



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

**Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actora: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE  
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

**SENTENCIA No. 004**

**I. ASUNTO A DECIDIR**

Incumbe a la Sala, resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 18 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones en el sistema oral, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

## **II. ANTECEDENTES**

### **2.1. La demanda.**

DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra del Municipio de San Marcos, pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 123 del 14 de septiembre de 2012, suscrito por el Alcalde de esa municipalidad, por el medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Gerente de la Empresa de Servicios de San Marcos –ESAM – ESP.

Como consecuencia de lo anterior, procura el reintegro al cargo que venía ocupando, así como a título de indemnización el pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

### **2.2. Los supuestos fácticos.**

A través del Decreto N° 011 de 1 de enero de 2008, el Alcalde del Municipio de San Marcos, nombró a la señora Diana Lucia Otero en el cargo de Gerente de la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de San Marcos.

Por conducto del Decreto N° 123 del 14 de septiembre de 2012, el Alcalde del ente territorial declaró insubsistente el nombramiento de la actora, haciéndose efectivo desde su notificación el 18 de septiembre de 2012.

La demandante señaló que, las razones que motivaron su insubsistencia, radican en su pertenencia a una determinada afiliación política, contraria a la del electo mandatario local; por tanto, afirmó que a partir de ese momento, se inició por parte éste acciones encaminadas a su marcha del cargo, situación que calificó constituían un acoso laboral en su contra.

En este orden, explicó que el acoso de que era víctima, se materializó en iniciativas como: i) El incumplimiento del acuerdo de mejoramiento que el municipio suscribió con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ii) la no transferencia de recursos a la ESP, iii) la inasistencia a las juntas directivas, iv) la no solución a la problemática del sitio de disposición final de los residuos sólidos en materia de aseo, v) el intento por disminuir los subsidios de los estratos menos favorecidos, entre otras.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

De igual forma, indicó que como motivación del acto de insubsistencia, se atribuyó competencias que no son propias como la declaración de intervención, la cual puede ser efectuada sólo por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; además, empleó razones que no son atribuibles a la ESP sino al municipio.

Por lo anterior, manifestó el acto administrativo adolece de falsa motivación por desviación de poder y violación de la ley.

### **2.3. Trámite procesal.**

La demanda se presentó el 5 de febrero de 2013<sup>1</sup>; por auto del 15 de febrero de esa misma anualidad<sup>2</sup>, se inadmitió la demanda; a través de auto de 13 de marzo de 2013<sup>3</sup>, se rechazó la demanda; habiendo sido interpuesto contra la anterior decisión el recurso de apelación por la parte demandante, se concedió mediante auto de 19 de marzo del mismo año<sup>4</sup>; el recurso fue resuelto por la Sala Tercera de Decisión Oral de este Tribunal, mediante providencia de 18 de abril de 2013<sup>5</sup>, revocando el auto de 13 de marzo ibídem; por auto del 8 de mayo de 2013<sup>6</sup>, fue admitida la demanda y notificada por medio electrónico al Ministerio Público<sup>7</sup>, y a la parte demandada<sup>8</sup> el 9 de septiembre siguiente.

### **2.4. Contestación<sup>9</sup>.**

El Municipio de San Marcos, contestó la demanda de forma extemporánea.

### **2.5. La sentencia recurrida<sup>10</sup>.**

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, resolvió denegar las súplicas de la demanda; como fundamento de su decisión, consideró que, los actos administrativos demandados no adolecen de insuficiente o falsa motivación, como tampoco de desviación de poder, en razón a que de acuerdo con la naturaleza del cargo desempeñado por la actora, es de libre nombramiento y remoción, luego no era

---

<sup>1</sup> Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a folio 14; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a folio 133, C. Ppal.

<sup>2</sup> Fl. 135-136 ib.

<sup>3</sup> Fl. 142-143 ib.

<sup>4</sup> Fl. 148 y reverso ib.

<sup>5</sup> Fl. 4-10 C. de apelación de auto.

<sup>6</sup> Fl. 150 y reverso. C. N° 1.

<sup>7</sup> Fl. 162 C. N° 1.

<sup>8</sup> Fl. 163 C. N° 1.

<sup>9</sup> Fl. 168-185 C. N° 1.

<sup>10</sup> Fl. 981-991 reverso C. N° 5.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

necesario que el Alcalde del Municipio de San Marcos motivará el acto administrativo acusado; no obstante, este fue motivado en los múltiples requerimientos realizados a la demandante por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, así como como la terminación anticipada del acuerdo de mejoramiento; razón por la cual, consideró que al no haberse demostrado otros motivos distintos no declaró probado el cargo esbozado.

De igual forma, sostuvo que a pesar de que en sentir de la actora el acto acusado estuvo motivado en razones ajenas al buen servicio público, concretamente represalias políticas; estableció que la demandante, no demostró que el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad municipal fuera contraria a los criterios del bien servicio.

Colofón, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

## **2.6. Apelación<sup>11</sup>.**

Contado dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso contra aquél pronunciamiento recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de esa providencia y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda, aduciendo los siguientes argumentos.

Asegura la actora que, contrario a lo estimado por el *A-quo*, al ser el cargo desempeñado por la actora de libre nombramiento y remoción, en donde la confianza y autonomía del Alcalde es clara, no debe perderse de vista que en tratándose de las empresas de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994, impone que la demostrada eficiencia del gerente impide que el nominador emplee ningún otro argumento como la confianza para realizar su retiro del servicio; asunto que calificó como una “*estabilidad reforzada de la eficiencia*”, de acuerdo con los parámetros dispuestos en la norma en mención.

De otra parte, censuró que el juez negará la práctica de la prueba testimonial, dado que el propósito era ratificar algunos argumentos de la demanda; no obstante, señaló que en el proceso se encuentran pruebas extraprocesales, en especial testimonios, que de conformidad con el artículo 174 y 222 del CGP, pueden ser valorados, pues la contradicción se realiza si la parte contra la que se aduce lo solicita; por consiguiente, se entiende que si la parte no solicitó la ratificación ésta no es necesaria, lo que no significa que el testimonio anticipado o extraprocesal pierda fuerza, pues si la parte

---

<sup>11</sup> Fl. 1001-1009 C. N° 6.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

contra quien la aduce no solicita la revalidación, habiéndose surtido el derecho de defensa y contradicción la prueba cobra plena validez.

En este orden expuso, que los testimonios anticipados pueden ser para fines judiciales o no, sólo pierden valor, si solicitada la ratificación, el testigo no comparece. Posición que corroboró con menciones en la doctrina nacional.

Además, explicó que de acuerdo con las pruebas presentes en el proceso, los incumplimientos que se aducen como motivo de la salida de la actora, fueron propiciados y generados por el municipio, más no nos atribuibles a la gestión de ella, dado que el ente territorial incumplió los deberes que tenía con la empresa de aseo, de los que dependía la gerencia para el funcionamiento y prestación eficiente del servicio público domiciliario.

De igual forma, indicó que la actuación del Alcalde Municipal impidió que se suscribieran y enviarán los informes SUI, los cuales sólo pueden ser realizados cuando el ente territorial ha cumplido con tener a disposición de la empresa de aseo el sitio de disposición final de los desechos; situación que derivó en el colapso de los servicios de recolección y disposición.

En virtud de lo anterior, precisó que se efectuaron los llamados a las autoridades de vigilancia y control, dando lugar a sendas denuncias presentadas ante los órganos de control, documentos que afirma militan en el expediente, con lo cuales se evidencia que el incumplimiento provino del municipio, no de la Empresa de Servicio Públicos de San Marcos.

Concluyó, manifestando que sí el gobierno local del Municipio de San Marcos hubiese cumplido sus obligaciones de transferencia y disponibilidad del sitio final del desecho, así como el cumplimiento del acuerdo de mejoramiento que la actora logró que se suscribiera ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios entre el ente territorial y la Empresa de Servicio Públicos de San Marcos, otro hubiese sido el resultado de la gestión en la ESP.

## **2.7. Actuación en segunda instancia.**

Mediante auto del 11 de noviembre de 2014<sup>12</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia

---

<sup>12</sup> Fl. 5 C. Alzada

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

proferida el 18 de julio del mismo año; por auto de 21 de noviembre de 2014<sup>13</sup>, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

## **2.8. Alegatos de conclusión.**

### **2.8.1. La parte demandante<sup>14</sup>**

En esta oportunidad, la parte demandante reiteró los argumentos esbozados en la alzada, que a su juicio aciertan para que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las súplicas de la demanda.

Adicionalmente, citó como antecedente jurisprudencial en torno a la valoración probatoria de las declaraciones extrajuicio, la sentencia de 15 de febrero de 2012, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. N° 2012-00035-00 (AC).

Igualmente, destacó que las pruebas allegadas al proceso demuestran que las situaciones de incumplimiento que el Municipio de San Marcos predica como motivos para destituir a la demandante, fueron propiciadas por la misma autoridad municipal y no por ella; luego entonces, resultan falsos los motivos de su insubsistencia alegados.

### **2.8.2. La parte demandada<sup>15</sup>.**

Concurrió oportunamente a alegar de conclusión, manifestando que la actuación adelantada por el Municipio de San Marcos, plasmada en el Decreto 123 de 14 de septiembre del año 2012, a través del cual se declaró insubsistente del cargo que venía desempeñando a la demandante, se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

Al respecto, precisó que las motivaciones de la insubsistencia se soportaron en razones de mejoramiento del servicio y profesionalización de la entidad; ya que la demandante, no cumplió con el desempeño de las metas, y propósitos del empleo, generando la falla en la prestación continua del servicio de aseo.

Expuso que, la naturaleza del cargo desempeñado por la actora es de libre nombramiento y remoción, empleo al amparo del artículo 125 de la C.P., que por su naturaleza entraña confianza y permite a los responsables de las instituciones, que

---

<sup>13</sup> Fl. 18 ib.

<sup>14</sup> Fl. 13-17 ib.

<sup>15</sup> Fl. 25-33 ib.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

puedan rodearse de personas que encarnen y materialicen las políticas administrativas y las estrategias que se prevean.

Amén de lo anterior, indicó que la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación a la posibilidad de que en los empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad que si ostenta los empleados en carrera administrativa, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. En este sentido, además de los requisitos objetivos de ley, es preciso que el retiro del funcionario, este inspirado por razones del buen servicio.

Señaló que, la demandante aduce que desempeño satisfactoriamente y que desarrollo proyectos en beneficio de la entidad como razón para no declarar su insubsistencia; no obstante, lo que indica esta situación es que ésta no incurrió en causal de mala conducta que diera lugar a la imposición de sanción disciplinaria alguna por el incumplimiento de los deberes que le imponía el cargo; pero tal circunstancia no es demostrativa de arbitrariedad por parte del nominador.

Finalmente, subrayó que la designación para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional de nominador de optar en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

### **2.8.3. Ministerio Público.**

En el presente asunto, el agente del Ministerio Público resignó conceptuar.

## **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **3.1. Competencia.**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

### **3.2. Problema jurídico.**

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará el siguiente problema jurídico:

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*¿El Decreto 123 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Diana Lucia Otero Miguel del cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos de San Marcos ESAM – ESP, grado 05, adolece de los vicios de falsa motivación y/o desviación de poder, así como violación de la ley?*

Para solventar el mérito del *sub examine*, se seguirá el siguiente hilo conductor a saber: (i) Del empleado de libre nombramiento y remoción; (ii) Insubsistencia del nombramiento en cargos de libre nombramiento y remoción; (iii) Hechos probados; (iv) Caso concreto; y (v) Conclusión.

### **3.3. Del empleado de libre nombramiento y remoción.**

Dispone el artículo 125 de la Constitución Política:

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

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

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

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

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

Por su parte el artículo 5 de la Ley 909 de 2004<sup>16</sup>, estatuye:

*“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.*

**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:*

---

<sup>16</sup>ARTÍCULO 58. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su publicación, deroga la Ley 443 de 1998, a excepción de los artículos 24, 58,81 y 82 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*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: (Subrayas para llamar la atención).*

*En la Administración Central del Nivel Nacional:*

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*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;*<sup>17</sup>**

*c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado*<sup>18</sup>;

*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.”*

Finalmente el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, los que se producen en los siguientes casos:

*a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción*<sup>19</sup>;

*b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*

*c) Inexequible. Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004, por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005.*

*d) Por renuncia regularmente aceptada;*

---

<sup>17</sup> Énfasis añadido.

<sup>18</sup>Se resalta por su importancia en el caso que se estudia.

<sup>19</sup>Se resalta.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-501 de 2005**, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-1189 de 2005**, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicione o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes<sup>20</sup>.

*Parágrafo 1°. Inexequible. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.*

*El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.*

*Parágrafo 2°. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.*

De lo antes expuesto se puede concluir, que según la ley de carrera administrativa se clasifican los empleos de libre nombramiento y remoción en los 3 literales a, b, y c, que corresponde a 3 categorías distintas a saber:

I.- Los de gobierno: Que ejercen políticas y directrices administrativas.

---

<sup>20</sup>Se llama la atención.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

2.- *Los de confianza, asesoría y asistencia de los altos funcionarios del Estado:* En los diferentes órdenes; nacionales, departamentales, municipales y locales centrales o descentralizados.

3.- *Los empleos que impliquen manejo de divisas y bienes del Estado, o efectúen actividades de protección y seguridad de los altos servidores públicos*<sup>21</sup>.

En conclusión, se puede estar en la condición de libre nombramiento y remoción en cualquiera de las 3 categorías anteriores, sin necesidad de que para hacerlo deba reunir las tres requisitos de manera concomitante; es decir, en cualquiera de ellas en que se encuentre un servidor público debe considerarse como su empleo de libre nombramiento y remoción.

#### **3.4. Insubsistencia del nombramiento en cargos de libre nombramiento y remoción**<sup>22</sup>.

La figura de la insubsistencia, pretende dejar sin efectos jurídicos el nombramiento como consecuencia de la facultad discrecional que tiene el nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remoción; pero la decisión no pretende invalidar el acto de nombramiento porque el mismo nació a la vida jurídica y produjo efectos jurídicos hasta cuando se hace uso de la declaratoria de insubsistencia por autorización de la ley en ejercicio de la citada facultad.

En criterio de la Sala, la insubsistencia del nombramiento es la que debe ejercerse por mandato del inciso final del párrafo segundo del artículo 41 de la ley 909 de 2004, cuando se pretenda retirar del servicio a una persona que se encuentre en situación de libre nombramiento y remoción.

No obstante, a pesar de no ser necesaria la motivación del acto que retira del servicio a una persona vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción, no es menos cierto que si eventualmente la administración plasma en el acto administrativo razones de hecho o de derecho que motiven la decisión, están deberán ser ciertas, so pena de incurrir en un vicio de nulidad que adolezca su legalidad.

---

<sup>21</sup>José María Obando Garrido. Tratado de Derecho Administrativo General, tercera edición, página 294 y 295.

<sup>22</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección D, 21 de febrero de 2002 providencia 17 M.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa proceso 1998-2195, Actor Leonel Barbosa Moreno, Ddo. Municipio de Fosca.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

### 3.5. Hechos probados.

En el *sub lite* está acreditado que, la señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL, fue nombrada en el cargo de gerente de la Empresa de Servicios Públicos de San Marcos “ESAM – ESP” el 1 de enero de 2008<sup>23</sup>.

De igual forma, se encuentra acreditado que mediante Decreto 123 de 2012, el nombramiento de la demandante, fue declarado insubsistente.<sup>24</sup>

### 3.6. Caso concreto.

En el *sub examine*, pretende la parte demandante la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para lo cual se examinarán los precisos reparos contenidos en el escrito de alzada contra los argumentos del *A-quo* que conllevaron a una decisión desestimatoria de las pretensiones.

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo inicialmente la naturaleza del cargo ocupado por el demandante. Al respecto es preciso señalar que la Empresa de Servicios de San Marcos E.S.P (ESAM E.S.P), es un Empresa Industrial y Comercial del Estado de Orden Municipal, la cual fue transformada y constituida el 13 de febrero de 1997 mediante el Acuerdo No. 001<sup>25</sup>, por cuanto anteriormente operaba como Instituto Municipal de Servicios Públicos; en los siguientes términos:

#### “ACUERDA:

**ART. 1º** *Transfórmese al instituto Municipal de Servicios Públicos de San Marcos – Sucre, en una Empresa Oficial (Industrial y Comercial del Estado) de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994 y sus decretos reglamentarios, que estará encargada de prestar los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, será una Empresa con autonomía administrativa, descentralizada con personería jurídica y patrimonio propio y en adelante se llamará para todos los efectos legales EMPRESA DE SERVICIOS DE SAN MARCOS E.S.P y podrá usar la sigla ESAM E.S.P.*  
(...)

Así mismo, se determinó que la Dirección del ente demandado estaría a cargo de las siguientes personalidades:

#### “ART. 9º ÓRGANOS DE DIRECCIÓN:

*La Dirección y Administración de la Empresa estará a cargo de la Junta Directiva y de un Gerente que será su representante legal, y actuará como tal en todos los actos civiles, comerciales, y administrativos.*

<sup>23</sup> Fl. 150 C. N° 1.

<sup>24</sup> Fl. 126-128, 138 -140 C. N° 1.

<sup>25</sup> Fl.643-648 C. N° 4.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

**El Gerente será de libre nombramiento y remoción del Alcalde Municipal de esta localidad y tendrá el carácter de empleado público<sup>26</sup>.**

Ahora bien al momento de ser desvinculada la actora, se encontraba vigente la Ley 909 de 2004, la cual establecía las normas de carrera administrativa para los empleados del Estado, dicha norma en su artículo 5° clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción, para el nivel, los siguientes:

**“Artículo 5°.- De la clasificación de los empleos.** Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la Ley, aquellos cuyas funciones, deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

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

**a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así:**

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o **Gerente**; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General, Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior distinta a los Entes Universitarios Autónomos; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefe de Control Interno.

(...)<sup>27</sup>

En virtud de lo anterior, se puede deducir que el cargo ocupado por la demandante, como Gerente de la Empresa de Servicios de San Marcos E.S.P, corresponde a los de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular, de forma inmotivada y goza de presunción de legalidad como lo ha señalado el H. Consejo de Estado.<sup>28</sup>

Empero, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a objetarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la constitución, la ley y los reglamentos.

<sup>26</sup> Énfasis Añadido.

<sup>27</sup> Subrayado y negrilla de la Sala.

<sup>28</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º. de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

A ese respecto, por metodología y para determinar las especificidades del caso, se permitirá la Sala practicar el examen de legalidad del acto administrativo en virtud del cual fue declarado insubsistente la señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL, atendiendo en orden los cargos que por violación se endilgan contra el mismo, esta vez contenidos en el recurso de alzada, visto que son estos los que delimitan en esta instancia la competencia<sup>29</sup>, los cuales se pueden compendiar así: (i) falsa motivación, en relación con una presunta (ii) desviación de poder, que a su juicio no se estudiaron debidamente por el juez de primer grado.

### **3.6.1. Falsa motivación.**

La actora calificó en el libelo introductorio que, el acto demandado incurrió en falsa motivación, toda vez que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se fundó en el incumplimiento generado en torno a la prestación del servicio de aseo; situación que señala no era atribuible a su gestión, sino a incumplimientos por parte del municipio; además, indicó que pese a afirmarse en el acto censurado que ésta no rendía informes respecto al servicio prestado por la empresa de aseo, si lo hacía de forma periódica.

Así mismo, aclaró que relativo a los informes SUI que debían ser presentados, estos dependían de la disposición por parte del municipio de habilitar un lugar para el descargue de los desechos.

Finalmente, añadió que la situación económica de la ESAM E.S.P no fue creada por ella, sino a la dirección de administraciones anteriores.

Al respecto no sobra recordar que, la administración puede en cualquier tiempo declarar insubsistente a los empleados nombrados de libre nombramiento y remoción, sin motivación alguna; sin embargo, es menester aclarar que conforme a la evolución jurisprudencial desplegada por el órgano de cierre de esta jurisdicción, dicha facultad discrecional no es absoluta, pues el ejercicio de la misma, debe obedecer a parámetros razonables que disipen la sombra de la actuación arbitraria y en aras de la buena prestación del servicio. El H. Consejo de Estado ha establecido los lineamientos que

---

<sup>29</sup> Ello por cuanto, conforme al artículo 328 del C. General del Proceso, aplicable por remisión del 306 de CPACA, “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante**, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.” Salvo, “cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

deben salvaguardar los agentes al momento de hacer uso de la mentada facultad, en los siguientes términos<sup>30</sup>:

*“la función de la administración se ha constituido con el fin de servir a los intereses generales, que previamente ha establecido el legislador; sin embargo, en los casos en que no esté específicamente la protección a dicho interés general, la administración cuenta con la capacidad de sopesar todos los hechos e intereses comprometidos en cada caso en concreto con el fin de “elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea que le confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional”<sup>31</sup>*

En este orden, el acto que declaró la insubsistencia de la señora OTERO MIGUEL, Decreto N° 123 de 2012, consignó como fundamentos<sup>32</sup>:

*“Que según el acuerdo 004 de Diciembre 30 de 2010, por el cual se establece la planta de personal, el manual específico de funciones y requisitos (...), que modificó el acuerdo 001 de 13 de febrero de 1997, en la planta de personal de la empresa de Servicios de San Marcos, se encuentra un (1) cargo del Nivel Directivo denominado GERENTE, Código 05, de Libre Nombramiento Y Remoción*

*Que con base en el contenido y exigencias del acuerdo 001 de 1997, para ser nombrado como gerente se expidió el Decreto número 011 de 1 de enero de 2008, por medio de la que realiza un nombramiento en un cargo de Libre Nombramiento y remoción y Decreta el nombramiento a la señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL, identificada con la cédula de ciudadanía N° 34.944.250 de San Marcos – Sucre, para desempeñar el cargo de Gerente de la Empresa de Servicios de San Marcos.*

*Que la Ley 142 de 1994, les fija una total autonomía a las empresas de servicios públicos, ya que así lo prescriben sus artículos 6o, 17 y 19. Agrega que estas empresas de servicios públicos, son entes nuevos, autónomos, con un régimen especial, diferente a las que comúnmente se conocen como empresas industriales y comerciales del estado.*

*Que el artículo 315 de la Constitución Política fija como atribuciones del Alcalde, en el numeral 3; nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales de carácter local... (...)*

*Que con base en el acuerdo 004 de diciembre 30 de 2010, por la naturaleza del empleo el gerente será designado por el Alcalde Municipal.*

*Que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, consagra:*

*“En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario (...), sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de ni -morar y remover libremente sus empleados. (...)”*

<sup>30</sup> Sección Segunda, Sentencia del 24 de marzo de 2011, Radicación No. 2004-00011- 01(1587-09), M.P Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

<sup>31</sup> Mozo Seoane. “La discrecionalidad de la administración”, cit., P 411.

<sup>32</sup> Fl. 126-128, 138 -140 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*Que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, estipula: "Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de **libre nombramiento y remoción** y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*Por declaración de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción: (...)*

*El artículo 9° del Decreto 1713 de 2002, establece el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos, que debe desarrollarse a partir de un diagnóstico integral, con el establecimiento de proyecciones, así como con el diseño y puesta en marcha de programas, proyectos actividades organizadas en un plan de acción para el corto, mediano y largo plazo, para el manejo de los residuos sólidos, y la aplicación de un sistema de medición de resultados o programas de seguimiento y monitoreo, teniendo como base la Ley 142 de 1994 y la Política para la Gestión Integral de Residuos establecida por el Gobierno Nacional*

*Que es mi responsabilidad como alcalde Municipal, entre otras competencias, la de "asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo..." (Ley 142 de 1994, artículo 5°).*

*Que dentro del acuerdo de mejoramiento celebrado el día tres (3) del mes de Diciembre de 2012, entre la empresa de servicios de San Marcos -ESAM, Alcaldía Municipal de San Marcos y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con base a los hallazgos negativos identificados como los puntos críticos a tener en cuenta en el Acuerdo de Mejoramiento fueron:*

- *Información en el SUJ*
- *Aspectos Comerciales*
- *Aspectos Financieros*
- *Aspectos Técnicos Operativos*

*Que el objetivo del acuerdo de mejoramiento antes referido se basa en realizar en forma adecuada y enmarcada en la normatividad vigente para la prestación de servicio de aseo en los aspectos, técnicos-operativos como lo administrativo, comercial y financiero.*

*Que ante los informes solicitados y presentados por la representante legal de la empresa de servicios de San Marcos -ESAM, señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL, no cumple con los planes de acción donde se señalan los indicadores tanto cuantitativos como cualitativos para el cumplimiento de los compromisos, objetivos y actividades planteados, dentro del término pactado y es imposible cumplir a 31 de diciembre de 2012, como se demuestra con los soportes apostados.*

*Que los compromisos, objetivos y actividades del plan como las metas constituyen el cumplir por parte señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL, como representante legal de la empresa de servicios de San Marcos -ESAM.*

*Que dentro del acuerdo referido, reza "El incumplimiento por parte del Municipio de San marcos, Departamento de Sucre, en los compromisos adquiridos y que adquiriera con la empresa de servicios de San Marcos -ESAM-E.S.P. No convalida los incumplimientos en que incurra la empresa de servicios de San Marcos -ESAM-E.S.P, haciéndose la empresa de servicios de San Marcos -ESAM-E.S.P., acreedora a las sanciones pertinentes a que haya lugar por los incumplimientos cometidos".*

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*Que el RÉGIMEN LABORAL, Artículo 41 ley 142 de 1994, es la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley.*

*Que el artículo 136, de la ley 142 de 1994 se encuentra la definición de: EL CUMPLIMIENTO Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, Concepto de falla en la prestación del servicio. La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos.*

*El incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio se denomina, para los efectos de esta Ley, falla en la prestación del servicio.*

*Que de igual manera, la puesta en conocimiento por parte del Ministerio Público de una serie de inconformidades que se vienen presentando en el Municipio en relación a la prestación del servicio de aseo en esta localidad desde hace más de cuatro (4) meses, contradiciendo los mandatos constitucionales en los artículos 311 y 365 al 369.*

*Que en aras de evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger o evitar perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible viable cumplir los eventuales fallos o sanciones desfavorables, en consideración,*

#### **DECRETA:**

**ARTICULO PRIMERO:** *Declarase insubsistente el nombramiento de la Señora **DIANA LUCIA OTERO MIGUEL**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 34.944.250 del cargo de GERENTE de la Empresa de Servicios de San Marcos ESAM ESP, **grado 05**.*

**ARTICULO SEGUNDO:** *Nómbrese como consecuencia de lo anterior al Señor ALFONSO ARMANDO GÁNDARA RICARDO, identificado con la cédula de ciudadanía **N° 11051596** en el cargo de GERENTE de la empresa de Servicios de San Marcos ESAM - ESP, **Grado 05**, el termino interino preventivo de intervención o sanción por la Superservicios, para que pueda la empresa superar la situación de los aspectos, técnicos-operativos como lo administrativo, comercial y financiero en lo que está pasando, de lo cual no superara los tres meses o hasta el 31 de diciembre de 2012, pudiendo ser prorrogada.*

**ARTICULO TERCERO:** *El presente nombramiento en interinidad se produce por el término, que sea necesario para el cumplimiento de los acuerdos y garantía de los derechos constitucionales de los usuarios, contados a partir de la posesión del mismo.*

**ARTICULO CUARTO:** *Notifíquese personalmente este acto a **DIANA LUCIA OTERO MIGUEL**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 34.944.250.*

**ARTICULO QUINTO:** *Notifíquese personalmente este acto a ALFONSO ARMANDO GÁNDARA RICARDO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 11051596, quien deberá comunicar dentro de los diez días siguientes al recibo de esta si acepta o no el nombramiento.*

**ARTICULO SEXTO:** *El Presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.*

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** *Envíese copia de este Decreto al área de Recursos Humanos respectivo para los trámites respectivos. (...)*

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Atendiendo a las razones esgrimidas en el acto administrativo enjuiciado, es menester señalar que a jurisprudencia ha señalado que la falsa motivación se configura cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y los motivos que se aducen en el acto administrativo como fundamento de la misma, o cuando esos motivos no son reales o no existen, circunstancias éstas en las cuales se presenta un vicio que invalida dicho acto; al respecto el H. Consejo de estado ha precisado:

*(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad.<sup>33</sup>*

Ahora bien, uno de los señalamientos que efectúa la actora, gravita en endilgar el incumplimiento en su gestión a razones imputables al Municipio de San Marcos; no obstante, observa el Despacho que el día 9 de diciembre de 2010<sup>34</sup>, se suscribió un Acuerdo de Mejoramiento entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Empresa de Servicios San Marcos E.S.P (ESAM E.S.P) y el Alcalde del Municipio de San Marcos, encaminado a superar los puntos críticos en la prestación del servicio de aseo en el municipio en mención, estos puntos se resumen en: i) Información del Sistema Único de Información de Servicios Públicos, ii) Aspectos Comerciales, iii) Aspectos Financieros y Aspectos Técnicos Operativos; frente a los cuales se fijaron metas, objetivos y un plan de acción; la duración del acuerdo se extendió hasta 31 de diciembre de 2012, fecha para lo cual, los inconvenientes de la E.S.P debían haberse superado.

Mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2012, suscrito por la señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL con destino a la Procuraduría General de la Nación, esta relató las dificultades que en ese momento se estaban presentado en la empresa pública de aseo para la efectiva prestación del servicio, entre los cuales relata textualmente lo siguiente:

*“PRIMERO: El Municipio de San Marcos, Sucre, realiza mensualmente transferencias por pago de subsidios a los estratos 1 y 2, de la prestación de servicio de aseo en el casco urbano del Municipio, recursos que provienen de S.G.P. los cuales tienen un blindaje especial...*

*SEGUNDO: En el año 2011, el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos, emitió orden de embargo a estos recursos (oficio juzgado 0203 de enero 26 de 2011), pero afortunadamente en la*

<sup>33</sup> Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.

<sup>34</sup> Fl. 21-34. C. N° 1

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*administración de ese año, de acuerdo a información presentada por la ESAM E.S.P a ese Juzgado y a la Oficina de Tesorería Municipal, de acuerdo con las directrices establecidas en las normas mencionadas en el ítem PRIMERO, la oficina de Tesorería Municipal, mantuvo siempre su voluntad de realizar el giro ordinario de los recursos de subsidios a la empresa, por lo que no se presentaron inconvenientes en la prestación del servicio por estos motivos.*

*TERCERO: En el presente año (2012), en el mes de junio de 2012, nuevamente el Juzgado Promiscuo del Circuito, emite Oficio 1179 a la Oficina de Tesorería Municipal en donde requiere al Tesorero Municipal informe los motivos por los cuales no se ha cumplido lo establecido en la orden de embargos de las transferencias del Municipio de San Marcos le gira a la ESAM E.S.P, para lo cual la oficina de Tesorería responde que está realizando gestiones pertinentes para su contestación teniendo en cuenta que se había posesionado el Tesorero Municipal en enero de 2012, aun con información en sus archivos que le permitan contestar al juzgado que los recursos de subsidios que le transfiere el Municipio a la ESAM son inembargables (oficios adjuntos ESAM – 147 de junio 22 de 2010, ESAM – 043 de mayo 6 de 2011).*

*CUARTO: Teniendo en cuenta esta situación la Oficina de Tesorería Municipal el 29 de julio de 2012, solicita mediante la página de atención a clientes del Ministerio de hacienda y Crédito Público se le envié la constancia de inembargabilidad de los recursos del S.G.P., del proceso Rad. 2011-00009 del Juzgado Promiscuo del Circuito... y a la fecha el Ministerio de hacienda y Crédito Público no ha enviado la certificación. De igual forma, como gerente de la ESAM E.S.P el 16 de julio le solicite al Ministerio se enviará la constancia de inembargabilidad de esos recursos de acuerdo a lo solicitado por el Tesorero Municipal, pero tampoco fue tramitada la solicitud. Nuevamente insisto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 25 de julio y a la fecha aunque contestaron que se había radicado y enviado a las oficinas competentes, tampoco ha sido recibida la solicitud...*

Del anterior relato, se colige que la existencia de embargos judiciales por parte del Juzgado Promiscuo de San Marcos, así como trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, frente a los recursos que giraba tradicionalmente la Alcaldía Municipal a la Empresa de Servicios San Marcos E.S.P, por concepto de subsidios del servicio público de aseo, era lo que impedía el envío normal de estos recursos; más no se advierte que fuese por incumplimientos del Alcalde Municipal como se señaló en la demanda; Al contrario, se advierte que la actitud del Tesorero Municipal fue diligente en orden de resolver la situación frente a los recursos según señala la misma actora.

Posteriormente, mediante escrito de 16 de agosto de 2012<sup>35</sup>, la actora nuevamente esgrime la mayoría de los argumentos empleados en el libelo anterior, pero se resalta que el hecho 5º enseña:

*QUINTO: Pese a que en oficios ESAM 076, 084, 089, 094, 112 y 114 de julio y agosto de 2012, le solicitó a la administración municipal, se giren los recursos por concepto de subsidios a la ESAM E.S.P, manifestándole la importancia de la empresa percibir estos recursos para poder prestar el servicio de aseo al casco urbano del Municipio de San Marcos y teniendo en cuenta que el Tesorero Municipal en Oficio T.M.-153 de agosto 6 de 2012, manifiesta que por evitar un proceso penal en su*

---

<sup>35</sup> Fl. 39-40 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*contra no girará estos recursos sin que el Juzgado haya emitido la orden de levantamiento de medidas cautelares o de desembargo de los recursos de subsidios, oficio que tal y como lo he mencionado fue presentado en la Oficina de Tesorería Municipal el 14 de julio de 2012, además que en Oficio ESAM – 114 de fecha 16 de julio de 2012 la ESAM E.S.P le solicitó realizar la transferencia de los recursos de subsidios de los meses de junio, julio de 2012, teniendo en cuenta el levantamiento de las medidas cautelares según oficio 1512, la administración municipal no ha procedido a ordenar el pago de estos recursos.*

Los hechos que se examinan, muestran diferentes dificultades en la prestación del servicio por parte de la Empresa de Servicios San Marcos E.S.P, pero no por ser imputables estas razones al ente territorial, sino por procesos ejecutivos que cursaba en contra la empresa en mención fruto del incumplimiento de obligaciones judiciales; además, es menester indicar que el Tesorero Municipal no podía proceder a colocar a disposición recursos embargados, so pena de las consecuencias de ley.

Finalmente, en escrito del 17 de septiembre de 2012<sup>36</sup>, suscrito por la gerente y con destino a la Contraloría Departamental de Sucre, frente a las circunstancias antes anotadas consignó:

*SEXTO:... En fin, lo que no se logró con el Municipio de San Marcos, pese a los diferentes oficios de solicitud de giró de subsidios que le presenté, de los cuales adjunto copias, el 14 de agosto de 2012, el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos, ordenó el desembargo de los recursos de subsidios que gira el Municipio de San Marcos a la Empresa de Servicios de San Marcos, ESAM E.S.P y pese a que se ha solicitado al municipio el giró puntual de estos recursos, sólo el 21 de agosto de 2012, el Municipio de San Marcos giró los recursos de subsidios del mes de junio de 2012, y el cinco (5) de septiembre giraron los del mes de julio, por lo que a la fecha está pendiente de pago el giró de los recursos de subsidios a la ESAM E.S.P del mes de agosto de 2012, situación que fue solicitada en oficio ESAM -114, 119, 127 y 132, entre otros que se presentaron con anterioridad al despacho del Alcalde, Personería, Jurídica Municipal, y Tesorería Municipal y que además fue tratada en reunión de Junta Directiva el 13 de septiembre de 2012, donde el Alcalde se compromete a girar estos recursos de forma inmediata y a la fecha aún no se ha procedido a su giró...*

Como logra advertirse, es claro que existía una voluntad, por parte del Alcalde de San Marcos, por solventar las dificultades presentadas a nivel económico, como lo señala la misma demandante, pues se procedió al pago de los meses de junio y julio que no habían sido posible sufragar, debido al embargo de reposaba sobre los recursos para tal fin, medida que sólo fue levantada hasta el 14 de agosto de 2012, como se reseña;

De otra parte, en relación a los argumentos encaminados a que la Alcaldía Municipal, obstaculizaba el servicio de aseo prestado por la ESAM E.S.P al no disponer de un lugar para la disposición final para los desechos; se avista que según oficio de fecha 2 de

---

<sup>36</sup> Fl. 41-47 C. N° 1

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

diciembre de 2011<sup>37</sup>, enviado por la misma demandante a la Estación de Policía Departamental se narran ciertas dificultades en las labores de traslado de los desechos así:

*En nombre y representación de la empresa de servicios de San Marcos, Sucre, como su representante legal, nombrada mediante Decreto 011 de 2008 y Acta de posesión N° 115 de enero de 2008, empresa encargada de la operación del servicio público domiciliario de aseo, me permito solicitarle se sirva concederme protección policial especializada de la ESMAD atendiendo a que se está presentando un problema de orden público en una vereda del Municipio de San Marcos, Sucre denominada “Caimitico”, donde está ubicado el sitio de disposición final del Municipio, el cual es donde la ESAM E.S.P dispone los residuos sólidos que recolecta con la prestación del servicio de aseo en el casco urbano del Municipio de San Marcos.*

*La situación se presenta debido a que la comunidad, presentó ante el Juzgado Segundo Municipal una Tutela, donde solicitan que no se dispongan residuos sólidos en la superficie del relleno sanitario “Caimitico”, tutela que falló el Juzgado Segundo Municipal de San Marcos a favor de los tutelantes, de la siguiente forma:*

***“Ordénese al Alcalde Municipal o a quien haga sus veces, que de inmediato cesen las actividades de vulneración de los derechos fundamentales amparados como es la vertida de basuras en la superficie en el relleno sanitario “Caimitico”, si no lo es en una celda adecuada para tal fin, e inicie las gestiones administrativas y financieras que correspondan a fin de resolver los problemas de salubridad que ha ocasionado la contaminación ambiental en la comunidad tutelante, en un término de un mes a fin de tomar las medidas necesarias para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para solucionarlo.”***

*Debido a esto la población de “Caimitico” el lunes en la mañana no dejó pasar el vehículo recolector que presta el servicio de recolección y transporte de la ESAM E.S.P, a disponer los residuos sólidos al sitio de disposición final, ya que tenían al frente de la entrada de acceso al sitio de disposición final llantas quemándose y la comunidad de Caimitico estaba aglomerada en el sitio, incluidos niños menores de edad. El supervisor de recolección y transporte de la ESAM se comunicó conmigo vía telefónica y me explicó la situación, razón por la cual me acerque al sitio a preguntar qué estaba pasando y no quisieron dialogar conmigo, razón por la que me retire y solicite al Alcalde, quien no estaba en el municipio y por eso me acerque a la estación de policía San Marcos a exponer la situación que se estaba presentando y a solicitar su intervención para conocer cuáles eran las intenciones de la comunidad de Caimitico, el sargento Gil, me colaboró y se apersonó de la situación y es por él que me enteré de lo que estaba sucediendo, ya que le dieron a conocer la Tutela, fallo que solicite el martes en la mañana al Juzgado... (...)*

En efecto, da cuenta el documento examinado de las dificultades higiénicas que se presentaban en el relleno sanitario “Caimitico”, las cuales desembocaron en una emergencia ambiental que afectó a los pobladores de la vereda del mismo nombre, según determinó el Juzgado Segundo Municipal de San Marcos, a través de la acción de tutela.

---

<sup>37</sup> Fl. 471-474 C. N° 3.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Luego, esta situación generó múltiples dificultades, dado que los pobladores impedían la entrada a las celdas de los vehículos compactadores que recogían los desechos sólidos, por considerarlos una amenaza ambiental.

Aunado a lo anterior, existen menciones en copias de emails aportados con destino a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en las que se indica que se suscribió un contrato de disposición final con el relleno sanitario del Municipio de Sincelejo.

Así las cosas, se deduce que las dificultades en el lugar de disposición de los desechos sólidos del Municipio de San Marcos, no se debió a una injerencia del Alcalde Municipal, sino a las dificultades antes anotadas, producto de los problemas ambientales generados por el manejo del lugar de depósito de las basuras.

En este estadio, cabe anotar que pese a que el relleno sanitario se presume es de propiedad del Municipio de San Marcos, la administración del mismo corresponde a la Empresa de Servicio San Marcos quien presta el servicio de aseo en el municipio.

De otra parte, percibe la Sala que mediante Oficio N° 20124300209091 del 11 de abril de 2012<sup>38</sup>, la Superintendente Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, remitió este escrito a la demandante, manifestando el incumplimiento de algunas gestiones administrativas expresando:

*“Me permito informarle que mediante Resolución N° SSPD – 20121300003545 del 14 de febrero de 2012, el plazo para el reporte de la información al SUI correspondiente a los **Planes contables por servicio y consolidación anual** del año 2011, venció el 5 de abril de 2012.*

*Por lo anterior, se solicita que la EMPRESA DE SERVICIOS SAN MARCOS ESP reporte la información contable para el año 2011, con el fin de dar cumplimiento a las acciones de vigilancia y control que ejerce esta entidad.*

*(...)*

*En consecuencia y para el caso que nos ocupa, verificado el Sistema Único de Información –SUI- con corte a 27 de marzo de 2012, se evidencia que la empresa no reportó los formatos A, B, C, D, E, F requeridos por esta Superintendencia en la forma antes referida, por lo que se solicita realizar el cargue de los mismos de forma inmediata.*

*(...)*

*Finalmente, le informó que el reporte de la información contenida en esta comunicación está siendo objeto de verificación y en caso de encontrarse pendiente se llevará este caso al Comité de Delegada para determinar las acciones control que procedan.*

---

<sup>38</sup> Fl. 663 y reverso C. N° 4.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Posteriormente, la Directora Técnica de Gestión de Aseo, por conducto del Oficio N° 20124300295821 del 7 de mayo de 2012<sup>39</sup>, sobre el tema en cita expresó:

*(...) En este sentido, y después de una previa verificación del cumplimiento en el cargue de reportes al Sistema Único de Información – SUI, para las empresas prestadoras de servicio público de aseo, se encontró que la empresa a su cargo ha incumplido con el reporte correspondiente de algunos formatos y formularios. En consecuencia, debe proceder al cargue de manera **inmediata**, sin perjuicio de las acciones administrativas a que haya lugar.*

*(...)*

Adicionalmente, a través de la Resolución N° 165 del 17 de septiembre de 2012<sup>40</sup>, en materia ambiental la Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Mojana y el San Jorge “CORPOMOJANA”, impuso medidas preventivas, inicio proceso administrativo sancionatorio y formuló cargos contra la Empresa de Aseo ESAM de San Marcos – Sucre, por infracciones a las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros, dado que según la inspección ocular realizada por la Secretaria de ese ente, así como la denuncia de los habitantes del sector afectados el carro relector de la basura, se encontraba arrojando basura en diferentes sitios rurales y urbanos del municipio aludido.

Aunado a lo anterior, según el informe de la situación encontrada por la nueva gerencia de la ESAM – San Marcos, documento incorporado como parte de los antecedentes administrativos se indicó<sup>41</sup>:

#### **“COBERTURAS DEL SERVICIO**

<b>CONCEPTO</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>
Aseo	50%	80%

*La nueva administración encontró una cobertura del servicio de aseo en un 30% como se evidenciaba, con la abundancia de residuos sólidos en las diferentes calles y lugares públicos de municipio, y el carro recolector de residuos sólidos en mal estado debido a la falta de mantenimiento.*

#### **Procesos Judiciales**

*Como resultado de un análisis y seguimiento a los diferentes procesos se encontraron una serie de demandas de carácter laboral, sobre las cuales, no se ha realizado la debida defensa técnica, como tampoco se tiene copia de los expedientes en la empresa, esto viene complicando más la situación financiera de la empresa, puesto que ya existen fallos los que se encuentra relacionado en el pasivo.*

*(...)*

<sup>39</sup> Fl. 665 C. N° 4.

<sup>40</sup> Fl. 678-681 C. N° 4.

<sup>41</sup> Fl. 335 -338 C. N° 2.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

### **AUDITORIA ÓRGANO DE CONTROL.**

*Como producto de la auditoría realizada por la Contraloría General del Departamento, en donde se evidenciaron una serie de hallazgos, provenientes de la anterior administración.”*

Así mismo, el informe antes mencionado relata otro tipo de hallazgos en la auditoría de los órganos de control, así como también en las deudas o pasivas que tenía la empresa, los cuales muestran un panorama de la situación administrativa del ente público.

De conformidad con lo antes expuesto, considera este Tribunal que resulta razonable que en el acto administrativo demandado, el Alcalde Municipal esbozará que a la fecha de 31 de diciembre de 2012, no se cumplirían las metas establecidas en el acuerdo de mejoramiento de fecha 3 de diciembre de 2010, suscrito con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues existen elementos de juicio que aprueban esa conclusión.

Colofón, al avistar el acto demandado y las razones en las consignadas, como sustento de la insubsistencia de la actora, así como los elementos probatorios aportados en el proceso, permiten colegir que no existe una falsa motivación en el Decreto 123 de 2012, pues lo expresado en él, eran circunstancias reales en las cuales el servicio de aseo prestado por la Empresa de Servicios Públicos de San Marcos, no cumplía con los requisitos para un correcto funcionamiento conforme lo disponían las entidades de control.

Recuerda la Sala, que la actora se desempeñó como Gerente de la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de San Marcos, desde el 1 de enero de 2008, luego el desorden administrativo que da origen a su desvinculación no puede ser atribuido a administraciones anteriores, ya que estuvo al frente del cargo cuatro años y 8 meses aproximadamente, y el Alcalde sólo se posesionó el 1 de enero de 2012, significando esto, que todos los acuerdos, medidas preventivas fueron anteriores inclusive a la posesión del nuevo Alcalde Municipal, pero sus efectos permanecieron hasta el momento de la insubsistencia de la señora OTERO MIGUEL, como lo muestran los innumerables documentos allegados al plenario.

#### **3.6.2. 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;

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio<sup>42</sup>.

Este cargo se constituye cuando determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto, es decir cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. En todo caso, es necesario que quien alegue este cargo, aporte al proceso los elementos directos o indirectos que demuestren el interés particular y malintencionado que movió al funcionario al expedir el acto. Al respecto, el Consejo de Estado<sup>43</sup> ha establecido:

*“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”.*

En ese sentido, la justificación del retiro de un empleado público, es propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública, objetivo que se presumen por ley de los actos administrativos de insubsistencia, por consiguiente corresponde al interesado 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 servicio.

En el *sub lite*, el demandante sustenta la desviación de poder en la expedición del acto demandado, aduciendo que, este fue suscrito no con el propósito de mejorar o garantizar el servicio de la Empresa de Servicios San Marcos E.S.P., sino por razones de tipo político, dado que la familia de la actora no apoyo al candidato vencedor en las elecciones como Alcalde Municipal de San Marcos. No existe en el instructivo procesal, prueba de esta causal de anulación, tal como lo señaló el Juez de primera instancia, y le correspondía a la actora la carga de la prueba, según el artículo 167 del C.G.P o 177 del C.P.C, este último vigente al momento de la inició del proceso.

---

<sup>42</sup> Al respecto, dispone el artículo 44 del CPACA establece.: “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.”

<sup>43</sup> Sentencia del 30 de septiembre de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente No. 76001233100020000271301.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

No obstante, pese a estos señalamientos efectuados por la parte demandante, no existe elemento material de prueba alguno que nos permita arribar a esta conclusión, dado que según se observó en los documentos explorados en el sumario, las razones de la insubsistencia de la actora se debieron a consideraciones privativas del Alcalde Municipal, sustentadas en realidades ciertas que estaba enfrentando la Empresa de Servicios San Marcos E.S.P., por lo que, procedió a nombrar a otro funcionario que, a su juicio, permitiría mejorar la prestación del servicio.

### **3.6.3. Causal de violación de la Ley.**

En esta tercera causal desarrollada por la parte demandante, reveló que en lo concerniente a las empresas de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994, estipula que la demostrada eficiencia del gerente impide que el nominador emplee un argumento como la confianza para realizar su retiro del servicio; asunto que calificó como una “*estabilidad reforzada de la eficiencia*”.

Frente a lo expuesto, pese a que la demandante se cuestiona que el acto de retiro fue proferido con desvío de poder, porque no se tuvo en cuenta que laboró con eficiencia, responsabilidad y honestidad; circunstancias éstas que por sí solas, tratándose de los empleados no amparados por fuero, como era la libelista, no generan por sí solas estabilidad en el empleo, ya que pueden existir otros motivos de buen servicio que hagan aconsejable el retiro.

Ahora bien, cabe señalar que aun cuando la demandante hubiera desempeñado sus funciones en forma sobresaliente, como se señaló en la declaración juramentada aportada en el proceso (fl. 17 C. N° 1), ello no impide su retiro de la entidad con base en la facultad discrecional, porque como lo ha señalado el H. Consejo de Estado:

*“Las excelentes calidades y condiciones para la eficiente prestación del servicio son requisitos que debe cumplir cualquier servidor público que ocupe un cargo de confianza”<sup>44</sup>. En otras palabras, el hecho de que el funcionario cumpla con sus deberes, no le genera fuero de estabilidad en el empleo y, por lo tanto, no limita el poder de libre remoción para el retiro por voluntad del Alcalde Municipal dentro de los parámetros legales.”*

En consecuencia, conforme a los antecedentes jurisprudenciales antes mencionado, como la carga de la prueba corresponde a quien alega un supuesto de hecho, circunstancia que no se dio en este caso, pues la parte actora no probó la desmejora del servicio, por tanto el cargo de desviación de poder no está llamado a prosperar.

---

<sup>44</sup> Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de junio de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp.0752-09

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Adicionalmente, la norma a que hace referencia la apelante contenida en la ley de servicios público citada por el *A quo*, numeral 5° del artículo 27 de ese estatuto dispone “*Que la gestión gerencial que demuestre eficacia y eficiencia, no se podrán anteponer intereses ajenos a la prestación del servicio*”; dicha causal, no está probada en este asunto, es decir que la gestión de la demandante pueda ser calificada por eficaz o eficiente, al contrario, en el informe del nuevo gerente que obra a folios 334 al 338 C. N° 2, razones plasmadas en el acto administrativo demandado, que la gestión por ella desempeñada no fue la mejor, a tal punto que se originó una emergencia ambiental en el Municipio de San Marcos, por el manejo y disposición final de las basuras de dicho ente territorial, luego, aquí lo que primó con el Decreto de insubsistencia de la actora fue mejorar la prestación del servicio y no otros intereses.

#### **3.6.4. De las oportunidades probatorias y la valoración de testimonios extraprocesales, durante la aplicación del Código de Procedimiento Civil.**

Uno de los motivos de reparo al proceso direccionado por el Juez de instancia, es que éste no permitió la práctica de una prueba testimonial, los cuales tenían como objetivo demostrar hechos de la demanda; los cuales se exponen en la impugnación, eran importantes como evidencia de sus razonamientos.

Frente a este reproche, quiere la Sala anotar que los apoderados judiciales están en capacidad de emplear los recursos de ley, cuando consideren que una decisión del juez, como la de no decretar una prueba solicitada va en contra vía de la tesis que pretende demostrar ante el operador judicial; sin embargo, deben tener en cuenta que las pruebas deben ser solicitadas conforme a lo establece la ley.

En efecto, al avistar la audiencia inicial celebrada el 13 de marzo de 2014, se advierte que en el acápite de decreto de pruebas<sup>45</sup> el *A quo* negó los testimonios solicitados por la parte demandante por no haber sido estructurados conforme a la ley; no obstante, al haber sido notificada en estrado la decisión<sup>46</sup>; y dándose lugar al pronunciamiento por parte de los apoderados tanto de la parte demandante como de la demandada, no existió ningún pronunciamiento de objeción a la medida adoptada por el *A quo*; por lo cual, se entiende que la parte demandante se encontró satisfecha con la decisión denegatoria; luego entonces, el descontento de la demandante alegado en este momento no tiene sustento, al no ejercer en tiempo las objeciones en lo referente a las pruebas pretendidas.

---

<sup>45</sup> Fl. 356 y Fl. 348 bis CD de audiencia de prueba Min. 19:05. C. N° 2.

<sup>46</sup> Ib. Min 21:15

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Además, debe anotarse que respecto a la valoración probatoria prohiada en el recurso de alzada a la luz del Código General del Proceso, en lo que respecta a la apreciación de los testimonios anticipados o extraprocesales, vertidos en el proceso con ocasión de las pruebas trasladadas del proceso de tutela 2012-00019-00<sup>47</sup>, debe recordarse que las oportunidades probatorias son establecidas en el artículo 212 del CPACA así:

**Artículo 212. Oportunidades probatorias.** *Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

*En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenión y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*

(...)

En este orden de ideas, es claro que la incorporación de los elementos materiales probatorios, debe efectuarse en los momentos procesales fijados por la norma; luego, específicamente en materia de la inclusión de los testimonios trasladados, no puede perderse de vista que el canon procesal aplicable al período en que las oportunidades probatorias se surtieron en el curso del proceso de primera instancia era el CPC, por que el Decreto de pruebas realizado en la audiencia inicial, se hizo el 13 de marzo de 2014, la demanda se presentó el 5 de febrero de 2013, fecha en la cual estaba vigente la normatividad adjetiva mencionada, ya que el CGP se empezó a aplicar en este Distrito a partir del 14 de julio de 2014, por disposición del Auto del 25 de junio de esa anualidad proferido por el Dr. Enrique Gil Botero, Radicado N° 2012-00395-01.

Así las cosas, los testimonios que llegaron trasladados de la acción de tutela que cursó en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Marcos – Sucre, llegaron al expediente por oficio N° 0328 del 15 de mayo de 2014 (Fl. 371 C. N° 2); e incorporados en la audiencia de pruebas realizada el 16 de mayo de 2014, luego no podía pronunciarse la parte demandada, puesto que dichos testimonios no se presentaron con la demanda para solicitar la ratificación de los mismos con la contestación, que era la oportunidad procesal para contradecirla. Las declaraciones aportadas con la demanda señora LUNARCY GARAVITO TOVAR, debió solicitarse su ratificación conforme lo dispone el artículo 229, que para poder ser apreciados los testimonios que se hayan practicados extraproceso, se requiere esta formalidad, para mayor comprensión se expone:

---

<sup>47</sup> Fl. 386-387 C. N° 2.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

## **ARTÍCULO 229.**

*Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:*

*1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.*

*2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.*

*Se prescindirá de la ratificación cuando las partes los soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.*

*Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.*

De lo anterior, se desprende que era necesaria la ratificación de los testimonios que ahora se pretenden hacer valer en esta instancia no siendo procedente por lo ante expuesto.

Ahora bien, lo que plantea en este caso la parte demandante según la tesis presentada en el recurso de alzada, es que las pruebas presentadas sean valoradas no conforme al CPC quien fue el estatuto que acompañó las etapas del proceso y en especial las oportunidades probatorias, sino que sea aplicado en este caso el canon procesal del CGP, señalando que su vigencia data a partir del 1 de enero de 2014.

Así que, los testimonios rendidos extraprocesalmente para efectos de ser valorados en el proceso contencioso administrativo, en procesos instruidos en vigencia del CPC imponen la necesidad de ratificación por mandato legal; razón por la cual, las declaraciones juramentadas no son susceptibles de valoración.

Adicionalmente, se anota que si aún fueran estas declaraciones valoradas, no aportan nada nuevo al proceso, dado que lo en ellas expresado, se centra en corroborar el buen desempeño de la actora en el cargo de gerente de la Empresa de Servicios de San Marcos S.A. E.S.P., situación que no aporta mayores elementos a la discusión ya planteada en el proceso, en la que se ha señalado que la buena gestión no es un elemento que impida el ejercicio de la potestad discrecional en materia de insubsistencia de empleados vinculados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Bajo estos supuestos, la Sala considera acertada la decisión de primera instancia en cuanto consideró no probados los vicios de falsa motivación y desviación de poder; por

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

consiguiente, se mantendrá incólume la presunción de legalidad del Decreto No. 123 del 14 de septiembre de 2012; luego, la decisión que procede es la de desestimar lo pretendido por la parte recurrente.

### **3.7. Conclusión.**

Colofón de todo lo considerado por la Sala, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, por cuanto no se demostró que el acto administrativo demandando, haya violado la ley, por adolecer de falsa motivación, ni desviación de poder, dado que, los elementos de convicción manifestaron que los elementos de juicio valorados por el demandante eran reales en orden de declarar la insubsistencia de la actora, y de otra parte, los móviles políticos alegados como sustento de esa decisión no encontraron arraigo demostrativo.

En consecuencia, esta Sala confirmará el fallo de primera instancia.

### **3.8. Costas.**

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que 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 hoy Código General del Proceso. En ese sentido se condena en costas a la parte demandante en esta instancia, la cual será tasada por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

## **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia del 18 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Expediente: 70-001-33-33-001-2013-00017-01  
Actor: DIANA LUCÍA OTERO MIGUEL  
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas en esta instancia a la señora DIANA LUCIA OTERO MIGUEL, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 019.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Magistrado

**LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS**

Magistrado

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

Magistrado