



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dos (2) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas.

ASUNTO: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

RADICACIÓN: 700013333001-2015-00109-01

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

DEMANDANTE: JUAN ALBERTO OSPINA DE LA OSSA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE SUCRE- SUCRE

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Decide el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1 de agosto de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

El señor **JUAN ALBERTO OSPINA DE LA OSSA**, por conducto de apoderado judicial, solicitó la **nulidad de la Resolución No. 1462 del 15 de diciembre de 2014**, expedida por el Alcalde del municipio de Sucre – Sucre, por medio del cual se le declaró insubsistente su nombramiento.

A título de restablecimiento, pretende se disponga el reintegro al cago que venía desempeñando o uno de igual o similar categoría y remuneración, así como a título de indemnización se ordene el pago de salarios y derechos laborales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo separado del cargo hasta que sea efectivamente reintegrado, declarando que no existió solución de continuidad en el servicio.

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

El señor **JUAN ALBERTO OSPINA DE LA OSSA** fue nombrado a través de la Resolución No. 331 del 3 de abril de 2009, en el cargo de TECNICO OPERATIVO de la UMATA del Municipio de Sucre –Sucre, tomando debida posesión del mismo.

El Alcalde Municipal de Sucre- Sucre, a través de su Secretaria, envió el Oficio del 1 de diciembre de 2014 en el cual se le comunica al actor que a través de Resolución No. 1372 del 1 de diciembre de 2014, se ordenó solicitar renuncia a todos los secretarios de despacho y otros funcionarios.

Por medio del Decreto No. 1462 del 15 de diciembre de 2014, el Alcalde municipal de Sucre – Sucre, declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de técnico operativo de la Umata, decisión administrativa que le fue comunicada el 18 de diciembre de 2014.

La Administración Municipal, no dejó constancia en la hoja de vida del actor, sobre las hechos que le sirvieron de causa para declarar la insubsistencia, tal como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

El retiro del demandante se produjo una violación a derechos fundamentales constitucionales y legales, pues no se tuvo en cuenta la mejora del buen servicio público ya que el demandante, se había desempeñado en su cargo con eficiencia, idoneidad, decoro, señalando además que en el texto de la Resolución N° 1462 del 15 de diciembre de 2014, el alcalde de Sucre-Sucre, hace una aparente motivación del acto administrativo de retiro, pero en nada tiene que ver con mejorar el servicio público de la administración

En al acápite de **normas violadas y concepto de violación**, la parte demandante expresó que el acto demandado vulneró los artículos 1, 25, 29, 53, 93, 90, 123, 125, 209 de la Constitución Política. Así mismo, el Decreto Ley 2400 de 1968, la Ley 4909 de 2004, Decreto 1227 de 2005 y la Ley 1437 de 2011, porque se desconocieron las obligaciones contenidas en dichas normas y que dan protección a los empleados públicos y exigen que las desvinculaciones de los servidores se haga con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues lo contrario genera irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el caso del actor, donde la autoridad expidió el acto administrativo demandado no sujeto a los canones supraleales.

Se adujo, que el acto estaba afectado por expedición irregular e ilegal por falta de motivación o insuficiente motivación, pues en su parte motiva no hay referencia a los hechos o circunstancias fácticas que motivaron la insubsistencia, solo motiva el acto diciendo que solicito a los secretarios de despacho la renuncia porque el próximo año se acercan nuevo retos. Argumento que apoyó en decisiones del Consejo de Estado relativas a la necesidad de motivar el retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad.

Con los mismos argumentos indicó que el acto estaba afectado de nulidad por violación de las normas, al debido proceso y derecho de defensa por insuficiente e inexistente motivación del acto administrativo, toda vez que el actor fue nombrado en provisionalidad en el cargo de técnico operativo de la UMATA y por tanto, su retiro debió obedecer a un acto motivado de manera clara, concreta y suficiente, además en el cargo no existía lista para proveerlo por mérito, razón que le permitía continuar en el cargo y no ser retirado del mismo sin justa causa para ello hasta que el cargo fuera convocado a concurso, agregando que el acto de retiro no enumera ni señala con claridad los hechos y antecedentes que dan lugar al retiro del demandante, razón por la cual debe ser declarado nulo.

Por último, la parte actora indicó que el acto demandado adolecía de expedición irregular por insuficiente motivación, al no dejarse constancia en la hoja de vida del actor y fue expedido con desviación de poder, persiguiendo fines distintos al mejoramiento del servicio público, por cuanto se nombró a una persona que no tenía la experiencia laboral para desempeñar el cargo, siendo que el actor siempre cumplió con sus funciones no existiendo razones objetivas para su retiro del cargo desempeñado en provisionalidad.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.¹ La entidad territorial demandada no contestó la demanda.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.²

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda. Para el efecto, estimó que el ejercicio de la función pública se vale del empleo público para delimitar el marco de funciones, derechos y deberes de todos y cada de los servidores del Estado, de tal forma surgen los elementos de este último instituto los cuales cumplen con el objeto constitucional en mención, destacándose: (i) la clasificación y la nomenclatura, (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente, y (vi) su incorporación en una planta de personal, concluyéndose a esta instancia, que la estructuración de elementos del empleo público, define el espectro de facultades y responsabilidades, de todo servidor público, definiéndose, así mismos sus derechos de orden laboral.

1 Auto del 11 de marzo de 2016, en el cual se fijó fecha para audiencia inicial y se señaló que no hubo contestación de la demanda. Folio 57.

2 Folios 109-114 cuaderno de primera instancia.

Expuso que el artículo 25 de la C. P., establece como regla general, que los cargos, en las entidades y organismos del Estado, sean de carrera administrativa, es decir, que su designación y provisión, este determinada por concurso de méritos, el cual debe realizarse conforme a las formalidades exigidas en la ley; es decir, este artículo restringe a la Administración Pública, en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa, específicamente, las contenidas en la Ley 909 de 2004 y por su parte el artículo 1° de la ley 909 de 2004, establece la clasificación de los empleos y empleados públicos.

Que a su vez, si bien el Art 125 de la C.P., indica que los cargos estatales deben ser de carrera administrativa se suscitan excepciones como lo son los cargos de libre nombramiento y remoción, estableciéndose en el Art. 5 de la Ley 909 de 2004, los lineamientos para entender cuando nos encontramos en presencia en un empleo de tales connotaciones, caracterizado por (i) de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, (ii) de otro, referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades.

Agregando que entratándose de la desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción, dada las características antes anunciadas, “el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa pero que se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda.”³

Sentado lo anterior, afirmó el a quo que el cargo provisto al demandante, el cual si bien se señala en algunas documentales aportadas en la demanda como de carrera administrativa, se prevé que el empleo Técnico Operativo (Director Umata), se ajusta a las particularidades del Art. 5 de la Ley 909 de 2004 (Dirección, Confianza, Manejo presupuestal, seguridad y protección), por lo cual, el mismo es asumible a un empleo de libre nombramiento y remoción, conclusión apoyada en sentencia de la sección segunda del H. Consejo de Estado.

Concluyó que definida la naturaleza del cargo, como un empleo de libre nombramiento y remoción, se denota, que la administración municipal tenía la facultad discrecional de dar por terminada la vinculación, bajo criterios de razonabilidad, precisando que del acervo probatorio recopilado, se encuentra que la parte actora no logra desvirtuar la

3 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente 0990-14. C.P Dr. William Hernández Gómez.

presunción de mejoramiento de servicio advertida en el acto de declaratoria de insubsistencia, que permita detentar una decisión no justificada y razonable para con las instancias del caso, dada la facultad discrecional que se predica del ente municipal para dar por terminada la vinculación del demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción, al cual fue provisto.

Por último, condenó en costas a la parte demandante.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte demandante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda, argumentando que:

El acto administrativo acusado Resolución N° 1462 del 15 de Diciembre de 2014, "Por medio de la cual se hacen unas declaraciones de insubsistencias" y se nombra a su reemplazo, expedido por el Alcalde Municipal de Sucre (Sucre), en forma irregular e ilegal, pues fue insuficientemente motivado, dado que el parágrafo 2o del artículo 41 de la misma ley dice, que reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley, deberá efectuarse mediante acto motivado.

Durante el proceso no se evidencia razones del servicio que ameritaran su retiro. Por lo tanto la entidad demandada tenía la obligación de indicar las razones que llevaron a la expedición del acto de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, sin embargo solo se limitó a argumentar que el acto de insubsistencia fue expedido en ejercicio de la facultad que tiene la Gerente (sic) y en el acto administrativo no se estableció que el retiro del demandante se debió a que no cumplía a cabalidad con sus funciones ni se estableció que su retiro se debió para mejorar el servicio público, ni tampoco se demostró durante el transcurso del proceso que se haya mejorado el servicio con su retiro.

El actor fue nombrado en provisionalidad debido a que en la entidad este cargo de TECNICO OPERATIVO de la UMATA se encontraba vacante, y mientras este se proveía a través de concurso.

En el sub lite, no cabe duda que con la expedición del acto impugnado, el Alcalde del Municipio de Sucre (Sucre), actuó no en beneficio del interés general, sino para satisfacer sus propios compromisos políticos, ya lo dijo el Alcalde en el acto de retiro (el próximo año se acercan nuevos retos- cuyo reto no era menos que la elección de

4 Folios 222 a 259 c-01

Alcaldes y Concejales entre otros), dejando al descubierto que la decisión obedeció a una causa que no tuvo como fundamento el mejoramiento del servicio público sino que se encaminó a satisfacer intereses subjetivos lo que trae como consecuencia una desviación de poder.

Expresó que la ley 909 de 2004 en el artículo 5, no establece que este cargo sea de los denominados de Libre Nombramiento y Remoción, sino que es un cargo de carrera administrativa, pues esta taxativamente señalado en la ley por lo tanto es reglado. El acto acusado está viciado por insuficiente motivación, por apartarse de la realidad jurídica, pues la naturaleza jurídica de los cargos de la Administración Pública, están debidamente señalados en la Constitución en el artículo 125 y la Ley, si es de carrera o de libre nombramiento y remoción, como pudimos observar en la Ley 909 de 2004 ni en sus Decretos Reglamentarios, clasifica el cargo de TECNICO OPERATIVO (Director de la UMATA), como de Libre Nombramiento y Remoción, pues este es un cargo de Carrera, habida cuenta que no cumple funciones de 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.

Concluyó la parte demandante sus reparos contra la sentencia de primera instancia, indicando que el municipio de Sucre – Sucre, no demostró cuales fueron las razones del servicio que lo llevaron a retirar al señor JUAN ALBERTO OSPINO DE LA OSSA, ni como pretendía mejorar el servicio con la insubsistencia. Pero el demandante si demostró con las pruebas arrojadas al proceso que con su desempeño laboral se garantizaba la prestación de un buen servicio, por lo que su retiro se hizo por mero capricho y no por el buen servicio.

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, pronunciándose solo la parte actora, insistiendo en los argumentos expresados en el recurso de apelación⁶. El delegado del Ministerio Público no se pronunció.

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.

5 Folios 1-10 cuaderno de primera instancia.

6 Folios 11-15 cuaderno de segunda instancia.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicitó la **nulidad de la Resolución No. 1462 del 15 de diciembre de 2014**, expedida por el Alcalde del municipio de Sucre – Sucre, por medio de la cual se le declaró insubsistente el nombramiento al señor JUAN ALBERTO OSPINA DE LA OSSA.

2.3. PROBLEMA JURIDICO.

Vistos los antecedentes, considera la Sala, que el problema jurídico gira en torno a determinar si el acto de retiro del servicio del actor por declaratoria de insubsistencia, está viciado i) por expedición irregular al no estar debidamente motivado y, ii) por desviación de poder, al no demostrarse el mejoramiento del servicio por parte de la Administración Municipal de Sucre – Sucre.

2.4. ANÁLISIS DE SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

En el proceso, está demostrado que mediante Decreto 331 del 3 abril de 2009, expedido por el Alcalde Municipal de Sucre – Sucre, se nombró al señor JUAN OSPINO DE LA OSSA en el cargo de técnico operativo (director de la UMATA) Código 314 Grado 14 del municipio de Sucre – Sucre⁷, cargo del cual tomó posesión el mismo día, conforme acta de posesión obrante a folio 77 del cuaderno de primera instancia.

Igualmente está demostrado que mediante Resolución No. 1462 del 15 de diciembre de 2014, expedida por el Alcalde Municipal, se declaró insubsistente del cargo de técnico operativo (director de la UMATA) del municipio de Sucre⁸.

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 Política⁹, 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:

7 Transcripción literal del acto de nombramiento el actor, obrante a folios 30.

8 Folio 74 cuaderno de primera instancia.

9 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.

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.

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) <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 remoción¹⁰, 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 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 acápites 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 arrojadas al plenario, las cuales dicho sea de paso, no fueron objeto de reproche probatorio alguno, el actor se desempeñó como **director – coordinador de la UMATA del Municipio de Sucre**, siendo necesario precisar que la Ley 101 de 1993 estableció la obligación, a los municipios y los distritos especiales, de crear la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria (**Umata**), cuya función es la de prestar asistencia y asesoría técnica agropecuaria directa y gratuita a los pequeños productores, norma modificada por la Ley 607 de 2000.

Esta última norma, estableció en su artículo 17, lo siguiente:

“ARTICULO 17. Para ser funcionario de la UMATA se exigirán como requisitos ser profesional en el área de agronomía, veterinaria, zootecnia, biología, ingeniería forestal, agroalimentaria, administración agropecuaria, tecnología agropecuaria, técnico agropecuario, bachiller agropecuario y profesiones afines con el sector agropecuario, medio ambiental y pesquero. Su vinculación se hará de acuerdo a las normas de carrera administrativa.

10 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”

PARAGRAFO. Para ser director de UMATA es obligatorio acreditar título profesional en áreas agropecuarias y una experiencia en el sector agropecuario, medio ambiente o pesquero no menor de tres años”

Estas unidades de asistencia, se crearon con una función y un papel más dinámico, participativo, directo e integral en el sector agropecuario, como es el caso de las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria –UMATA-, las cuales fueron creadas con el propósito no solo de ofrecer asesoría y acompañamiento técnico a los pequeños y medianos productores rurales, sino también orientar el desarrollo potencial del sector rural, basado en sus potencialidades y limitantes.

El artículo 1 de la Ley 617 de 2000, dispone:

Artículo 1o. La presente ley tiene por objeto, garantizar la asistencia Técnica Directa Rural Agropecuaria, Medio ambiental, asuntos de aguas y pesquera, al ordenar la prestación de los servicios de asistencia técnica directa rural por parte de los entes municipales, racionalizar y coordinar las actividades correspondientes con miras a asegurar la ampliación progresiva de la cobertura, calidad y pertinencia del servicio de asistencia técnica, así como el seguimiento, orientación y acompañamiento en la prestación del servicio por parte de las entidades del orden departamental y nacional, en condiciones que permitan la libre escogencia por los beneficiarios de dichos servicios. Con la prestación de la asistencia técnica directa rural se crean las condiciones necesarias para aumentar la competitividad y la rentabilidad de la producción, en un contexto de desarrollo regional y en el marco de la internacionalización de la economía, a la par que se garantiza el acceso equitativo a los servicios estatales y a los beneficios de la ciencia y la tecnología a todos los productores rurales.

De igual forma, el artículo 2º, sobre principios, establece:

Artículo 2o. Principios. La asistencia técnica directa rural, es un servicio público de carácter obligatorio y subsidiado con relación a los pequeños y medianos productores rurales, cuya prestación está a cargo de los municipios en coordinación con los departamentos y los entes nacionales, en particular el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Para tal efecto la asistencia técnica directa se desarrollará bajo los siguientes principios:

“a....(..) ...

e) Planificación. La planificación de la asistencia técnica directa rural ofrecida a la producción agropecuaria, forestal, agroforestal y piscícola se hará de acuerdo con las características agroecológicas del municipio y con las recomendaciones básicas de uso y manejo de los recursos naturales renovables y en concordancia con los programas agropecuarios municipales del Plan de Desarrollo Municipal concertados y elaborados por el Consejo Municipal de Desarrollo Rural (CMDR) en los términos del artículo 61 de la Ley 101/93 con un enfoque de planeación regional y departamental, para dinamizar la competitividad en el marco de la globalización e internacionalización de la economía;

f) Descentralización. La asistencia técnica rural directa la prestarán los municipios y los distritos de acuerdo con los planes de desarrollo territoriales y los de ordenamiento

territorial (P.O.T) y las disposiciones del régimen de competencias y transferencias de la nación a las entidades territoriales;

g) **Obligatoriedad.** Es obligación de los municipios y distritos, la prestación del servicio de asistencia técnica directa rural para los pequeños y medianos productores rurales, ya sea a través de las UMATA o contratadas con entidades públicas, privadas, mixtas que se creen para tal efecto. Los municipios podrán asociarse para el cumplimiento de esta obligación.

h) **Calidad.** Para garantizar la adecuada prestación del servicio de asistencia técnica rural, el gobierno nacional por intermedio del Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural establecerá los criterios técnicos correspondientes. Los departamentos a través de las Secretarías de Agricultura o de quienes hagan sus veces harán el seguimiento a la gestión y la evaluación de la asistencia técnica rural directa por parte de los municipios;

i) **Coordinación.** Para efectos del cumplimiento del objeto de la presente ley, los responsables de la asistencia técnica directa rural establecerán mecanismos de coordinación entre las entidades del orden nacional, departamental y municipal a través del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología Agropecuaria”

Y en torno a sus características, los literales a y b del artículo 4 ibídem, exponen que:

a) Las entidades territoriales del orden municipal, de conformidad con la Ley 60 de 1993 o una posterior que la reforme y las disposiciones de la presente ley, financiarán el servicio de asistencia técnica directa rural, con el fin de garantizar su cobertura y calidad;

b) Estará a cargo de los municipios la prestación del servicio de asistencia técnica directa rural y la administración de los recursos que se destinen para el efecto y el pago de los gastos que ésta genere. Para tales efectos los municipios elaborarán un plan general de la asistencia técnica directa rural que será prestado por las entidades prestadoras de dichos servicios, los cuales serán pagados con los recursos que por virtud de la Ley 60 de 1993 o aquella que la modifique o esté vigente les corresponde invertir en las actividades de desarrollo rural y agropecuario y las demás fuentes de financiación que se describen en la presente ley;

En tal sentido, por hacer parte de la política pública institucional municipal relacionado con el agro, cuyo desarrollo e implementación que esta cargo del señor Alcalde Municipal, la referencia efectuada en el artículo 17 de la Ley 607 de 2000, no debe entenderse como una regla absoluta en el entendido que todos los cargos sean de carrera administrativa, lo que se puede leer, de dicha norma, es que la vinculación está sometida a las reglas o normas que regulan el ingreso a la función pública, entendiendo que dentro de dicha modalidad de empleados y empleados, están si, los cargos de carrera, de periodo y los de libre nombramiento y remoción, cada una con sus aristas diferenciales, en cuanto a su forma de retiro del servicio.

En ese orden, la Sala comulga con la postura del Juez de Primera Instancia, en el entendido que el cargo de Coordinador – Director de la UMATA del municipio de Sucre – Sucre, desempeñado, por el actor, 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.

En este punto, y frente al alcance que se debe dar al término especial confianza contenida en el literal b del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, debe considerarse que 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; siendo entonces, que no es solo el nivel jerárquico¹¹ de los empleos el que determina de manera única que estos sean de libre nombramiento y remoción, 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.

Se precisa, que la parte recurrente si pretendía demostrar que el cargo era de carrera administrativa y por tanto su vinculación era en provisionalidad, debió probar que las funciones cumplidas por el actor (las cuales como se lee en los certificados de tiempos de servicios, como coordinador de la UMATA DE SUCRE – SUCRE, las desarrolló también en épocas anteriores) no correspondían con las dirección y asesoría institucional o con aquellas que identifican un empleo bajo la connotación de libre nombramiento y remoción, siendo fundamental que incorporara al proceso el Manual de funciones y competencias laborales del municipio de Sucre – Sucre, para confrontar si materialmente las funciones no encuadran como lo afirma la parte actora en funciones de dirección y confianza, carga que no cumplió.

Siendo el 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. De igual forma, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, dispone 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”*¹².

11 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.”

12 ARTÍCULO 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

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.

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

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”¹³

Lo expuesto, permite concluir que siendo el cargo de libre nombramiento y remoción la causa de retiro del servicio de quien lo desempeña, procede por declaratoria de

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.

13 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.

insubsistencia discrecional sin necesidad de motivar el acto administrativo y que se lo presume orientado al buen servicio y/o procura del interés general.

En tal sentido, el argumento de estar viciado el acto demandado por motivación deficiente o expedición irregular por expedición insuficiente cimentada sobre el hecho que el cargo ocupado por el actor era de carrera y designada en provisionalidad y por tanto su acto de retiro debió ser motivado, no está llamado a prosperar.

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

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 1998¹⁴, 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.

Debe considerarse que la desviación de poder, no corresponde a un mero juicio de legalidad como ocurre con otras causales de anulación de los actos administrativos, sino que es necesario que quien alegue la nulidad de un acto administrativo invocando

14 Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

este vicio, acredite los elementos probatorios suficientes para demostrar que efectivamente que el acto fue guiado por fines diferentes e ilegales, para con ello desvirtuar la presunción de legalidad del acto, situación que no fue demostrada por parte de la demandante dentro de éste proceso, debiendo en consecuencia asumir el riesgo que implica no cumplir con el principio de autorresponsabilidad probatoria, que no es otro, que la negación del postulado pretendido.

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. (...)

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.”¹⁵ (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 probatoriamente¹⁶ los supuestos que la configuran.

“Ahora bien, cuando la declaratoria de insubsistencia se basa en el ejercicio de facultad discrecional, entratándose 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 adoptaba. 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

15 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).

16 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.”¹⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto). Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub. A, 9 de marzo de 2000, Radicación: 815-99.

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”¹⁷

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 que¹⁸:

“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 se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, lo cual se deduce del texto del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo”¹⁹

En esa misma óptica, en sentencia del 26 de abril de 201220, 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

17 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)

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

19 Hoy artículo 167 del CGP.

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

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, **“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”**²¹, lo cual no se puede tomar del solo hecho que se demuestre que el funcionario retirado cumplió de manera eficiente su labor, dado que ello no le otorga fuero de estabilidad alguno, pues ello es sólo es, el cumplimiento de los deberes que todo servidor público asume una vez toma posesión del cargo²².

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.”*²³

En la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción no se hace un juicio respecto de la 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 insubsistencia²⁴, 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”**

En refuerzo, debe recordarse que la confirmación procesal de las afirmación de la demanda sobre las cuales se soportan la causas de nulidad, incumbe a quien alega que el mismo es contrario al ordenamiento jurídico, porque la presunción de legalidad que recubre a la decisión administrativa, no sugiere, como lo aduce la parte demandante, que la carga probatoria se traslade hacia la Administración o al Juez de la Causa, pues la aportación probatoria o el apoyo de una función *ex officio* llevada al extremo en el sentido de considerarse que es el juez el que debe activar su poder

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

22 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)

23 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.

24 “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 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

probatorio para depurar las deficiencias o insuficiencias probatorias de la parte demandante, máxime cuando por mandato legal del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, está revestido de la presunción de legalidad.

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, por ello correspondía a la parte actora la carga probatoria respecto del ejercicio abusivo, desbordado y desproporcional de la facultad discrecional, que para el caso carecen de respaldo fáctico, toda vez que las afirmaciones genéricas realizadas en la demanda, no fueron validadas probatoriamente en el proceso, quedando en simples conjeturas generales sin eficacia demostrativa alguna, respecto de la finalidad espuria, torticera y desviada del nominador en el retiro del servicio del hoy actor.

Por último y referido a la ausencia de constancia en la hoja de vida del actor de la causa de la insubsistencia, está Sala asume como propias, las razones expuestas por el Consejo de Estado, considerando que:

*“La sala no comparte el planteamiento de que el acto de retiro está viciado de ilegalidad por que no se dejó constancia en la hoja de vida del actor de las causas que ocasionaron la remoción, (...) **una omisión como la indicada no puede generar efectos respecto de los actos que se impugnan por que la anotación en la hoja de vida es un acto posterior que, en consecuencia, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado porque se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. En este orden de ideas la Sala concluye que como la constancia en la hoja de vida sobre los motivos del retiro no constituye elemento del acto administrativo sino un acto posterior, debe desestimarse el cargo formulado...**”* Acorde a lo destacado, si bien no obra constancia en la hoja de vida de la accionante sobre los motivos o causa por la cual se declaró insubsistente su nombramiento, considera el Despacho que tal anotación constituye un hecho posterior a la decisión de la administración de desvincular al empleado del servicio, circunstancia que no afecta la validez del acto de retiro”.²⁵ (Negrillas fuera del texto).

Así las cosas, la ausencia de anotación en la hoja de vida sobre el motivo que dio lugar al retiro del demandante, no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que, además, no constituye elemento de aquél, no prosperando el reparo traído en sede de alzada.

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 se mantiene incólume, razón por la cual se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

25 Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B”, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, Sentencia de 1 de septiembre de 2005, Radicación número: 2542-04. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil tres (2003), Radicación número: 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01)

CONDENA EN COSTAS. 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 1 de agosto de 2017 por el Juzgado Primero 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: 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. 30

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA