



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas.

ASUNTO: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN: 700013333000-2014-00284-011
M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE: FERNANDO RAÚL NAVARRO MONTERROZA.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Decide el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

El señor **FERNANDO RAUL NAVARRO MONTERROZA**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formuló demanda en contra del municipio de Sincelejo, solicitando:

Se declare la nulidad del Decreto 319 de 2014, a través del cual se declaró insubsistente al señor Fernando Raúl Navarro Monterroza, como jefe de la Oficina Código 006 Grado 10, adscrito a la secretaria de agricultura (Unidad de Asistencia Técnica Agropecuaria – UMATA) del Municipio de Sincelejo.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al reintegro del demandante al cargo de jefe de la Oficina Código 006 Grado 10, adscrito a la secretaria de agricultura (Unidad de Asistencia Técnica Agropecuaria – UMATA) del Municipio de Sincelejo o a otro de similares o superiores condiciones.

Que, a título de restablecimiento del derecho, se le reconozcan y paguen al demandante los salarios, primas técnicas, bonificaciones y prestaciones sociales legales, dejadas de percibir desde su vinculación el 2 de julio de 2014, hasta el día en que sea integrado al cargo que desempeñaba, junto con los incrementos legales que se llegaren a efectuar.

Se declare, para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad hasta el día en que legal y efectivamente se produzca el reintegro del convocante, se ordene la reparación de los perjuicios morales que causó el Decreto 319 de 2014 y se condene en costas a la entidad demandada.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se afirmó que:

El señor **FERNANDO RAUL NAVARRO MONTERROZA**, fue nombrado a través del Decreto 539 de 2012 en el cargo de jefe de la Oficina Código 006 Grado 10, adscrito a la secretaria de agricultura (Unidad de Asistencia Técnica Agropecuaria – UMATA) del Municipio de Sincelejo, el 3 de agosto de 2012. Se posesiono en el cargo mencionado y venía desempeñándose en dicho cargo sin solución de continuidad, hasta que quedo en firme el Decreto 319 de 2 de julio de 2014.

En dicho periodo, desempeñó las funciones descritas en el manual de la entidad, no recibió llamados de atención, ni tampoco orden o sugerencia alguna acerca de cambiar la dirección de la oficina que se encontraba a su cargo y mantuvo buenas relaciones con la administración del municipio en términos cordiales y afectivos, sin tener alguna diferencia ideológica o política con dicha administración.

El demandante, es Zootecnista, egresado de la Universidad de Sucre, graduado en diciembre de 2003, es candidato a Magister en Ciencias Ambientales, ha cursado dos de los años del programa de maestría mencionado, con la fecha de grado pendiente, por lo que conforma un escaso grupo de profesionales en Colombia con nivel Científico en materia ambiental. Además de su experiencia en dicho cargo por espacio de veintiún (21) meses, el demandante también manifiesta haber ejercido funciones como instructor de SENA en asignaturas agropecuarias por más de veintiocho (28) meses.

Resaltando su labor, el 2 de julio de 2014 le fue otorgado un Reconocimiento a la Excelencia por parte de la oficina de talento humano de la alcaldía de Sincelejo por el cargo que venía desempeñando en esta entidad.

En razón de ocupar el cargo del demandante, fue nombrado el señor Manuel Ramos Zabala, quien es Zootecnista al igual que el demandante, pero no tiene la misma experiencia en el sector público, ni tampoco en el cargo en específico, ni el nivel científico del demandante, además, resalta el demandante que el señor Manuel Ramos

un mes previo a posesionarse en dicho cargo fue declarado insubsistente en otro cargo de menor jerarquía en la administración municipal donde se desempeñaba como profesional universitario, y que dicho acto goza de toda legalidad puesto que no fue controvertido ni en sede de la autoridad que lo expidió ni en ejercicio de un medio de control.

En el acápite de **normas violadas**, se invocaron las siguientes normas de rango constitucional legal y reglamentario: Artículos 1, 2, 25, 29, 53, 83, 90, 123, 125, y 209 de la Constitución Política; Capítulo II de la ley 489 de 1998, artículo 3 de la ley 1437 de 2011, Decreto Ley 2400 de 1968, Ley 443 de 1998, Decreto 1572 de 1998, Ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2005.

Como concepto de violación, la parte demandante indicó que el acto administrativo demandado, se encuentra afectado por la causal de nulidad de desviación de poder, argumentando que el mismo, se aparta de su inspiración legítima de buen servicio va en contravía del principio de legalidad y demás principios que guían el Estado social de derecho y la función administrativa, señalando que el acto no pretendió el mejoramiento del servicio y se fundamentó en razones distintas al buen servicio.

Expresó igualmente, que en el acto de retiro del servicio, no se hizo referencia al servicio que venía prestando el demandante, ni hace alusión la administración a algún cambio que realizarían en el manual de funciones o requisitos mínimos para el desarrollo del cargo para que alguien de mayor experiencia o estudios lo ocupara.

Señaló que el acto no se expidió en razones del buen servicio, porque el demandante venía desempeñándose en perfecto orden todas sus funciones, constantemente se venía capacitando en aras de prestar un mejor servicio, el acto fue expedido en el mes de junio de 2014 y solo hasta el mes de julio le fue notificado al actor, muestra de que la medida o supuesta mejora del servicio no era urgente, el demandante no contaba con procesos disciplinarios en contra al interior de la entidad, ni con los organismos de control, nunca tuvo problemas de ambiente laboral, la administración no aplicó ningún plan de reestructuración de planta de personal, no hubo cambio de administración como para pensar que el demandante no pertenecía al equipo del nominador; de hecho, ocupó el cargo durante casi la totalidad de su mandato.

Expuso que durante el periodo que permaneció en el cargo, su desempeño era ideal para que se produjera un ascenso, y que, en vez de esto lo declararon insubsistente, ubicando en su cargo a una persona que, no contaba con la experiencia y logros académicos, por lo que queda en duda la pretensión de mejorar el servicio.

Por último afirmó que el nominador no expresó como se pretendía mejorar el servicio y la facultad discrecional del nominador en cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción se limitan al buen servicio de manera que si un acto que declara la insubsistencia no lo hace con fundamento para mejorar la prestación de un buen servicio se está en presencia de una desviación de poder la cual es una causal para que se declare una nulidad de el mismo.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.¹

El municipio de Sincelejo da repuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

En su defensa, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación por el carácter de la vinculación del actor, aduciendo que el acto administrativo está ajustado a derecho, porque el actor se encontraba vinculado bajo la modalidad de Libre Nombramiento y Remoción, por lo que como no figuraba en un cargo de carrera administrativa, el representante legal gozaba de discrecionalidad para remover del cargo al demandante mediante la declaratoria de insubsistencia incluso mediante acto administrativo no motivado.

Asimismo, expresó que el acto administrativo está ajustado a derecho, por cuanto el decreto 319 de 2014 fue expedido de conformidad al artículo 125 de la constitución nacional y el artículo 41 de la ley 909 de 2004, lo que indica que el acto administrativo acusado se ajusta a derecho, goza de legalidad y no se realizó con desviación de poder. Este fue expedido en aras del buen servicio público. Y la persona que se nombró después en ese cargo, está facultado para ejercerlo.

Propuso igualmente, la excepción de inexistencia de prueba que sustenten los fundamentos facticos y jurídicos en que se fundamenta la demanda puesto que en las pruebas que se aportan en la demanda no existe alguna que soporte que el decreto 319 de 2014 no se ajuste a derecho o que se expidió con desviación de poder, y tampoco se evidencia que el Alcalde haya actuado con un fin distinto al de prestar un buen servicio público y que los servicios prestados en el cargo que figuraba el demandante hayan desmejorado.

Frente a los hechos, se acepta de la desvinculación del actor, pero con el decreto el 537de 2012, señalando además que no le constan la preparación académica del actor y las menciones recibidas por el desempeño de sus funciones, siendo estas apreciaciones subjetivas del demandante, agregando que el señor Manuel Ramos

¹ Folios 164 a 166 cuaderno de primera instancia.

Zabala, quien fue nombrado en el cargo, si contaba con la experiencia e idoneidad para ejercerlo.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.²

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia el 26 de julio de 2017, negando las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, indico que dada la naturaleza y las características de los cargos de libre nombramiento y remoción, en especial la del grado de confianza que se exige para el desempeño de los mismos, es lo que faculta al nominador el retiro o provisión de los mismos sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevaron a adoptar cualquiera de dichas decisiones, esto en razón a que la selección de este tipo de cargos se hace por motivos personales o de confianza, y porque se presume que el mismo es expedido en razones del buen servicio, a menos que se logre desvirtuar en el trámite de un proceso lo contrario.

Agregó que, la declaratoria de insubsistencia puede ejercerse en cualquier momento sin que se señalen los motivos de la misma, porque al no estar escalafonada o en un cargo de carrera la persona que ejerce el cargo de libre nombramiento y remoción, no puede reclamar que su retiro se dé con los mismos requerimientos, exigencias y procedimientos que consagra la ley para los empleados de carrera administrativa.

A continuación y luego de citar jurisprudencia del H. Consejo de Estado, señaló que, el cargo denominado Jefe de Oficina Código 006 Grado 10 adscrito a la Secretaria de Agricultura, que ocupaba el demandante, es de los denominados cargos de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el artículo 5 de la ley 909/04, por lo que el Decreto N°319 de 20143, por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento de libre nombramiento y remoción, se entiende proferido bajo la facultad discrecional que le cobijaba al entonces alcalde, dadas las particularidades de dicho cargo como se ha insistido, es decir, que dicho acto administrativo podía proferirse sin expresión de las razones que dieron origen a su remoción o provisión de acuerdo al caso, y no como pretendía el actor, y era que se expusieran todas las razones que llevaron a la producción del mismo.

Frente a la desviación de poder, expuso que no existió prueba alguna que nos llevara a determinar que el acto acusado Decreto N°319 de 2014, se expidió con fines diferentes en este caso-desviación de poder o con infracción de las normas en que debía fundarse- a los que se presumen con la expedición de un acto de insubsistencia

² Folios 204-212 cuaderno de primera instancia.

³ Folio 49

de un cargo de libre nombramiento y remoción; agregando que el simple argumento de las calidades, esto es la experiencia profesional, formación académica, cumplimiento de funciones y reconocimientos recibidos por parte de la Administración municipal al señor Fernando Navarro Monterroza no son suficientes para determinar la desviación de poder alegada, ya que las mismas como se dijo, son requisitos que la administración exige a todo servidor público, y que esté de acuerdo a las obligaciones legales y morales que le asisten debe tener, porque si no, entonces estaríamos hablando de una limitante a la norma que crea los requisitos para acceder a cargos de libre nombramiento y remoción, ya que se estarían fijando por el nivel de experiencia, aptitudes, estudios etc, de los funcionarios que anteriormente hayan ocupado uno de esos cargos; ahora bien no desmerita el despacho los atributos y capacidades del actor, solo que por ellos no puede decirse que otra persona no es idónea para desempeñar el mismo cargo, este es el caso del señor Ramos Zabala quien antes de ocupar el cargo de Jefe de Oficina UMATA, se desempeña como profesional Universitario adscrito al despacho del Alcalde del Municipio de Sincelejo.

Por último, condenó en costas a la parte demandante.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte demandante, inconforme con la sentencia de primera instancia interpuso recurso de apelación solicitando sea y se concedan las pretensiones de la demanda, argumentando que estaba probado en el expediente que la verdadera razón de ser del acto acusado fue desvincular al actor de su cargo y no la de mejorar el servicio.

Indicó que, debió aplicarse la tesis expresada en la demanda, que en los últimos años fue adoptada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, relativa a la necesidad de que los actos que declaran la insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, se funde en la mejora del servicio, dado que si bien es cierto, que son empleados que no gozan de los mismos derechos de estabilidad laboral que tienen los funcionarios de carrera administrativa, no es menos cierto que uno de los derechos laborales de que sí gozan es que el acto de su desvinculación, se fundamente en mejorar el servicio y a no olvidar que a su circunstancia laboral, no los hace menos trabajadores que los empleados de carrera administrativa.

Además expresó que el a quo, valoró que está acreditado que al demandante junto al acto de su desvinculación, se le entregó un reconocimiento por su labor prestada, lo

4 Folios 222 a 259 c-01

cual es prueba suficiente de que el actor venía cumpliendo de manera cabal y a satisfacción la función encomendada por la administración municipal de Sincelejo. No tuvo en cuenta la solución de un caso similar, cuyo precedente se alegó en la demanda y se citó textualmente, en el que a una servidora de la rama judicial, al igual que al actor se le felicitó por su labor cuando se declaró insubsistente, condición suficiente para el Consejo de Estado, para entender que el acto acusado se expidió con desviación de poder, que es causal autónoma y suficiente para anular un acto administrativo.

No valoró el juez, que si bien, la persona que reemplazó al actor en sus funciones cumplía con los requisitos mínimos para ejercer el cargo, venía de haber sido declarado insubsistente de otro cargo de menor jerarquía, lo cual prueba que con su nombramiento, no se mejoró el servicio prestado por el actor, pues, ya se había desvinculado de la administración con anterioridad y a través de la expedición de un acto de insubsistencia, que goza de toda la presunción legal y no fue desacreditado por la parte demandada.

No analizó el juez, que la tesis planteada por la parte actora, no es que una persona con menos preparación que el actor y que cumpla los requisitos mínimos, no pudiera ser nombrada en el cargo del actor, sino que, dicha circunstancia acredita per se, que con el nombramiento del señor Zabala en el cargo que desempeñaba el actor, no se mejoró el servicio desde el punto de vista funcional, es decir, por lo que pudiera ofrecer el nuevo funcionario, diferente a las actividades que venía cumpliendo el actor, teniendo en cuenta sus mejores capacidades o experiencia; por manera que, al no tener esas mejores capacidades o experiencia, el cambio de funcionario por sí mismo, no demuestra que se hubiera mejorado el servicio y por lo contrario, se advierte que se desmejoró.

No tuvo en cuenta el juez, lo acreditado en el expediente en relación con el tiempo que demoró el funcionario que reemplazó al demandante en el cargo, pues, cuando se presentó la demanda, ya se había nombrado a otra persona en el mismo, circunstancia que es prueba suficiente de que el acto administrativo demandado se expidió para sacar del cargo al actor y no para mejorar el servicio.

No se acreditó en el expediente por parte del ente demandado, que se hubiese presentado un cambio institucional en la administración o políticas públicas en materia agropecuaria en el municipio, que permitiera pensar que existía la necesidad del

cambio de funcionario que se efectuó.

Por último, manifestó estar en desacuerdo con la condena en costas impuestas por la primera instancia, puesto que la parte demandante no actuó de forma temeraria y con mala fe.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Admitido el recurso de apelación por parte del Tribunal Administrativo, se dispuso correr traslado por escrito a la partes para alegar y concepto del Ministerio Público⁵, etapa procesal en la que no se emitió pronunciamiento alguno.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal es competente para desatar la alzada, de conformidad con el numeral 1ª del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicitó la nulidad del Decreto 319 del 2 de julio de 2014, expedido por el Alcalde Municipal de Sincelejo, por medio del cual, se declaró insubsistente en el cargo de Jefe de Oficina Código 006 Grado 10 adscrito a la Secretaria de Agricultura (Unidad de Asistencia Técnica Agropecuaria UMATA) del municipio de Sincelejo.

2.3. CUESTIÓN PREVIA. IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL MAGISTRADO RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

El magistrado RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, presentó memorial en cual expone que se considera impedido para participar en el debate del presente asunto, como quiera que su esposa es contratista del Concejo Municipal de Sincelejo de Sincelejo – Sucre, lo cual encuadra en la causal establecida en el numeral 4 del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011.

El mismo, se estima no configurado por las siguientes razones:

El Concejo Municipal como órgano coadministrador, carece de personería jurídica y procesal para comparecer por sí mismo a un proceso, y por tanto, su representación legal corresponde al respectivo ente territorial, de conformidad con el artículo 314 de la Constitución Política. Sumado a lo anterior, el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, faculta, entre otros, al presidente del respectivo órgano (Concejo), para que contrate y

⁵ Folios 1-10 cuaderno de primera instancia.

comprometa a nombre de la persona jurídica de la cual hace parte, las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección.

El artículo 51 de la Ley 179 de 1994, dispone:

"Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones legales vigentes".

En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la Sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación".

De acuerdo con lo expuesto, el argumento traído a colación con miras a la declaratoria de impedimento, no puede entenderse como una eventualidad predicable para conocer del asunto, ya que si bien es cierto que la cónyuge del H. Magistrado Rufo Carvajal es asesora externa del Concejo Municipal de Sincelejo, en el caso concreto, esta Corporación no hace parte de la Litis, como tampoco se le ha conferido poder para actuar dentro del presente asunto, por tanto, no guarda relación con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.

A lo anterior se agrega que, si bien es cierto Concejo Municipal por carecer de personería jurídica no puede ser parte en el proceso, sino que deba comparecer en juicio por conducto del ente territorial, ello no implica que sea el municipio de Sincelejo quien ocupe el lugar de parte, dentro del proceso.

Por lo antepuesto, es un hecho que el vínculo contractual de la cónyuge del H. Magistrado Rufo Carvajal, por sí solo no constituye impedimento, como quiera que no implica poder decisorio, ni tampoco se advierte que hubiera intervenido en el asunto representando al Concejo, por ello, no se afecta la serenidad ni la imparcialidad necesaria que debe acompañar al H. Magistrado. En consecuencia, no se encuentra acreditado el supuesto impedimento, lo que conlleva indefectiblemente a no aceptar el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 130 de la Ley 1437 de 2011 y el Art. 141 del C.G.P.

Determinado, lo anterior, pasa la Sala en consecuencia a establecer el problema jurídico y la respuesta del Tribunal al mismo.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO.

Vistos los antecedentes, considera la Sala, que el problema jurídico gira en torno a determinar si el acto de retiro del servicio del actor quien ocupaba cargo de libre nombramiento y remoción, por declaratoria de insubsistencia, está viciado por desviación de poder, al no demostrarse el mejoramiento del servicio por parte de la Administración Municipal de Sincelejo - Sucre.

2.5. ANÁLISIS DE SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

En el proceso, está demostrado que mediante Decreto 537 del 3 de agosto de 2012, expedido por el Alcalde Municipal de Sincelejo, se nombró al señor FERNANDO RAUL NAVARRO MONTERROZA, en el cargo de Jefe de Oficina Código 006 Grado 10, de libre nombramiento y remoción, adscrito a la oficina Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria.

Asimismo, está demostrado que mediante Decreto 319 del 2 de julio de 2014, el señor FERNANDO RAUL NAVARRO MONTERROZA, fue declarado insubsistente del cargo anterior, bajo la causal del literal a del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, decisión administrativa que le fue comunicada el 2 de julio de 2014⁶.

De conformidad con las normas que regulan el ingreso a la función pública, la clasificación de cargos, responde a empleos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de elección popular, periodo fijo, trabajadores oficiales y empleados temporales, lo cual se deriva de la redacción del artículo 125 de la Constitución Política⁷, teniendo como norte, que la generalidad indica que los cargos sean de carrera.

La Ley 909 de 2004, en su artículo 5 clasificó los empleos como de carrera administrativa y dispuso las excepciones a los mismos así:

“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 comunidades indígenas conforme con su legislación.

6 Folio 49-50.

7 El artículo 125 de la Constitución Política previó que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera administrativa, sin embargo, exceptuó de dicha regla aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que la ley determine.

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 de 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) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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"

Se puede apreciar que la normatividad reguladora de la función pública establece entonces, como regla general que los cargos son de carrera y de forma excepcional de libre nombramiento y remoción⁸, los cuales responden al desarrollo de dos criterios identificadores a saber: I) dirección, conducción, asesoría y orientación; II) especial confianza y manejo de dinero valores y bienes.

Cuando el criterio a analizar es el de dirección, conducción, asesoría y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, los cargos de libre nombramiento y remoción en Administración Descentralizada del Nivel Territorial se circunscribe a Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector

⁸ En sentencia T- 372 de 2012, la Corte Constitucional señaló que, "el artículo 125 de la Constitución establece la regla general de la carrera administrativa para proveer los empleos públicos, siendo los de libre nombramiento y remoción una excepción que debe ser creada y definida por la ley"

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.

Cuando el análisis debe hacerse desde el criterio de especial confianza, los cargos de libre nombramiento y remoción de la Administración Descentralizada del Nivel Territorial serán aquellos que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo del Director o Gerente de la Empresa, presidente o director.

Si el ejercicio del cargo comporta la administración y manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, la norma no enlista los cargos, como en los acápite anteriores, razón por la cual será el análisis de funciones las que determinen si el cargo ejercicio corresponde por su naturaleza a uno de libre nombramiento y remoción.

En el caso que nos ocupa, de conformidad con las pruebas documentales arrimadas al plenario, las cuales dicho sea de paso, no fueron objeto de reproche probatorio alguno, el actor se desempeñó como Jefe de Oficina de la Umata, por hacer parte de la política pública institucional municipal relacionado con el agro, cuyo desarrollo e implementación que esta cargo del señor Alcalde Municipal, reviste la naturaleza de libre nombramiento y remoción, en tanto que responde al desempeño de una función que implica confianza y ejecución de la política, asesoría y directrices bajo la dirección del primer mandatario municipal, punto en el que dicho sea de paso, la parte actora no muestra desacuerdo alguno.

Siendo la naturaleza del empleo de libre nombramiento y remoción, mírese como el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece como causal de retiro del servicio para este tipo de empleos, la **declaratoria de insubsistencia del nombramiento**, siendo la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. Criterio este, que de igual forma, lo expone el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, al disponer que *"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"*⁹.

De data reciente, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, sobre el tema ha expresado:

⁹ ARTICULO 26 del Decreto 2400 de 1968. 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. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.

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

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹⁰, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

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

Sobre el particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado¹¹ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 36 de CCA¹² señala: «En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa», contenido normativo que supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».¹³

La Corte Constitucional en sentencia C -1003 del 2003, expuso que dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973,

¹⁰ Ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013), Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

¹¹ Sentencia T-372 de 2012.

¹² Contenido normativo que corresponde al artículo 44 del CPACA.

¹³ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Radicado: 050012331000201000420 01 (3613-15). Actor: Diana Carmenza Rúa Betancur. Demandado: Municipio de Envigado, Antioquia

artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

Se debe decir entonces, que un funcionario vinculado a un cargo gobernado por el régimen de libre nombramiento y remoción, su vinculación es la más precaria dentro de la Función Pública, pues esta clase de cargos desarrollan funciones de dirección, confianza y manejo, lo cual sirve de sustento, dentro de los límites ya establecidos, para el agente nominador pueda remover al funcionario en cualquier momento, teniendo en cuenta la discrecionalidad que le otorga la Ley.

De contera, el personal que desempeña cargos de libre nombramiento y remoción, contrario a los empleados de carrera administrativa, no goza de la estabilidad laboral de la cual disponen estos últimos, ya que su concepción jurídica fue establecida en el sentido de que al ser cargos en que el nominador deposita en su empleado un alto grado de confianza para el desarrollo de las labores, su permanencia en el cargo depende de la voluntad del empleador o nominador, el cual ostenta la facultad discrecional para decidir libremente sobre la permanencia o desvinculación del empleado en el respectivo cargo.

En ese norte, el Consejo de Estado, ha explicado:

"La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado: "En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador"¹⁴

Determinado que el cargo era de libre nombramiento y remoción, las premisas normativas de su regulación determinan que el acto administrativo de retiro, no requiere de motivación, presumiéndose legal y expedido en razón de las necesidades del servicio.

En sentencia citada ut supra, la Sala Laboral del Consejo de Estado, sobre la facultad de retiro del servicio en los cargos de libre nombramiento y remoción, expresó:

"Respecto de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción cabe indicar que, por disposición expresa del inciso final del artículo 1 del Código Contencioso Administrativo, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 0481-10, sentencia del 11 de 2010, C. P. Dr. Víctor H. Alvarado Ardila. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación: 20001-23-31-000-2010-00130-01 (1205-12), Actor: Adalberto Ortiz Oliveros, Demandado: Empresa de Servicios Públicos de Valledupar.

del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder pasa por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración”¹⁵

La desviación de poder como vicio generador de nulidad de los actos administrativos, se configura cuando el acto administrativo persigue un fin espurio, innoble o dañino, distinto a los que ha fijado el Ordenamiento Jurídico, como es el de interés general o el mejoramiento del servicio, fines que dicho sea de paso, se presumen. De tal suerte que en su actuar el Funcionario desvía los fines de las competencias otorgadas, disfrazando la actuación con un manto de legalidad, el cual encubre la motivación subjetiva y arbitraria que conlleva a la expedición del acto.

La Corte Constitucional en Sentencia C – 456 de 1998¹⁶, ha señalado que:

“El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

Ahora bien, cuando se arguye esta causal de nulidad, es una obligación de quien afirma la existencia de la misma llevar al Juez Administrativo, los medios que conduzcan a desvirtuar la citada presunción, siendo entonces, el análisis de las probanzas arrimadas al proceso, las que permiten determinar sí, efectivamente los hechos que se alegan como constitutivos de la causal de nulidad, están presentes en la expedición del acto acusado, de forma tal, que desvirtúen la legalidad que resguarda a todo acto administrativo.

La Jurisprudencia Contencioso Administrativa en asuntos similares al caso bajo estudio, ha sostenido que corresponde al Juez de conocimiento analizar frente a cada caso concreto, si las razones o motivos que se sustentan y se pretenden acreditar en el debate procesal, contienen el suficiente peso para soportar una presunta desviación del poder. Sobre lo aquí expuesto, el Consejo de Estado ha fijado la siguiente pauta:

II) Desviación de poder. (...)

¹⁵ Ibidem 13.

¹⁶ Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio.

Sin embargo, es pertinente afirmar por parte de la Sala, que demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión."¹⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como se puede observar, la desviación de poder como vicio invalidante de legalidad de los actos administrativos es una causal de nulidad que implica para quien la alega, la ineludible obligación de soportar jurídica y probatoriamente¹⁸ los supuestos que la configuran.

"Ahora bien, cuando la declaratoria de insubsistencia se basa en el ejercicio de facultad discrecional, entrándose de empleos de libre nombramiento y remoción el H. Consejo de Estado ha concluido que no existe la necesidad de expresar los motivos de la determinación adoptada. Veamos como en sentencia de fecha 6 de abril de 2006 se expuso:

"El presente asunto se contrae a establecer si se ajusta o no a derecho el Decreto No. 102 de enero 31 de 1995, por medio del cual el Gobernador del Departamento del Huila declara insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de Unidad 2035-43 dependiente del Departamento Administrativo de Planeación. Cuando se produjo el acto acusado, el demandante era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción. No estaba inscrito en carrera, ni gozaba de período fijo, ni tenía a su favor ningún otro fuero de relativa estabilidad en su cargo. Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna - o sea en la forma como se hizo - de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador"¹⁹

En relación con la carga de la prueba y la presunción de legalidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de febrero 2009, con ponencia del H. Consejero Alfonso Vargas Rincón, ha previsto que²⁰:

"De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; y por la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos

17 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub. B, C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 30 de marzo de 2011 Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04308-01(2014-10).

18 En otro pronunciamiento del Consejo de Estado, se señaló, lo siguiente: "...El actor pretende demostrar esta censura con suposiciones y pareceres personales, sin allegar prueba fehaciente que demuestre el fin torcido de la administración, cuestión que no es posible tratándose de la censura por desvío de poder, como quiera que la carga de la prueba le incumbe al demandante que alega el fin contrario al buen servicio y en este aspecto, la prueba ha de ser contundente, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración."¹⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto). Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub. A, 9 de marzo de 2000, Radicación: 815-99.

19 Expediente No. 41001-23-31-000-1995-08142-01(5866-05). Sección II Subsección A. Ver igualmente, sentencia del 2 de diciembre de 2010, la Subsección B, Expediente No. 15001-23-31-000-2003-02831-01(0653-10)

20 Consejo de Estado. Sección Segunda- Subsección A. Expediente No. 250002325000200106763 02 No. Interno: 0422-2008.

se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, lo cual se deduce del texto del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo”²¹

En esa misma óptica, en sentencia del 26 de abril de 2012²², se expresó:

*“La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario reviste de presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; **ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre. En este sentido, se advierte que la aseveración del actor en torno a la supuesta desviación de poder, impone trascender la órbita de lo objetivo y formal del acto acusado, para trasladarse a la estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del vicio de nulidad, que debe aparecer acreditado fehacientemente; ello es, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. En otras palabras, demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”** (negritas fuera del texto).*

Es de recordar que lo que prima en este tipo de cargos es la esfera de confianza que el nominador debe depositar en su subalterno, para efectos de lograr un buen equipo de trabajo orientado a la adecuada y debida prestación del servicio, lo cual sólo se materializaría con el empleado en el que el nominador pueda confiar, por lo que “*si se pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto por esta razón será necesario demostrar el desmejoramiento sufrido por el servicio, que a su vez conduzca a la desviación de poder*”²³.

En tal sentido, los elementos de la desviación de poder, no se pueden tomar del solo hecho que se demuestre que el funcionario retirado cumplió de manera eficiente su labor o haya tenido una buena gestión en el cargo o tenga mayor experiencia que el designado en su remplazó²⁴, como lo argumenta la parte actora en su recurso, dado que ello no le otorga fuero de estabilidad alguno, puesto ello es sólo, el cumplimiento de los deberes que todo servidor público asume una vez toma posesión del cargo²⁵, como bien lo indicó el a quo, debiendo precisar la Sala que, en la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción no se hace un juicio respecto de la

21 Hoy artículo 167 del CGP.

22 Consejo de Estado, Sección II Subsección B. Radicación número: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11). C. P. Bertha L. Ramírez.

23 Consejo de Estado. Sección Segunda, Sub. "A". Sentencia del ocho (8) de abril de 1999. C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE. Radicado Número: 15258.

24 A menos que no se cumplan los requisitos mínimos del cargo, lo cual en el presente proceso no está probado.

25 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. SUBSECCION "A". C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 26 de noviembre de 2009. Radicación No.: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09)

idoneidad del empleado removido, sino que eventualmente, a juicio del nominador, pueden presentarse otras circunstancias que amenacen la garantía de la prestación de un buen servicio, motivos que no debe explicar en el acto de insubsistencia²⁶, tal como lo determina el inciso final del artículo 41 de la Ley 909 que dispone que, "*la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado*"

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 discrecional"*²⁷

Por tanto, siendo el cargo ocupado por el actor de Libre Nombramiento y Remoción, el acto administrativo de retiro, no requería de motivación, presumiéndose legal y expedido en razón de las necesidades del servicio, no siendo suficientes los argumentos expuestos por el actor relacionados con la hoja de vida del actor o el cumplimiento de sus deberes, los cuales en este caso particular no tienen eficacia demostrativa alguna, respecto de la finalidad espuria, torticera, desviada y desproporcionada del nominador, en este caso, el Alcalde del Municipio de Sincelejo, al expedir el Decreto 319 de 2014, mediante el cual dispuso en el retiro del servicio del hoy actor.

En orden de lo expuesto, la Sala no encuentra prueba que exteriorice los vicios de nulidad alegados por la parte actora y en tal sentido la presunción de legalidad del acto acusado como bien lo expuso el A quo, se mantiene incólume.

- **DE LA CONDENA EN COSTAS IMPUESTA POR LA PRIMERA INSTANCIA.**

La parte actora en su recurso de apelación, solicita la revocatoria de la condena en costas impuestas por el Juez de Primera instancia, a lo cual no se accederá por las siguientes razones:

Las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales

²⁶ "La posibilidad de declarar insubsistencias, es una facultad que la ley concede a la autoridad nominadora respecto de los empleados no protegidos por fuero alguno de estabilidad" "*la insubsistencia obedece siempre a algún motivo que la administración no está obligada a expresar en el acto que la declara. Y si lo manifiesta, ello no acarrea por sí solo vicio alguno que invalide el acto, a menos de probarse que tal motivo no existió o no se ajusta a la verdad, puesto que así podría llegarse a la desviación de poder por parte del funcionario que inventa motivos o los desfigura, para separar del servicio a un empleado, sin tener en cuenta el fin primordial para el que se concedió la facultad de nombrar y remover libremente*" Consejo de Estado, Sentencias del de 2 de noviembre de 2000. M. p. Dra. Ana Margarita Olaya Forero y del Sentencia del 4 de mayo del 2000 M.P. CARLOS ORJUELA GONGORA.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B. C. P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 10 de septiembre de 2009. Radicación No. 63001233100020010124101. Expediente No. 2291-2008. Actor: ANCIZAR GIL HENAO. AUTORIDADES NACIONALES.

por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4 del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como agencias en derecho, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A.²⁸, debe interpretarse en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, por lo que claramente en este punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto.

El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA.*

²⁸ 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.

- b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."*

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, es claro para esta Corporación que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello, circunstancia que tampoco ha de advertirse en la fijación de las agencias en derecho, dado que para esto último se tiene en cuenta los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

En conclusión, los reparos formulados por la parte demandante – recurrente no prosperan y consecuente se impone por parte del Tribunal, la confirmación de la sentencia de primera instancia, que negó la pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

- **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Al no haber prosperado el recurso de apelación y atendiendo el régimen objetivo de costas, implementado por la Ley 1437 de 2011, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán tasadas por el A quo.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 26 de julio de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, acorde con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante. Por el a quo tásense.

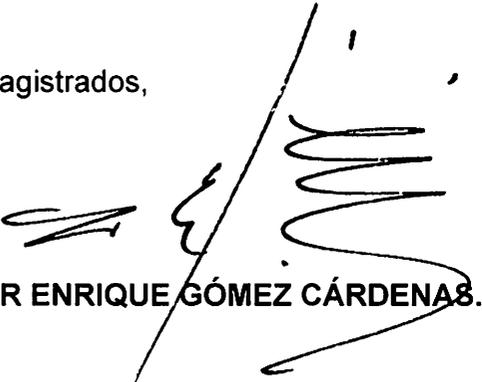
TERCERO: No aceptar el impedimento manifestado por el magistrado RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

CUARTO: Ejecutoriada ésta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para su cumplimiento.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No.35.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.


SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA


RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY