalde del municipio de Corozal (Sucre).
- 1.2. Que como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho a la actora, ordenando a la entidad demandada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración.
- 1.3. Que se ordene a favor de la demandante, el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantías intereses, dotaciones que causados durante el tiempo que estuvo separada del servicio, hasta que sea efectivamente reintegrada.
- 1.4. Que se declare que no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante el tiempo que estuvo separada del servicio.
- 1.5. Que se reembolsen a la demandante los aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensiones), por todo el tiempo de servicio o en su lugar se envíen a un fondo de pensiones y E.P.S. respectivamente, donde disponga la accionante.
- 1.6. Que se ordene a la entidad demandada al pago de los intereses previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A a favor de la demandante.
- 1.7. Que se ordene a la entidad demandada, al pago del ajuste de valor a favor de la demandante
- 1.8. Que se ordene dar cumplimiento al fallo, dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- 1.9. Se condene a la entidad demandada en costas.



2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Relata la actora que fue vinculada al municipio de Corozal Sucre mediante acto de nombramiento en provisionalidad contenido en el Decreto N° 017 del 28 de enero de 2011, para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 01. Que tomó posesión de su cargo el día 28 de enero de 2011.

Manifiesta que en la hoja de vida laboral no aparece ningún tipo de tacha, amonestación o sanción, por el contrario muestra una servidora pública de alta calidad y excelente rendimiento laboral.

Señala que el día 13 de febrero de 2012, la notificaron que mediante Decreto N° 040 del 10 de febrero de 2012 fue retirada del servicio.

Informa que laboró ininterrumpidamente desde el 30 de marzo de 2011 hasta el 24 de enero de 2012 y tuvo como última asignación mensual la suma de \$924.270.00.

Indica que la Procuraduría para asuntos administrativos, estimó surtido el trámite de la conciliación.

3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: La Constitución Política en sus artículos 2, 29, 53, 83 y 209. Legales: artículos 26 y 61 del Decreto Ley 2400 de 1968, Ley 909 de 2004, Ley 78 de 1986, artículos 1, 3, 44, 97 de la Ley 1437 de 2011.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Desarrolla el concepto de la violación, distinguiendo:



FALTA DE MOTIVACIÓN: Manifiesta que todo acto administrativo debe someterse al ordenamiento jurídico y no le es dado apartarse de la verdad de los hechos sobre los cuales se soporta, que el decreto demandado adolece de una ostensible ilegalidad por la falsa motivación que contiene en sus considerandos: 1°, 2° y 3° en la medida que se da por establecido un hecho o consideración inexistente en la realidad jurídica y material: la naturaleza de empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 01, como de libre nombramiento y remoción.

Considera que la naturaleza de un empleo la confiere la ley que regula el tópic de la función pública. Que en ningún artículo de la Ley 909 de 2004, ni en sus reglamentos, se establece que este cargo sea de libre nombramiento y remoción ni puede derivarse tal apreciación del “*literal b) del artículo 5° de la Ley 909 de 2004.*” como se afirma en los considerandos del acto de insubsistencia.

Refiere que en las funciones del cargo, en ninguna va inmersa una “especial confianza” diferente o superior a la que supone cualquier cargo público. Que en esas condiciones resulta de bulto la falsa motivación del acto demandado por sustentarse en unos hechos y apreciaciones absolutamente inexistentes material y jurídicamente.

Relaciona jurisprudencia constitucional en la que no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa o la invocación del ejercicio de una facultad discrecional. Que es evidente que al afirmar la falsedad enunciada se infringe el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, por cuanto se supone algo que no es real y que el estatuto no contempla.

Igualmente, manifiesta se quebranta el artículo 125 Constitucional según el cual “*Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera...*” y le correspondería al municipio demostrar la excepción o sea que el cargo es de libre nombramiento y



remoción, considera que el único cargo que tendría esa connotación de los cargos adscritos al despacho del alcalde sería el de asesor por su carácter de especialísima confianza.

INFRACCION DE LA LEY: Parágrafo 2, artículo 41 Ley 909 de 2004: Establece esta norma que la competencia administrativa para el retiro de los provisionales “*es reglada*” e implica que al expedirse el acto demandado en ejercicio de una inexistente competencia “*discrecional*” se aparta de la verdad normativa y adicionalmente incurre en infracción directa de la norma.

INFRACCION DE LA LEY: Ley 78 de 1986 (Despidos Masivos) Considera que esta ley prohíbe el despido masivos de funcionarios municipales, prohibición que fue desatendida por el alcalde del municipio de Corozal a retirar por uno u otros motivos alejados del servicio a un número aproximado de 15 empleados entre ellos la demandante sin razón valedera. La sanción para tal proceder es la nulidad del acto que se aparte de la norma.

DESVIACION DE PODER: Considera que en ultimas, lo que determinó la desvinculación de la demandante no fue el “*mejoramiento del servicio*” sino un revanchismo político del alcalde quien al tomar posesión de su cargo comenzó con los despidos masivos en contra de los funcionarios de la antigua administración. Considera que al analizar la motivación del acto acusado, se encuentra que carece de motivación amplia, suficiente, singular referida a la demandante y la carencia de verdaderos motivos hace suponer la presencia de la causal de Desviación de Poder.

INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA CONSTITUCIONAL PARA LA DESVINCULACIÓN: Manifiesta que el nombramiento en provisionalidad lleva implícita la finalidad de ser utilizada “*mientras*” se provee el cargo en propiedad a través del correspondiente concurso de méritos de acuerdo a la SU-917 de 2010. Que la demandante fue nombrada en provisionalidad por existir una vacante, al



no existir concurso ni lista de elegibles no es de recibo que se cambie una provisionalidad por otra, porque se estaría extralimitando la función pública y se afectaría la transparencia administrativa en perjuicio del ciudadano/empleador que basado en una confianza legítima, estima que mientras proveen el cargo en propiedad puede seguir ocupando el cargo más aún cuando no existe justa causa para su retiro.

Expone que la Corte Constitucional determinó que quienes ejercer los cargos gozan de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente procede por razones disciplinarias, por calificaciones insatisfactorias o por otra causal determinada en la ley y solo son constitucionalmente admisibles estas causales en la motivación de los actos de insubsistencia. Por estas razones considera que la administración no puede arbitrariamente disponer el retiro de sus servidores debe hacerlo motivadamente con razones claras, detallada, concreta y referida a la persona afectada con base en motivos que lleven a una justa causa pues la insubsistencia no se encuentra establecida y no es legal el reemplazo de un provisional por otro y solicitan el amparo constitucional de acuerdo a lo expuesto por la Corte.

FALTA DE COMPETENCIA: Considera que el acto acusado podría estar incurso en nulidad por falta de competencia del Alcalde, que debía ajustarse a las causas legales por ser reglada y no haber declarado la insubsistencia que no se encuentra como causal en la Ley 909 de 2004. Por ello, asegura que el alcalde desbordó su competencia material al producir el acto acusado de nulidad pues no expone o soporta su acto de insubsistencia en las causales establecidas constitucionalmente.

INEXISTENTE MOTIVACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO 033 DE 2012- CONTENIDO MATERIAL DE LA MOTIVACIÓN: SU-917-2010. Expone que el acto demandado no cumple con el estándar constitucional establecido en la sentencia SU-917 de 2010, los considerandos del acto demandado no se refieren a la relación laboral individual de la demandante



con la entidad demandada, insuficiente e inexistente que no reúne los requisitos para su validez de acuerdo a la sentencia mencionada por ser genérica, ambigua y omitir referirse a la persona de la demandante de forma expresa.

Considera que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional adolece de nulidad el acto reprochado por quebrantar el debido proceso de la actora (art. 29 C.P.) y violar el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 porque no proporciona causas concretas y relevantes para desvincular a la actora, pues no explica los fundamentos de hecho y de derecho de su decisión.

INFRACCIÓN DE LA LEY: DECRETO 2400 DE 1968 (ART. 26 Y 61):

Considera que si no es suficiente lo expuesto y que será probado para que se declare la nulidad del acto administrativo de insubsistencia y si el cargo ocupado por la demandante no fuese considerado como un empleo de carrera, la única defensa de la administración sería considerarlo de libre nombramiento y remoción, caso en el cual el acto padecería de desviación de nulidad porque en este supuesto debió “*dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la hoja de vida*”, so pena de ser nulo de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 del decreto y a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 6 de agosto de 2012 (fol. 1 al 23 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 23 de agosto de 2012 (fol. 16 C. Principal).
- Notificación a las partes: 7 de septiembre de 2012 a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público y la entidad demandada 13 de septiembre de 2012 (fol. 30 a 35 C. Principal).



- Sentencia de primera instancia: 19 de junio de 2013 (fol. 371 a 384 C. Principal).
- Recurso de apelación de la parte demandante: 3 de julio de 2013 (fol. 397 a 407 C. Principal)
- Auto que admite el recurso de apelación: 11 de julio de 2013 (fol. 409 Cuaderno Principal)

5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada se pronunció dentro del término de traslado:

Frente al hecho primero manifiesta que es parcialmente cierto, porque si bien el decreto de nombramiento 017 de 2011 de YEN LARA BENÍTEZ, dice en la parte final del art. 2 “provisionalidad”, no es menos cierto que de conformidad con la estructura administrativa de la planta de personal del municipio de Corozal, el cargo de profesional universitario adscrito al despacho del alcalde distinguido con la nomenclatura: código 219, grado 01, es un cargo de confianza y manejo, pues lleva a cabo la ejecución de políticas determinadas por el alcalde en materias de programas sociales.

Frente a los hechos 2, 3, 4, 5 y 6 son ciertos. Resalta que el retiro del servicio se hizo con el amparo prescrito en el literal b) del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, que determina el criterio de un empleo de libre nombramiento y remoción: “*los empleos cuya ejercicio implica especial confianza.*” En cuanto al hecho séptimo manifiesta que no es cierto, pues la motivación establecida en el decreto 040 de 10 de febrero de 2012 determina en forma fehaciente que la desvinculación se hizo ajustada a derecho.

Se opone a las pretensiones de la demanda porque no se le han vulnerado los derechos a la demandante, porque su desvinculación a través del acto acusado fue debidamente motivado y ajustado a la Ley 909 de 2004.

Relaciona postura jurisprudencial del Consejo de Estado acerca de la



desvinculación inmotivada de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y los cambios de jurisprudencia reciente.

Que según la Ley 443 de 1998 podía disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado o expresar las causa del retiro. Que posteriormente el Consejo de Estado ha manifestado que el nombramiento en provisionalidad se producía mientras se realizaba el proceso de selección convocado para proveer los empleos de carrera pero que sin embargo las normas reglamentarias autorizaban separar del cargo a tales servidores de manera discrecional (art. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7 del 1572 de 1998).

Que la ley 909 y su decreto reglamentario, según el Consejo de Estado le dio término de duración al nombramiento provisional que no podía superar los seis meses autorizando la prorroga hasta cuando la convocatoria fuera realizada y sólo mediante acto motivado podía el nominador darlo por terminado y posteriormente de acuerdo al artículo 10 del decreto 1227 de 2005 reglamentario de la misma ley, estableció una condición más favorable al empleado provisional, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que los justifiquen.

Como razones de hecho y de derecho expone que a la demandante no se le ha violado ningún derecho fundamental, pues la decisión se tomó en aras de cumplir con los límites de gastos de funcionamiento que exige la Ley 617 de 2000 y con el Decreto 028 de 2008, por compromiso firmado por el municipio con el Ministerio de Hacienda y por ser evidente que el nombramiento de la mencionada señora era irregular y que estaban ante un prevaricato por acción.

Que en el cargo que ocupaba la demandante no se ha hecho nombramiento alguno obedeciendo al compromiso suscrito con el Ministerio de Hacienda.



Consideran que en la Ley 909 de 2004, no se señaló en forma expresa la manera como debían retirarse los empleados de libre nombramiento y remoción y de acuerdo a lo establecido en el inciso final del artículo 41 establece que *“la remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”*.

En cuanto a lo establecido en el artículo 5 de la misma ley sobre los empleos cuyo ejercicio implica ESPECIAL CONFIANZA que tenga asignadas funciones de asesoría institucional, asistencia o apoyo que esté al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a los respectivos despachos así: Gobernador, alcalde mayor, distrital, municipal y local, el cargo de profesional universitario código 219 grado 01 adscrito al despacho del señor alcalde del Municipio de Corozal, dado el perfil del cargo, desempeñando funciones de coordinación de programas sociales *“enlace Municipal”* bajo la supervisión directa e inmediata del señor alcalde, se considera que es un empleo de libre nombramiento y remoción de conformidad con lo preceptuado en la norma citada.

5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El juez de instancia negó las súplicas de la demanda, manifestando que el Decreto No. 040 del 10 de febrero de 2012, no adolece de suficiente motivación, ni fue dictado con desviación de poder, pues dicho decreto fue dictado en virtud de la facultad discrecional del alcalde municipal de Corozal, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado.

Hace referencia a normatividad aplicable y jurisprudencia sobre el tema de la carrera administrativa y la provisión de los empleos públicos, manifestando que en el legislador quiso hacer efectiva en todos los casos la carrera administrativa mediante la figura de los encargos, que las vacantes se cubrían con personal escalafonado y a falta de este, por excepción, se hacían vinculaciones provisionales



En cuanto al retiro de servidores públicos, anota que la Corte Constitucional ha señalado que ante la vacancia en un empleo público, las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirla a la mayor brevedad de acuerdo a la carta política, no obstante el legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad.

Considera que el cargo desempeñado por la demandante es de libre nombramiento y remoción teniendo en cuenta las funciones señaladas en el manual específico de funciones de la entidad demandada que describe cargo, código y grado adscrito al despacho del alcalde, teniendo como jefe inmediato al representante de la entidad territorial. Que dicho cargo es de confianza y manejo porque lleva a cabo la ejecución de las políticas en materia de programas sociales, es decir, que el ejercicio de sus funciones implica dirección, confianza y orientación institucional, que ameritan su señalamiento como de libre nombramiento y remoción.

5.3. LA APELACIÓN:

Como argumentos del recurso, la parte demandante en escrito que obra a folios 397 a 407 del Cuaderno Principal, expuso que la naturaleza del empleo público está dada por la regla general del artículo 125 Constitucional que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, que el juez *A quo* sin un argumento consistente invierte la regla general para otorgar la categoría de libre nombramiento y remoción al cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 01, que sin duda ostenta la naturaleza de carrera.

Considera que los empleos de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece o que determina la ley, que el “conjunto de funciones” de Profesional Universitario desempeñados tampoco corresponde a las funciones excepcionales de conducción y orientación institucionales que implique la adopción de políticas públicas, que su ejercicio no implica especial confianza y mucho menos implica la administración y el manejo directo de bienes, dinero o valores del Estado,



no tiene funciones de asesoría institucional y el cargo técnica y formalmente no es de “asesor” sino “profesional universitario”.

Solicita sea revocada la decisión de primera instancia, por considerar que desatendió la jurisprudencia constitucional y que se debe entrar a estudiar los cargos de nulidad del acto teniendo en cuenta que el conjunto de funciones del cargo Profesional Universitario son de carrera y la demandante lo venía desempeñando en provisionalidad.

Argumenta que de las funciones asignadas al cargo, ninguna corresponde a las funciones excepcionales de conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas como tampoco su ejercicio implica “especial confianza” y menos administración de bienes o valores del estado, ni asesoría institucional porque el cargo no es “asesor” sino profesional universitario, considera que el cargo a pesar de estar adscrito al despacho del Alcalde no es de libre nombramiento y remoción que no está establecido así ni en la constitución ni en la ley.

Expone que de acuerdo a lo establecido por el órgano de cierre constitucional, para establecer si el cargo es de libre nombramiento y remoción es determinar si es del nivel directivo y para el caso concreto el cargo de profesional universitario no es directivo.

Considera un despropósito jurídico que se haya considerado el cargo de profesional universitario como de libre nombramiento y remoción, porque no se tuvieron en cuenta las características específicas de las funciones del cargo desempeñado por la demandante, además no ejecutaba programas de políticas públicas ni tenía funciones asignadas de confianza y manejo, sino ejecución y aplicación de conocimientos propios de cualquier carrera profesional.

Considera que el juez de primera instancia ignoró dos subtemas: 1. Necesidad de



motivación en términos constitucionales amplios, razonables suficientes referidos a la persona individual del afectado. 2. La insistencia en las justas causas para poder desvincular válidamente a un empleado en provisionalidad, que en el caso concreto no se presenta una “justa causa”.

Expone la parte demandante que los cargos de nulidad expuestos en la demanda no fueron estudiados al considerarse erradamente que el cargo que ocupó era de libre nombramiento y remoción; por considerar que no fueron valorados por el *A quo* insiste que los argumentos sustentados en los alegatos se valoren:

Infracción de la ley: Argumenta que el alcalde declaro insubsistente al 50% de los empleados constituyéndose en un despido masivo.

Falsa motivación: Porque solicitó permiso a la Comisión Nacional del Servicio Civil para nombrar en el cargo cuando era falso que el cargo estaba vacante, considera que se indujo en error a la CNSC, como también que era falso que se hubiera comprometido el municipio con el Ministerio de Hacienda a reducir gastos, fundamenta que es alejado de la realidad por cuatro razones:

1. Revocar de forma retroactiva las razones de una decisión objetiva tomada por el alcalde anterior.
2. Desconocer que el alcalde anterior tenía autorización para nombrar a la demandante, razón por lo cual debía mantenerse en el cargo hasta que existiera una causa justa para su retiro.
3. Por ignorar la situación jurídica laboral individual de la demandante.
4. Si existía carencia de recursos públicos y presupuestales para cancelar las remuneraciones por los servicios debió acudir a la supresión del cargo no a la insubsistencia.

Adicionalmente, considera que la administración no puede soportar la insubsistencia considerando que el cargo no es indispensable pues existe un estudio técnico y



presupuestal que así lo consideraba, por lo cual consideraba falsa motivación y se desconoció la condición del empleado en provisionalidad y no hay una justa causa en la declaración de insubsistencia expone que los provisionales gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección.

Tampoco hubo motivación suficiente en el acto de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Igualmente reitera que no se cumplió con lo establecido en la sentencia SU-917 de 2010.

5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

PARTE DEMANDANTE: En escrito que reposa a folios 9 a 13 del Cuaderno de Segunda Instancia, el extremo activo reitera los fundamentos esgrimidos en el libelo demandatorio y en la sustentación del recurso interpuesto, considera que es procedente la nulidad del acto demandado pues estima que se encuentra incurso en Falsa Motivación por cuanto es falso legal y materialmente que el cargo de Profesional Universitario sea un cargo de libre nombramiento y remoción cuando lo cierto es que es un empleo de carrera, que en la actualidad a nivel Municipal el único cargo que ostenta esa calidad es el cargo de “asesor”.

Afirmó que los empleados públicos pertenecen a una “planta global” y por tanto pueden ser movidos de acuerdo a las circunstancias y necesidades como lo determinó la Ley 489 de 1998, que por tal razón no es cierto que a la fecha exista un cargo asignado a una dependencia específica.

Plantea que también es falso el considerando en el cual la Administración motiva la insubsistencia es una orden judicial de reintegro por dos razones: 1. Porque el Decreto 1227 establece que las vacantes definitivas se proveen con quienes tenga pronunciamiento judicial y 2. Que la persona que desplaza a la demandante es una persona que no tiene derechos de carrera con lo cual se corrobora: - que el cargo es de carrera, - la no existencia de vacancia definitiva y – la presencia de derechos



de carrera de la persona que desplaza a la demandante.

Insiste en que los provisionales gozan de estabilidad mientras dura el proceso de selección y sea reemplazado por la persona que haya hecho acreedora a ocupar el cargo por los méritos evaluados.

Solicita se citen como precedente jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, lo expresado en el sentencia SU-917 de 2010.

PARTE DEMANDADA: En esta oportunidad procesal no emitió pronunciamiento.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No presentó concepto de fondo dentro del término legal para ello.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de las apelaciones interpuestas en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

6.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿El cargo Profesional universitario código 219 grado 01 adscrito al despacho del señor alcalde del municipio de Corozal, es de libre nombramiento y remoción



conforme a las funciones que se demostraron, desempeñaba?

De ser positiva la respuesta al anterior interrogante: ¿El acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser motivado?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en los problemas jurídicos y las particularidades del caso bajo estudio: 1. Los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción en los órganos y entidades del Estado. 2. La facultad discrecional para desvincular a un empleado de libre nombramiento y remoción. 3. El caso concreto.

6.1.1. Los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción en los órganos y entidades del Estado.

La Constitución Política de 1991 en el Capítulo II del Título V, reguló lo atinente a la Función Pública, estableciendo lo concerniente al empleo público; la clasificación de los servidores públicos, su responsabilidad, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Dentro del mentado capítulo encontramos que en la preceptiva contenida en el artículo 125, el constituyente estatuyó la forma cómo se accede al empleo público, así:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.



El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

Como vemos, la normativa en cita estableció que los empleos en los diferentes órganos y entidades que conforman el aparato estatal son de carrera y que a excepción de estos, se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Dentro de la misma preceptiva, se dejó sentada una garantía para los empleados que a través de la carrera ingresan a la Administración Pública, esto es, que solo pueden ser retirados del servicio por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

La norma constitucional a que se viene haciendo referencia, fue desarrollada por el legislador por intermedio de la Ley 909 de 2004² “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, la cual en su artículo 5, erigió:

“ARTÍCULO 5º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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

² Norma vigente para la fecha de retiro de la actora. La cual derogó parcialmente las disposiciones contenidas la Ley 443 de 1998.



comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de



Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5a. de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;



- c) *Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;*
- d) *Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.*
- e) *Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;*
- f) *Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera”. (Negrilla de la Sala)*

Así entonces, tenemos que el legislador al desarrollar el tema de la clasificación de los empleos en el artículo citado líneas arriba, reiteró el contenido de la norma constitucional del artículo 125, ahondando en desarrollar lo atinente a los criterios de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Sobre el tema de la carrera administrativa como mecanismo general para acceder al empleo público y la reserva legal para establecer las excepciones a dicho régimen, considera menester esta Colegiatura, citar un aparte de la Sentencia C-306 de 1995³, en la cual la H. CORTE CONSTITUCIONAL, enseñó:

“El propósito de instaurar un sistema efectivo para el cumplimiento de la función pública al servicio de los intereses generales cuyo manejo está a cargo de las Ramas del Poder Público, quedó plasmado en la Constitución Política de 1991, al consagrar la carrera administrativa como un instrumento que responda a criterios que garanticen el verdadero desarrollo de los objetivos y programas de la organización del Estado sin que sea la filiación política o las recomendaciones partidistas, lo que pueda determinar el nombramiento de un servidor público para un empleo de carrera, su ascenso o su remoción.

En virtud de dicha consagración y para garantizar la estabilidad en el empleo en los

³ REF: EXPEDIENTE No. D – 757 Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o., y 8o. del artículo 4o. de la Ley 27 de 1992, "por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones". MATERIA: De los empleos de carrera y de libre nombramiento y remoción en el nivel territorial. ACTOR: LUIS ALBERTO SEPULVEDA VILLAMIZAR MAGISTRADO PONENTE: DR. HERNANDO HERRERA VERGARA. Santa Fe de Bogotá D.C., Julio trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).



órganos y entidades del Estado, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad en que debe desarrollarse la función administrativa, se estableció en la Carta Fundamental que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, a fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos, sin que puedan tenerse en cuenta para los efectos del acceso a la función pública, su promoción o su retiro, móviles de carácter político que perturban la acción del Estado en el adecuado cumplimiento de sus fines.

El artículo 125 de la Constitución Política prescribe que: "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera" y en consecuencia, "Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público". Acorde con el sistema de carrera y con el mérito que le es consustancial también determina el precepto que "El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes", además, la permanencia en el servicio está sujeta a la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo y de la disciplina, sin perjuicio de otras causales de retiro previstas en la Constitución o en la ley; adicionalmente, y conforme a lo expresado en el artículo 125 de la Carta señala que "En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".

En lo que atañe a las excepciones a la regla general que, como se ha visto, está constituida por el sistema de carrera, la norma superior excluye los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

En el último de los eventos se advierte la consagración de una causal exceptiva abierta que otorga al legislador la competencia para determinar cuáles empleos, además de los previstos en la propia Constitución Política, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el desarrollo de esa competencia que el artículo 125 superior otorga "un carácter restrictivo para que no vaya por esta vía a desaparecer, mediante una interpretación contraria, la regla general dispuesta por el Constituyente, a través de disposiciones expedidas por el legislador" (Sentencia No. C-356 de 1994 MP.: Dr. Fabio Morón Díaz).

Así mismo, en la sentencia No. C-195 de 1994 emanada de la Sala Plena de esta Corporación, se expuso sobre el particular:

"Encuentra la Corte que a la luz de la Constitución se pueden establecer unas excepciones al principio general de la carrera administrativa, pero siempre conservando la prioridad del sistema de carrera, connatural con los principios no sólo de eficacia y eficiencia y estabilidad administrativas, sino con la justicia misma de la función pública, que no es compatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por



el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro del cargo.

Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción" (MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

De ahí que la definición que haga el legislador de los empleos no pertenecientes a la carrera debe encontrarse adecuadamente justificada, de manera que el señalamiento de los cargos excluidos no aparezca como un desarrollo arbitrario e infundado. La Corte Constitucional ha indicado al respecto:

"...las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata..." (Sentencia No. C-514 de 1994. MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Sobre este mismo tópico –la carrera administrativa y la competencia legislativa para la definición de los cargos de libre nombramiento y remoción- esa misma Corporación, en pronunciamiento posterior⁴, reiteró los argumentos expuestos en el proveído citado en líneas superiores y así mismo definió los criterios de evaluación para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, bajo estas disquisiciones:

⁴ Referencia: expedientes acumulados D-3138 y D-3141 Demandas de inconstitucionalidad contra el Decreto 274 de 2000 Actores: Javier Henao Hidrón y Libardo Rodríguez Rodríguez Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil uno (2001).



"El artículo 125, inciso primero, de la Constitución, establece como regla general el sistema de carrera, al señalar: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

Teniendo en cuenta la existencia de cargos de dirección, que por su naturaleza implican un régimen distinto al de carrera, el Constituyente prescribió cuatro excepciones: a) los empleos de elección popular; b) los de libre nombramiento y remoción; c) los trabajadores oficiales, y d) los demás que determine la ley.

Con respecto a este último punto, la norma constitucional indica que pueden excluirse, además de los ya exceptuados expresamente por la propia Constitución, aquellos empleos que el legislador determine. Sobre este particular se ha pronunciado ya esta Corporación en la Sentencia C-391 del 16 de septiembre de 1993, indicando:

"De acuerdo con el artículo 125 de la Carta, compete a la ley la definición de las normas que consagren excepciones al principio general de pertenencia a la carrera...; las que determinen el sistema de nombramiento cuando considere que no debe procederse mediante concurso público; las que fijen los requisitos y condiciones para establecer los méritos y calidades de los aspirantes; las que señalen causas de retiro adicionales a las previstas por la Carta".

De otro lado, la Corte Constitucional ha establecido que la competencia legislativa para la definición de cargos de libre nombramiento y remoción no supone una facultad absoluta que pueda desvirtuar la propia regla general de la carrera administrativa. Así, en atención a los límites a los que debe someterse el legislador cuando hace uso de la facultad otorgada por la Constitución, la Corte ha expuesto que está "facultado constitucionalmente para determinar las excepciones a la carrera administrativa, siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema."⁵

Por ello la Corte ha precisado la naturaleza de los cargos públicos de libre nombramiento y remoción:

*"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel **directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional**, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria **confianza** de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos*

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-195 de 1994. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.



pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho⁶.

De ese modo, la facultad del legislador para desarrollar la excepción a la regla general de carrera administrativa e incluir un cargo en la categoría de libre nombramiento y remoción debe estar orientada por principios que racionalicen la excepción a la regla general establecida en la Constitución. Por ello, en sentencia C-195 de 1994 la Corte reconoció los siguientes criterios de evaluación para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción:

En primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.

Entonces, si el legislador no puede desvirtuar la esencia de la gestión de los servidores del Estado, no es admisible que incluya empleos públicos en la categoría de libre nombramiento y remoción sin tener en cuenta la vigencia de la regla general, el principio de razón suficiente y la naturaleza de la función asignada. Y ello es así porque la instancia legislativa no ejerce una capacidad omnímoda pues el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida se encuentra limitado por las situaciones que la Carta ha tenido en cuenta para la fijación del régimen de carrera y por los criterios jurisprudenciales desarrollados por esta Corporación.

(...)" (Negrillas de la Sala).

Así las cosas, los contenidos jurisprudenciales precedentes son unívocos en señalar la importancia que reviste la carrera administrativa dentro del andamiaje constitucional, específicamente dentro de las garantías de la que goza la Función Pública.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-514 de 1994. Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo.



De igual forma, definen de manera clara una de las excepciones al régimen de carrera administrativa, esto es, los empleos de libre nombramiento y remoción y los criterios que debe atender el legislador al momento de establecer la naturaleza de tales empleos, siendo esta facultad restringida y limitada, ya que se reitera, la regla general para el acceso a la función pública es la carrera administrativa.

En este punto, es importante aclarar que conforme a la norma ya transcrita, artículo 5 de la Ley 909 de 2004, en especial el literal *b* que la Sala resalta en negrilla, no solo los cargos de dirección, gerencia o funciones políticas de las entidades públicas son de libre nombramiento y remoción, dado que la norma comentada amplía dicha calidad a quienes no obstante no poseer dichas funciones de trascendencia para el futuro o direccionamiento de la entidad, tienen un empleo cuyo ejercicio **implica especial confianza**, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales **o de apoyo, que estén al servicio directo de los funcionarios determinados en la norma que para el caso que se examina es el Alcalde Municipal**, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos, como efectivamente lo ha interpretado el CONSEJO DE ESTADO en la siguiente providencia:

“El cargo que ocupaba la demandante es de libre nombramiento y remoción pues ese empleo puede considerarse de confianza o manejo, en la medida que la naturaleza del cargo le corresponde la ejecución de labores de recepción y distribución de materiales de entrada como de selección y preparación de pedidos de salida y controlar las existencias con el kárdex de la Empresa de Vivienda de Interés Social y de Reforma Urbana de Neiva (Fl. 67), en consecuencia administra fondos, valores y o bienes oficiales y para ello requiere fianza de manejo, conforme a los artículos 4 numeral 5 de la Ley 27 de 1992; 5, literal c, de la Ley 443 de 1998, 5 literal c de la Ley 909 de 2004.

...

En esas condiciones desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Almacenista, Nivel 05, Grado 4), y su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, pues el Departamento Administrativo de la función pública según Oficio que consta en el expediente certifica “el cargo de almacenista de conformidad con lo antes señalado y de acuerdo con las funciones y requisitos mínimos establecido según el manual de funciones de ese organismo sigue siendo de libre nombramiento y remoción” (Fl.65), es decir que podía ser retirada del servicio sin motivar el acto de desvinculación.



Así las cosas, siendo el cargo que ocupaba la demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, la ley les ha dado el tratamiento especial de ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar, en consecuencia, la Sala desestimaré este cargo por considerar que el nominador actuó conforme a derecho, pues ejerció su potestad de acuerdo a la naturaleza del cargo que era susceptible de la declaratoria de insubsistencia; y de acuerdo con los principios orientadores de toda actuación administrativa y la normatividad referida al tema.”⁷

De lo expuesto se deduce que el alcance que se debe dar al término **especial confianza** contenida en el literal b del artículo 5 ibídem no es solo con relación a funciones de asesoría institucional, dentro de los que se encuentran los cargos del nivel asesor de la administración, sino que existen cargos que por la confianza depositada por la cabeza de la administración pública, ejercen funciones **asistenciales o de apoyo**, inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones y se ejecutan las funciones de mayor trascendencia para el ente de que se trata y sobre los cuales se busca tener control directo sobre ellos.

Por lo anterior, en este punto, se resalta que no es el nivel jerárquico⁸ de los empleos el que determina de manera única que estos sean de libre nombramiento y remisión, pues pueden existir cargos en los diferentes niveles que por su confianza, funciones y adscripción al despacho de la cabeza de la administración, puedan catalogarse en esta modalidad de vinculación.

Decantado lo anterior, pasa la Sala a referirse a la facultad discrecional para desvincular a un empleado de libre nombramiento y remoción, principal

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 16 de abril de 2009. REF: EXPEDIENTE N° 410012331000199800427 01. N° INTERNO 1556-2008. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: YOLANDA RUIDIAZ DE OSPINA.

⁸ En el ámbito territorial, se establecen estos niveles en el artículo 3 del Decreto 785 de 2005, así: “ARTÍCULO 3o. NIVELES JERÁRQUICOS DE LOS EMPLEOS. Según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.”



diferencia entre la forma como se puede dar al traste con la situación laboral administrativa de un empleado nombrado bajo dicha modalidad y uno que ostenta derechos de carrera.

6.1.2. La facultad discrecional para desvincular a un empleado de libre nombramiento y remoción:

El artículo 209⁹ de nuestra Carta Magna enunció los principios que informan la Función Administrativa, dentro de los cuales encontramos el Principio de Publicidad.

Una de las expresiones del reseñado principio, es que por regla general, toda decisión discrecional de la Administración debe ser motivada, así lo esbozó la H. CORTE CONSTITUCIONAL, en la Sentencia T- 610 de 2003¹⁰, la cual por su riqueza conceptual se trae a colación:

“3.1. En sentencia SU 250 de 1998, la Corte Constitucional, explicó el tema de la motivación de los actos administrativos, poniendo de presente que la necesidad de motivación del acto se encuentra circunscrita a evitar la arbitrariedad de la administración en sus decisiones, arbitrariedad que no puede confundirse con discrecionalidad. Por esta razón, a efectos de resolver el caso en revisión, se hace necesario reiterar las consideraciones expuestas en esa oportunidad, así:

“El actual Código Contencioso Administrativo Colombiano estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36: “(e)n 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”.

(...)

⁹ “ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

¹⁰ Referencia: expediente T- 731645 Acción de tutela presentada por la señora Gina Andrea Dávila Caicedo en contra del Hospital Departamental de Nariño E.S.E. Procedencia: Juzgado Segundo de Menores del Circuito de Pasto – Nariño. Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003).



*“En la Constitución de 1991, **la motivación, que es expresión del principio de publicidad**, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.*

“La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

“Esta tesis de motivar el acto, es reciente en nuestro ordenamiento, ya que antes del Decreto 01 de 1984 art. 35 no existía una obligación general, por ello, la jurisprudencia contenciosa consideró que la decisión administrativa expresa debía estar fundamentada en la prueba o en informes disponibles y motivarse, al menos en forma sumaria, si afectaba a particulares. La justificación de esa decisión fue la aplicación por remisión (artículo 282 C.C.A.) del artículo 303 del C.P.C. que dispone que “las providencias serán motivadas a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite”.

“El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad”.

Significa lo anterior que, la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado.

3.2. Igualmente, la sentencia C-371 de mayo 26 de 1999, señaló:

“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la



sociedad.

(...)

“Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.

3.3. Sin embargo, existen excepciones al principio de motivación consagradas constitucional y legalmente, así por ejemplo, el artículo 189 numeral 1 de la Constitución, permite al Presidente de la República nombrar y separar libremente a los ministros del despacho y a los directores o gerentes de los establecimiento públicos.

En el mismo sentido, el decreto 1950 de 1973, artículo 107, consagra como una facultad discrecional del Gobierno nombrar y remover libremente a sus empleados.

Es claro, entonces, que **los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno”.**

(Resaltado de la Sala)

En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Rector de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, manifestando que en efecto, los actos administrativos que disponen la desvinculación del servicio de funcionarios de libre nombramiento y remoción, no requieren de motivación alguna.

En efecto, en sentencia calendada diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012)¹¹ nuestro Tribunal de Cierre esgrimió:

“De lo expuesto se observa que la demandante no fue inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, por cuanto no accedió al cargo por concurso o selección por méritos. Se trataba entonces de una empleada de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00475-01(0262-10) Actor: MARIA NANCY GOMEZ ALVAREZ Demandado: MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE OSOS – ANTIOQUIA



lo que el nominador podía válidamente retirarla del servicio, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la providencia ni adelantar procedimiento previo para la expedición del acto respectivo, esto es, no se encontraba amparada por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo.

(...)

La jurisprudencia de esta Corporación respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza¹² ha dicho:

“Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de los empleos debe ser mayor que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente”.

Así las cosas, la actora desempeñaba un cargo de confianza y manejo, tal como se pudo constatar en el manual de funciones y requisitos allegados al expediente y por haber sido vinculada bajo la modalidad de empleada de libre nombramiento y remoción, podía ser retirada del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues la ley ha establecido un tratamiento especial para que estos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame para que lo acompañen en su gestión, en razón del alto grado de confiabilidad que debe depositar.

Corolario de lo expuesto, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- puede

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de julio de 2005, Número Interno 2263-2004, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero.



retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Ello implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la función pública en procura de los fines encomendados a la entidad a su cargo.” (Negrilla y resaltado de esta Corporación)

Huelga concluir, de los considerandos reseñados, que el acto administrativo que retira del servicio a un funcionario nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, **no requiere motivación**, ya que, dada la naturaleza de dicho empleo, la facultad discrecional del nominador es amplísima, al existir una relación de confianza entre este último y el empleado nombrado bajo esa modalidad.

Basten las anteriores consideraciones legales, interpretativas, doctrinales y jurisprudenciales para estudiar:

6.2. EL CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite* tenemos que:

YEN EVANGELINA LARA BENÍTEZ, desempeñó el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 01. Que tomó posesión de su cargo el día 28 de enero de 2011¹³.

Igualmente, se encuentra probado, de conformidad con la Resolución N° 040 del 10 de febrero de 2012¹⁴, que a la referida señora se le declaró insubsistente su nombramiento en el cargo Profesional Universitario, Código 219, Grado 01 adscrito al despacho del Alcalde y se nombró en su reemplazo a RUBY CECILIA ARROYO MEZA enfatizando que el empleo implica Especial Confianza (folio 320 y 321 cdno principal).

¹³ Folio 22 del Cuaderno Principal.

¹⁴ Folios 17 a 22 del expediente.



Las funciones consignadas en el Decreto N° 067 de 2005¹⁵ “*Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Municipio de Corozal*”, son:

I. IDENTIFICACIÓN

NIVEL:	PROFESIONAL
DENOMINACIÓN DEL EMPLEO:	PROFESIONAL
UNIVERSITARIO	
CÓDIGO:	219
GRADO	01
Nº DE CARGOS:	01
DEPENDENCIA JERARQUICA:	DESPACHO DEL ALCALDE
CARGO DEL JEFE INMEDIATO:	ALCALDE MUNICIPAL

II. PROPOSITO PRINCIPAL

Coordinar los programas sociales del Municipio con el objeto de satisfacer las necesidades básicas insatisfechas de los sectores vulnerables del municipio, aumentando el bienestar social de dichas comunidades.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

- *Coordinar las acciones generales que ordena el alcalde referente a las peticiones de las comunidades en cuanto a necesidades básicas insatisfechas de acuerdo con el Plan de Desarrollo Municipal.*
- *Preparar proyectos de Actos Administrativos, oficios y documentos relacionados con el área de su competencia.*
- *Adelantar estudios para elaborar y mantener actualizados los procedimientos de la Dependencia.*
- *Atender con celeridad todas las solicitudes de la comunidad en cuanto a planes, programas y proyectos sociales, en armónica concordancia e interrelación con las demás dependencias que para el caso concurren.*
- *Colaborar en los programas de articulación de procesos sociales entre los planes de desarrollo municipal, departamental y nacional.*
- *Coordinar y dirigir los Comités Pro-Social que se inicien o estén iniciados en la municipalidad.*
- *Coordinar por Delegación del alcalde los planes municipales de asistencia social con el ICBF u otra entidad que para el caso concurre.*
- *Responder por la unidad de información y control y manejo de las diligencias referentes al*

¹⁵ Ver folios 242 a 309



gasto público social.

- *Responder y coordinar los planes programas y proyectos de aspectos sociales que proponga o tenga el Municipio en sus objetivos, con la mayor participación posible de las comunidades de estratos 1 y 2 por delegación del alcalde.*
- *Coordinar con la trabajadora social de la Secretaría Departamental los programas de salud y educación como de los planes sociales con su respectivo seguimiento y control.*
- *Mantener actualizado el libro de registro de acciones sociales sobre los barrios o veredas del Municipio.*
- *Colaborar con las campañas sociales que se propongan al municipio.*
- *Las demás que por necesidades del servicio y acorde a las funciones y la ley le ordene el alcalde.”*

Para determinar si las mencionadas funciones son de confianza del señor alcalde municipal, es menester que se confronten las mismas con las funciones esenciales asignadas constitucional y legalmente a los municipios y de forma directa al Alcalde Municipal.

Partiendo de la Constitución, el Alcalde es el jefe de la administración local (artículo 314 de la C.P.) y por ello a él se le asigna la dirección general del municipio. Dentro de las funciones constitucionales de los municipios encontramos la de “...*promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes...*” y para ello posee como herramienta administrativa los planes y programas de desarrollo económico (artículo 315 numeral 5 de la C.P.).

A nivel legal, el municipio posee como funciones en el ámbito social, las siguientes, conforme lo consagra el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el artículo 3 de la Ley 136 de 1994: Elaborar los planes de desarrollo municipal, en concordancia con el plan de desarrollo departamental; promover el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, la cultura de Derechos Humanos y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes; procurar la solución de las necesidades básicas insatisfechas de los habitantes del municipio, en lo que sea de su competencia, con especial énfasis en los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres cabeza de familia, las personas de la tercera edad, las personas en condición de discapacidad y los demás sujetos de especial protección



constitucional; en asocio con los departamentos y la Nación, contribuir al goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado, teniendo en cuenta los principios de coordinación, concurrencia, complementariedad, subsidiariedad y las normas jurídicas vigentes; ejecutar el Programas de Alimentación Escolar con sus propios recursos y los provenientes del Departamento y la Nación, quienes podrán realizar el acompañamiento técnico, acorde con sus competencias.

Por su parte, el alcalde, legalmente posee la función de promover la prosperidad integral de su región (literal f del artículo 29 de la Ley 1551 de 2012).

Por lo expuesto, es claro que una de las finalidades principales del municipio como entidad fundamental de la división político administrativa del Estado (artículo 311 de la C.P.) es ser un motor del desarrollo social de sus comunidades, y ser un puente para ello entre lo local, lo regional o departamental y lo nacional, y es el alcalde quien posee de forma directa asignadas esas funciones sociales y comunitarias.

Atendiendo lo anterior, resulta claro que las funciones sociales y comunitarias del municipio y de los alcaldes son de carácter fundamental, por lo que las asignadas al cargo que ocupaba la actora de Profesional Universitario, Código 219 Grado 01, cuya naturaleza, a pesar de haberse nombrado en provisionalidad, para la Sala es de libre nombramiento y remoción, pues era delegada del alcalde frente al contacto con la comunidad en los temas sociales, la ejecución de los diferentes planes, programas y proyectos sociales para responder y coordinar los mismos con las autoridades departamentales y nacionales, por lo que son claramente de ESPECIAL CONFIANZA.

Así las cosas, vertiendo los considerandos depositados a lo largo de este proveído al caso concreto, esta Sala arriba a la conclusión que, el acto administrativo contenido en la Resolución N° 040 del 10 de febrero de 2012, que declaró insubsistente el nombramiento de YEN EVANGELINA LARA BENÍTEZ, **no debía ser**



motivado por ser su cargo de libre nombramiento y remoción de acuerdo a las funciones que desempeñaba y su adscripción directa al despacho del alcalde, tal como lo consagra el literal b del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, ya referido en esta providencia.

En otras palabra, para este Cuerpo Colegiado, conforme a las funciones realizadas por la demandante LARA BENÍTEZ, dentro de las que se destacan las de Coordinar por Delegación del alcalde los planes municipales de asistencia social con el ICBF y Responder y coordinar los planes programas y proyectos de aspectos sociales que proponga o tenga el Municipio en sus objetivos, es indudable que al tenor del literal b) del artículo 5 de la Ley 909 de 2005, en estas funciones ***“implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo,.....y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despacho”***, situación que refrenda lo esbozado, en el sentido que dada la confianza y labores de apoyo en programas que buscan cumplir los objetivos propuestos por el Alcalde Municipal en sus planes, su cargo era de libre nombramiento y remoción, careciendo en consecuencia la misma de fuero de relativa estabilidad laboral, sin que sea menester en todo caso que el cargo sea de aquellos de dirección o de ejercicio de funciones políticas, si requería que sobre las funciones desarrolladas tuviera el alcalde control sobre ellos.

En este orden de ideas, respecto de la posición adoptada por el *A - quo*, se **CONFIRMARÁ** la decisión, pues se ratifica por esta Corporación que las funciones desarrolladas por la demandante corresponden a un cargo de libre nombramiento y remoción pues lleva a cabo la ejecución de políticas en materia de programas sociales. Resalta la Sala de Decisión, que no hay lugar a declararlo de otra manera, pues no podría dejar el alcalde municipal en manos de una persona que no fuera de su absoluta confianza los programas sociales de su administración y las labores que se deben desempeñar con las entidades del nivel departamental y nacional en programas de salud, vivienda y educación de los sectores más vulnerables de la población.



Ratifica lo anterior, el hecho que en la planta de personal del municipio de Corozal, existan seis (6) cargos de Profesional Universitario (folio 246, 254, 260, 264, 266 y 279) de acuerdo al Manual de Funciones allegado al expediente (242 a 309) y de ellos solamente el que obra a folio 246 que corresponde al desempeñado por la demandante, está asignada al despacho del Alcalde.

Corolario de lo hasta aquí trazado, y desestimado el cargo respecto del cual el acto administrativo objeto de censura adolece de falsa motivación, entra este Cuerpo Colegiado a determinar si de acuerdo con las probanzas allegadas oportunamente al plenario, se puede desprender que la administración actuó con fines distintos a los del buen servicio, es decir, con desviación de poder al momento de expedir el mismo.

Pues bien, los requisitos para desempeñar el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 01 del Municipio demandado, se encuentran determinados en el Decreto N° 067 de 2005, en el mismo se dispuso que ellos son: Ostentar el título profesional en áreas sociales y tener un año de experiencia relacionada.

Respecto de quien desempeña el cargo que ocupaba la demandante, es decir, RUBY ARROYO MEZA, no se allegó documento alguno con el cual se pueda valorar su experiencia laboral para el cargo en el que fue nombrada.

Tampoco se observa que se hayan demostrado los fines políticos, que alegaba la parte demandante, se tuvieron en cuenta para su desvinculación.

En este punto de los considerandos, huelga manifestar que el hecho que se demuestre que la funcionaria retirada cumplió de manera eficiente su labor, no le entrega fuero de estabilidad alguno. Sobre este tema, el H. CONSEJO DE ESTADO, dijo:

“En lo atinente a la idoneidad y eficiencia en el ejercicio del cargo, advierte la Sala que éstas



son condiciones que deben caracterizar a los funcionarios públicos, y por ende, ellas por sí solas no confieren estabilidad laboral, ni otorgan la prerrogativa de permanencia con fuerza suficiente para enervar el ejercicio de la facultad discrecional¹⁶.

Al respecto el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, en sentencia del 14 de junio de 2007, Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01809-01(6961-05), Actor: CARLOS ARTURO VILLA FAÑE JARAMILLO, al referirse al tema dijo:

“Ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de sus funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues esto es lo mínimo que puede exigirse a todo funcionario”.

La falsa motivación o desviación de poder en la expedición del acto debe ser probada por quien la impetra, supuesto fáctico que no fue acreditado en el sub-lite; en otras palabras no tiene respaldo probatorio que permita concluir que en efecto la administración obró con fines distintos al buen servicio público, por tanto no habrá lugar a la prosperidad del cargo”.¹⁷

Decantado lo anterior, por último esta Judicatura se pronuncia respecto del cargo elevado por el extremo activo, en lo referente a la presunta violación del Decreto 2400 de 1968 por no haberse dejado constancia del hecho y las causas del retiro en la hoja de vida de la accionante.

Sobre este argumento de censura, dirá brevemente este Tribunal que ha sido la tesis

¹⁶ Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades. No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales. La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.), CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06060-01(3972-04) Actor: JHON FREDDY PÉREZ ROJAS Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTRO.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, providencia citada a pie de página 7.



reiterada del H. CONSEJO DE ESTADO el afirmar que tal acontecimiento no acarrea la nulidad del acto administrativo correspondiente puesto que se trata de algo ajeno a su contenido íntimo¹⁸.

En consecuencia, dirá esta Corporación que el recurso propuesto por la parte demandante, no tiene vocación de prosperidad, al haberse rebatido tanto los argumentos, pues el cargo que ocupó la demandante es sin lugar a dudas de libre nombramiento y remoción, por esta misma razón no requería ser motivado como tampoco que se dejaran constancias en la Hoja de Vida de YEN EVANGELINA LARA BENÍTEZ.

Por último, el cargo de insubsistencias masivas, fundamentado en el artículo 11 literal c de la Ley 78 de 1981, igualmente no tiene vocación de prosperar, dado que de forma clara al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, el obvio que la nueva administración ejerza su facultad discrecional y designe en el mismo personas de su confianza.

Al determinarse que el cargo es de libre nombramiento y remoción estima la Sala que no hay lugar a estudiar a fondo la Falsa Motivación y Desviación de Poder alegadas en la sustentación del recurso interpuesto, pues el acto acusado se expidió con fundamento en la facultad discrecional del nominador.

En consecuencia, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada, por las razones previamente señaladas, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

¹⁸ Consultar providencias: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER Santafé de Bogotá, D.C., junio quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992). Radicación número: 3819

Actor: RAMIRO ACEVEDO ARCHILA Referencia: Apelación Sentencia. / CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: CLARA FORERO DE CASTRO Santafé de Bogotá, D.C., junio ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992). Radicación número: 4577 Actor: ARTURO BESADA LOMBANA Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



6.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará a la parte demandante que no le prosperó el recurso, al pago de las costas correspondientes a esta instancia.

En consecuencia, en aplicación del numeral 2 del artículo 392 del C.P.C. en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA¹⁹ y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3 del mismo acuerdo, se fijan las agencias en derecho de ambas instancias en la suma equivalente al 1% del valor de las pretensiones (\$4.504.275, fol. 14) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 23 de agosto de 2012, lo que equivale a la suma de **CUARENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y TRES PESOS (\$ 45.043)**.

En firme la presente providencia, ordénese que por secretaría del *A quo* se realice la liquidación correspondiente.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

¹⁹ “III

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1 ASUNTOS.

3.1.3. Segunda instancia.

...

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

...”



FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 19 de junio de 2013, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en esta instancia a la parte recurrente que no lo prosperó el recurso, la demandante. **FÍJENSE** las agencias en derecho en la suma de **CUARENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y TRES PESOS (\$ 45.043)**. En firme la presente providencia, por secretaría del *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 134.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso