

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2018-00382-00
Demandante	TANIA ROSA DÍAZ SABBAGH
Demandado	TRANSCARIBE S.A.
Tema	<i>No reelección de empleado de libre nombramiento y remoción – desviación de poder - no se demuestra</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a decidir la demanda presentada por la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh contra la empresa Transcaribe.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda¹.

3.1.1 Pretensiones²

La parte actora, en su escrito de demanda, solicitó que se le concediera lo siguiente:

PRIMERO: Se declare la nulidad el acta de reunión ordinaria de Junta Directiva de la empresa TRANSCARIBE S.A. No. 128 del 02 de noviembre de 2017, en lo que concierne a la decisión de retirar del servicio como Secretaria General de dicha empresa, a la señora Tanía Rosa Díaz Sabbagh quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 45.490.678, y a su vez, en lo que concierne la decisión de nombrar en su remplazo a la abogada Mónica Patricia Manrique Montaña, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 45.548.703.

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho solicita lo siguiente:

- i) Se ordene el reintegro a la demandante al mismo cargo que desempeñaba al momento de su retiro, o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad.

¹ Fl. 1-24 Pdf 1

² Fl. 3-4 pdf 1

13-001-23-000-2018-00382-00

- ii) Se ordene a la demandada a pagarle a la demandante todos y cada uno de los emolumentos salariales con sus incrementos anuales, dejados de percibir entre la fecha del retiro del servicio (noviembre 14 de 2017) y hasta cuando se produzca el reintegro; incluyendo todas las primas y bonificaciones, así como cualquier otro emolumento salarial que esta venía percibiendo.
- iii) Se ordene a la demandada a pagarle a la accionada, el valor de las cesantías que se hubiesen causados, entre el acto de separación del servicio y el pago de la sentencia de mérito, incluyendo los intereses de ley, que se hubiesen causados si se hubiese producido el retiro del servicio y estas se hubiesen consignados en el respectivo fondo.

TERCERO: Declarar que, para todos los efectos legales, no existió solución de continuidad en la prestación del servicio

3.1.2 Hechos³

Expuso que, TRANSCARIBE S.A., es una sociedad anónima de carácter comercial e industrial del Estado, del orden Distrital, cuyo objeto social principal es ejercer la titularidad sobre el sistema integrado de transporte masivo de pasajeros del Distrito de Cartagena y su área de influencia.

Sostuvo que, para efectos de proveer el cargo de Secretaria General de dicha entidad, la Junta Directiva manifestó, mediante Acta No. 017 del 8 de septiembre de 2005, que *“que se adelante la elección (sic) secretaria general mediante un proceso de meritocracia similar al que se utilizó para la escogencia del gerente general, a través de la Cámara de Comercio de Cartagena”*.

Indicó que, de acuerdo con lo anterior, la Cámara de Comercio de Cartagena adelantó el respectivo concurso de méritos, dentro del cual se eligió una terna de finalistas, dentro de los cuales se hallaba la señora Tania Díaz Sabbagh, quien finalmente resultó seleccionada por la Junta Directiva de Transcaribe S.A., mediante Acta No. 018 del 2 de noviembre de 2005.

Agregó que, la señora Tania Díaz Sabbagh se posesionó en el cargo mediante acta del 15 de noviembre de 2005; laborando de manera ininterrumpida hasta el 14 de noviembre de 2017, cuando fue separada del cargo por decisión de la Junta Directiva consignada en Acta No. 128 del 02 de noviembre de 2017.

³ Folio 4-11 pdf 1

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se alegan los artículos 2, 13, 25, 48, 125, 209 y 280 de la Constitución Nacional; así como los artículos 3, 44, 137, 138 y 179 del CPACA.

En el concepto de violación se expuso la existencia de una desviación de poder, toda vez que, a su juicio, el hecho de que la administración tenga en su poder una facultad discrecional no le da competencias para hacer uso de dicha prerrogativa sin atender los fines de las normas que lo autorizan.

Reconoce que, en efecto, el cargo de Secretaria General de Transcribe es un empleo de libre nombramiento y remoción, sin embargo, argumenta que eso no le da derecho para utilizar dicha facultad a su arbitrio sin analizar las excepcionales capacidades de la demandante y su excelente desempeño en el cargo; más aún, si lo que se buscaba con ello era el mejoramiento del servicio.

Aduce que en el cargo se nombró a una profesional que no tiene doble titulación, que no es bilingüe, además, que no tenía experiencia en el cargo

Sostuvo que, en el caso de la demandante, señora Díaz Sabbagh, la empresa Transcribe S.A., no valoró los criterios objetivos a favor de la permanencia del actor en el servicio de la institución. La medida se muestra como tomada sin haber realizado un detenido estudio de la trayectoria del funcionario (desconocen los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre las razones de permanencia, no de retiro, que reporta la excelente hoja de vida y otras circunstancias), quien había permanecido por más de 12 años en el cargo, que siete (7) gerentes pasaron por la dirección general de la entidad durante ese lapso, personalidades estas que son criterios de seriedad y justicia en el manejo de la cosa pública, le dieron apoyo de permanencia en el cargo a la hoy demandante, auspiciado ese apoyo exclusivamente en el buen manejo de las funciones que se desprende en el empleo, todo lo cual por si solo debió constituir razones de permanencia, no de su retiro.-

Indicó, que la decisión demandada vulneraba las normas superiores relacionadas inicialmente.

3.2 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el 18 de mayo de 2018⁴, siendo repartida a esta Corporación el 21 de mayo del mismo año⁵. Mediante auto del 14 de

⁴ Folio 1 cdno 1 pdf -141

⁵ Folio 117 cdno 1

13-001-23-000-2018-00382-00

diciembre de 2018 se inadmitió la demanda⁶, por lo que esta fue corregida el 14 de enero de 2019⁷.

El 26 de marzo de 2019⁸ se admitió la demanda y el 22 de noviembre de 2019 se ordenó vincular a la señora Mónica Patricia Manrique Montaña por tener interés en el proceso al ser la persona que ocupaba el cargo de Secretaria General de Transcribe a la fecha de la demanda⁹.

Transcribe S.A., contestó la demanda el 12 de diciembre de 2018¹⁰, e igualmente lo hizo la señora Mónica Patricia Manrique Montaña el 18 de diciembre del mismo año¹¹.

Con auto del 31 de agosto de 2021, el Tribunal decidió dictar sentencia anticipada en el asunto y correr traslado para alegar de conclusión¹².

3.3 CONTESTACIÓN

3.3.2 Transcribe S.A¹³

Manifestó su oposición a los hechos y a las pretensiones de la demanda, aduciendo que estos no tienen la entidad de demostrar la ilegalidad de los actos demandados. Al respecto sostuvo que, en efecto, en la planta de personal de Transcribe sí existe el cargo de Secretario General, sin embargo, el mismo tiene naturaleza de libre nombramiento y remoción, por lo que es legal que el nominador provea y remueva al personal del mismo de forma discrecional.

Afirmó que, el hecho de que la accionante haya accedido al cargo por meritocracia no le impone al nominador la obligación de mantenerla en el cargo de manera indefinida, ni le da a la demandante derechos de carrera.

Agregó que la persona que reemplazó a la actora también cumple con las condiciones de idoneidad para el cargo, por lo que los méritos o estudios obtenidos por la accionante no le dan derechos perpetuos sobre el empleo.

Como excepciones propuso el ejercicio legal de las competencias.

⁶ Folio 121 cdno 1 pdf – 144-145

⁷ Folio 123 cdno 1 pdf - 148

⁸ Folio 162 cdno 1 pdf – 188-189

⁹ Folio 174-175 cdno 1 pdf – 202-203

¹⁰ Folio 178-183 cdno 1 pdf- 209-214

¹¹ Folio 185-187 cdno 1 pdf – 217-219

¹² Folio 203-204 cdno 1 pdf

¹³ Folio 178-183 cdno 1 pdf- 209-214

3.3.3 Mónica Patricia Manrique Montaña¹⁴

La accionada manifestó que no podía pronunciarse sobre los hechos y pretensiones puesto que esto era competencia de Transcribe por la entidad demandada.

En su defensa alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva aduciendo que no se encuentra ejerciendo el cargo de Secretaria General de Transcribe desde el 19 de diciembre de 2018, de conformidad con el Acta de Junta Directiva No. 139 del 12 de diciembre de 2018.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 demandante¹⁵: Presentó alegatos manifestando que debía declararse la nulidad del acto demandado, en atención a los argumentos expuestos con la demanda.

3.6.2 demandado¹⁶: Transcribe S.A., presentó alegatos ratificándose en los motivos de su defensa.

3.6.3 Ministerio Público: no presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 152 del CPACA.

5.2 Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente declarar la nulidad del acta de reunión ordinaria de Junta Directiva de la empresa TRANSCARIBE S.A. No. 128 del 02 de noviembre de

¹⁴ Folio 185-187 cdno 1 pdf – 217-219

¹⁵ Pdf 4

¹⁶ Pdf 5

2017, por ser contrario a las normas en las que debía fundarse o estar afectado por desviación de poder?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala considera que no es procedente declarar la nulidad del acto administrativo por medio del cual se retira el servicio a la actora, como quiera que el mismo se ajusta a las normas legales en las cuales debe estar fundado y no se encontró probada la desviación de poder alegada por la demandante.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Empleo de libre nombramiento y remoción y la inmutabilidad del mismo frente a procesos meritocráticos para la designación en empleos de tal condición.

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Esa misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se provea como de libre nombramiento y remoción.

Así mismo, el artículo 1º de la Ley 909 de 2004¹⁷, contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, los cargos de libre nombramiento y remoción. A su vez, el artículo 5º ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción de los siguientes:

“Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

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

¹⁷ **Artículo 1º.** Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

13-001-23-000-2018-00382-00

- a) *Los de dirección, conducción y orientación institucionales, 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**; 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*

(...)."

Visto lo anterior, se tiene que la legislación previó una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Como se observa, para el desempeño de los cargos de libre nombramiento y remoción, la confianza juega un rol preponderante, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo dispone el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹⁸.

Ahora, es preciso señalar que la normatividad precitada no establece limitante alguna para que los cargos de libre nombramiento y remoción puedan ser provistos a través de un sistema de meritocracia, pues con ello, se generaría un mayor control y transparencia en la escogencia de la persona a ser designada. Empero, es importante que en el proceso meritocrático se deje

¹⁸ El párrafo 2 inciso 2 del artículo 41 ibídem, estableció que la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado:

"El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

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

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado" (Subraya fuera de texto)

claro que el cargo a proveer de libre nombramiento y remoción no muta su naturaleza ni otorga derechos de carrera administrativa.

5.4.2 Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.

Al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a informarla.

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, y *«opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia»*¹⁹.

Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por el Código General del Proceso en su artículo 167, disposición aplicable al asunto por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

Es pertinente manifestar a la altura de lo ya enunciado, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio.

La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública. Entonces, la discrecionalidad *«surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público»*²⁰.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional²¹ ha indicado que la posibilidad de

¹⁹ DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

²⁰ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143.

²¹ En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

“(…)la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su

13-001-23-000-2018-00382-00

desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores. Al igual, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico²².

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

*“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”.*

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría²³, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.

5.4 CASO CONCRETO

5.4.1 Hechos relevantes probados:

De acuerdo con el recurso, las pruebas relevantes para decidir la segunda instancia son las siguientes:

- Copia de la publicación de la convocatoria pública para optar al cargo de Secretario General de Transcribe S.A., publicada en el periódico El

desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. (...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.”

²² Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

²³ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 144

13-001-23-000-2018-00382-00

Universal el 27 de septiembre de 2005, por la Cámara de Comercio de Cartagena²⁴.

- Certificado expedido por la Directora Administrativa de Transcaribe S.A., de fecha 6 de septiembre de 2017, en el que se indica que la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh fungió como Secretaria General de Transcaribe S.A., empleo que es de libre nombramiento y remoción, desde el 15 de noviembre de 2005, devengando un sueldo mensual de \$9.015.041²⁵.
- Certificado expedido por la Directora Administrativa de Transcaribe S.A., de fecha 15 de noviembre de 2017, en el que se expone que la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh fungió como Secretaria General de Transcaribe S.A., hasta el 15 de noviembre de 2017, y se describen las funciones que esta cumplía²⁶.
- COMUNICADO INTERNO TC-DJ-07.02-021-2017, por medio del cual la Jefe Asesora Jurídica de la empresa demandada le solicita a la accionante la entrega del cargo y le indica los requerimientos de dicha actuación²⁷.
- Acta de Junta Directiva No. 017 del 8 de septiembre de 2005, por medio de la cual se aprobó que la selección del Secretario General de Transcaribe S.A., se hiciera por concurso de méritos²⁸.
- Acta de Junta Directiva No. 018 del 2 de noviembre de 2005, por medio de la cual se escogió a la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh como nueva Secretaria General de Transcaribe S.A., por encontrarse en la terna enviada por la Cámara de Comercio, en virtud al concurso de méritos adelantado por ella, y atendiendo sus conocimientos jurídicos²⁹.
- Acta de Junta Directiva No. 128 del 2 de noviembre de 2017, en la cual se consigna la decisión de retirar del servicio a la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh, nombrar como secretaria ad-hoc a la señora Ercilia Barrios Flórez, y, nombrar como secretaria definitiva a la señora Mónica Manrique Montaña³⁰.
- Acta de posesión de la señora Mónica Manrique Montaña, suscrita el 15 de noviembre de 2017³¹.

²⁴ Folio 26-27 cdno 1 pdf 28-29

²⁵ Folio 28 cdno 1 pdf 30

²⁶ Folio 29-30 cdno 1 pdf 31-32

²⁷ Folio 31 cdno 1 pdf 33

²⁸ Folio 35-42 cdno 1 pdf 37-44

²⁹ Folio 32-34 cdno 1 pdf 34-36

³⁰ Folio 44-49 cdno 1 pdf 47-57

³¹ Folio 50 cdno 1 pdf 59

13-001-23-000-2018-00382-00

- COMUNICADO INTERNO No. TC-DJ-07.02-024-2017, "concepto jurídico. análisis de la hoja de vida de la aspirante al cargo de Secretaria General de Transcribe S.A., Abogada MÓNICA PATRICIA MANRIQUE MONTAÑO", en el cual se indica que la municionada sí cumple con los requisitos del cargo, (según el manual de funciones: ser profesional, tener posgrado y 4 años de experiencia relacionada), toda vez que la señora Manrique Montaña es abogada, especialista en derecho público, magister en derecho público y cuenta con 10 años de experiencia³².
- Acta de posesión de la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh, de fecha 15 de noviembre de 2005³³.
- Soportes de la hoja de vida de Tania Rosa Díaz Sabbagh, en el que se advierten certificados de estudios y de experiencia laboral³⁴.
- Escritura Pública No. 0985 del 31 de agosto de 2005³⁵, por medio de la cual se realiza una reforma a los Estatutos de Transcribe S.A., y, en el artículo 61 de la misma se encuentra el régimen de empleados de la entidad, indicándose que "El Gerente General, El secretario General y el director de control interno de la sociedad son empleados públicos, de libre nombramiento y remoción, **elegidos por la Junta Directiva, para periodos de un año, reelegibles para el periodo siguiente** (...) los demás son trabajadores oficiales y están sujetos al régimen que la Ley establece"³⁶
- Acta de Junta Directiva No. 139 del 12 de diciembre de 2018, en la cual se deja consignado que la Junta decide retirar del servicio a la señora Mónica Manrique Montaña y elegir a Lida del Carmen Carazo Ortiz como Secretaria General de Transcribe³⁷.

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el caso de marras se demanda la nulidad del Acta de Junta Directiva No. 128 del 2 de noviembre de 2017, en la cual se consigna la decisión de retirar del servicio a la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh, y, nombrar como secretaria a la señora Mónica Manrique Montaña³⁸.

De las pruebas traídas al proceso se tiene que, en efecto, mediante Acta de Junta Directiva No. 017 del 8 de septiembre de 2005, este órgano decisorio determinó que la escogencia del Secretario General de Transcribe S.A., para

³² Folio 50 rev-53 cdno 1 pdf 60-66

³³ Folio 79 cdno 1 pdf 96

³⁴ Folio 76-109 cdno 1 pdf 93-127

³⁵ Folio 139-160 cdno 1 pdf 149-185

³⁶ Folio 144 cdno 1 pdf 169

³⁷ Folio 190-198 cdno 1 pdf 222-230

³⁸ Folio 44-49 cdno 1 pdf 47-57

13-001-23-000-2018-00382-00

esa oportunidad, se realizaría mediante concurso de méritos adelantado por la Cámara de Comercio de Cartagena, tal como se había hecho para el nombramiento del Gerente³⁹.

Mediante aviso publicado en el periódico El Universal, el 27 de septiembre de 2005, la Cámara de Comercio de Cartagena realizó la convocatoria pública para optar al cargo de Secretario General de Transcribe S.A.,⁴⁰ y se exigieron los siguientes requisitos:

- Título profesional universitario en ciencias jurídicas, administrativas, económicas, contables, ingeniería o finanzas.
- Postgrado en áreas afines
- Experiencia relacionada de 4 años
- Conocimientos acreditados en idiomas, además del español.

En virtud del anterior concurso, se conformó una terna, conformada por Álvaro Sandoval, Tania Díaz Sabbagh y Amalia Toro, de la cual resultó electa la señora Tania Díaz Sabbagh según consta en Acta de Junta Directiva No. 018 del 2 de noviembre de 2005⁴¹.

La demandante tomó posesión de su empleo el 15 de noviembre de 2005⁴²; y permaneció en el mismo hasta el hasta el 14 de noviembre de 2017⁴³; toda vez que, según lo consignado en el Acta No. 128 del 2 de noviembre de 2017, la Junta Directiva de la entidad decidió retirarla del servicio y nombrar como secretaria a la señora Mónica Manrique Montaña⁴⁴, quien se posesionó el 15 de noviembre de 2017⁴⁵.

También se tiene que, de acuerdo con el COMUNICADO INTERNO No. TC-DJ-07.02-024-2017, "*concepto jurídico. análisis de la hoja de vida de la aspirante al cargo de Secretaria General de Transcribe S.A., Abogada MÓNICA PATRICIA MANRIQUE MONTAÑO*", los requisitos para aspirar al cargo de Secretaria General de Transcribe S.A., según el manual de funciones, son los siguientes: a) ser profesional universitario en ciencias jurídicas, administrativas, económicas, contables, ingeniería o finanzas; b) tener posgrado en materias afines y 4 años de experiencia relacionada. De igual forma, dicho comunicado conceptúa que la señora Mónica Manrique Montaña sí cumple

³⁹ Folio 35-42 cdno 1 pdf 37-44

⁴⁰ Folio 26-27 cdno 1 pdf 28-29

⁴¹ Folio 32-34 cdno 1 pdf 34-36

⁴² Folio 79 cdno 1 pdf 96

⁴³ Folio 29-30 cdno 1 pdf 31-32

⁴⁴ Folio 44-49 cdno 1 pdf 47-57

⁴⁵ Folio 50 cdno 1 pdf 59

13-001-23-000-2018-00382-00

con esos requisitos puesto que es abogada, especialista en derecho público, magister en derecho público y cuenta con 10 años de experiencia⁴⁶.

Como sustento de la demanda, la señora Tania Rosa Díaz Sabbagh alega que: i) existió desviación de poder en la decisión que adoptó la Junta Directiva de Transcaribe SA, como quiera que, la persona vinculada al cargo no reunía requisitos académicos y de experiencia superiores a los de ella, por lo tanto, quedaba desvirtuado que la razón de su retiro no fue la de mejorar el servicio; ii) se quebranta el principio de igualdad, porque la forma de proveer el cargo para reemplazar a la demandante no se hizo de las mismas condiciones a la que fue sometida la demandante, como quiera que la señora Mónica Manrique no realizó concurso de méritos y no se le exigieron conocimientos de otros idiomas; iii) ni existió proporcionalidad entre la causa del retiro y la decisión puesto que el fundamento del mismo fue únicamente la facultad discrecional del nominador, sin analizar la hoja de vida de la demandante, su amplia experiencia y conocimientos; iv) violación a las normas superiores, puesto que se transgredieron todas las normas que regulan las situaciones anteriores.

Para efectos de resolver el primer punto, es preciso indicar que, el Consejo de Estado⁴⁷ ha expuesto que la desviación de poder debe ser entendida como *"el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura 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"*.

⁴⁶ Folio 50 rev-53 cdno 1 pdf 60-66

⁴⁷ **Consejo de Estado, sentencia del 25 de noviembre de 2021 radicado 19001-23-33-000-2016-00338-01(1931-20):** *"se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión Por su parte, esta Subsección ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder desde esta misma óptica. «[...]».* (Negrita fuera del texto original). *Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se consolida por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, la Sección Segunda ha sostenido lo siguiente: «[...] 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. [...]».* De esta forma, dado que el acto administrativo de retiro del servicio del aquí demandante por llamamiento a calificar servicios se encuentra motivado (folios 2 a 4, C1), la Subsección procederá a analizar aquellos vicios invocados y verificará si se advierte la falsa motivación o la desviación de poder que se endilga".

13-001-23-000-2018-00382-00

Ahora bien, según la accionante, el desvió de poder se encuentra demostrado con el hecho de que la persona que la reemplazó en el cargo tenía menos calidades académicas y de experiencia que ella; sin embargo, considera la Sala que tal argumento no está llamado a prosperar en este evento, como quiera que, en el proceso solo quedó acreditado que la señora Mónica Manrique Montaña cumplía con los requisitos mínimos del cargo, según lo manifestado en el concepto "COMUNICADO INTERNO No. TC-DJ-07.02-024-2017"⁴⁸, pero al proceso no se trajo la hoja de vida de la señora Manrique Montaña, de modo que se pudiera constatar que en efecto no tuviera más calidades académicas o de otro tipo que superaran las de la accionante, por lo tanto la comparación que pretende la accionante no se puede realizar, aun cuando era su responsabilidad traer las pruebas necesarias al proceso.

De otro lado, también debe advertirse que, la señora Manrique Montaña cumplía con los requisitos para el cargo, por lo que, el hecho de que la señora Díaz Sabbagh tuviera estudios y experiencia adicional no implicaban automáticamente la modificación de las condiciones del manual de funciones de la entidad; y que, por lo tanto, la próxima persona a elegir para ocupar el cargo debiera tener una hoja de vida más nutrida que la de la secretaria anterior.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, conforme con el artículo 61 de la Escritura Pública No. 0985 del 31 de agosto de 2005⁴⁹, tanto " (...) *El secretario General (...) son empleados públicos, **de libre nombramiento y remoción, elegidos** por la Junta Directiva, **para periodos de un año, reelegibles para el periodo siguiente** (...) los demás son trabajadores oficiales y están sujetos al régimen que la Ley establece*"⁵⁰.

Lo anterior indica que la señora Díaz Sabbagh no fue nombrada como Secretaria General de Transcribe, de manera indefinida, sino que esta, estaba sometida a un periodo de 1 año, tras el cual podía ser reelegida; esto, nos lleva a concluir que, lo que aquí sucedió fue que a la demandante no se le reeligió para continuar en el cargo, luego de vencido su periodo.

Frente al argumento de que no existió proporcionalidad entre la causa del retiro y la decisión se tiene que, dicha afirmación no es valedera en este asunto como quiera que en la parte considerativa de esta providencia se explicó que, cuando el cargo es de libre nombramiento y remoción, el nominador tiene la facultad discrecional de remover al empleado sin necesidad de motivar su decisión, pues la misma se entiende adoptada para

⁴⁸ Folio 50 rev-53 cdno 1 pdf 60-66

⁴⁹ Folio 139-160 cdno 1 pdf 149-185

⁵⁰ Folio 144 cdno 1 pdf 169

el mejoramiento del servicio. así las cosas, la Sala desecha el argumento antes planteado.

Por último, se tiene que no es cierto que el acto demandado quebrante el principio de igualdad, ni que viole normas superiores, puesto que, el hecho de que la Junta Directiva aprobara la realización de un concurso de méritos, es mero ejercicio de la autonomía de dicho órgano decisorio, puesto que no existe norma que lo obligue a que siempre se debe elegir de esa forma. Además, en los estatutos de la entidad no se estableció la exigencia de que se realizara un concurso de méritos cada vez que se fuera a elegir secretaria, simplemente que, por esa ocasión, la junta decidió realizarlo de esa forma; ello fue solo por esa ocasión, lo cual le permitió a la demandante acceder al cargo, toda vez que ella no estaba dentro de las propuesta allegadas a la Junta para la elección el 8 de septiembre de 2005⁵¹.

Frente al argumento de que a la demandante se le exigió conocimientos de otro idioma y a su reemplazo no; en efecto, ello si está probado en el proceso, pero no se cuenta con el manual de funciones para efectos de verificar si ese era un requisito obligatorio o no; por lo que, la simple diferencia de exigencias no es suficiente para lograr la nulidad del acto; adicionalmente, la desvinculación fue por vencimiento del periodo para el cual fue elegida.

Así las cosas, lo cierto es que, en el presente asunto, no encuentra la Sala elementos probatorios o de juicio que confirmen las aseveraciones expuestas en la causa petendi, en cuanto al móvil oculto y determinante con el cual, procedió la entidad accionada a no reelegir a la actora en el cargo que desempeñaba, lo cual, conduce en estricto derecho, a que la decisión denegatoria de las pretensiones.

5.4 De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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 registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

Con base en la anterior norma, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, como quiera que la demanda contaba con fundamentos para demandar.

⁵¹ Folio 35-42 cdno 1 pdf 37-44

13-001-23-000-2018-00382-00

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte considerativa.

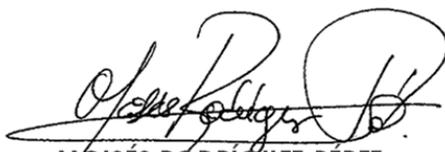
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, señora Tania Díaz Sabbagh, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, si la misma no es apelada, procédase al **ARCHIVO**, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 027 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ⁵²
En uso de permiso

⁵² En uso de permiso concedido mediante Resolución No. 109 del 28 de septiembre de 2022.