

Cartagena de Indias D. T. y C, once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-003-2015-00384-01
<b>Demandante</b>	ALICIA TERRIL FUENTES
<b>Demandado</b>	ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL - EPA
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Tema</b>	INSUBSISTENCIA/LIBRE NOMBRAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el dieciséis (16) de diciembre del dos mil dieciséis (2016), proferida en audiencia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES.

### 2.1. La demanda

#### 2.1.1 Pretensiones.

Fueron invocadas las siguientes (se transcribe):

*"1. Declarar la nulidad de la resolución número 108 de fecha 2 de junio del 2015, expedida por el ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL EPA CARTAGENA, que declaró la insubsistencia de la señora ALICIA TERRIL FUENTES en el cargo de SUBDIRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA código 068 grado 55.*

*2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL EPA CARTAGENA, reintegrar a la señora ALICIA TERRIL FUENTES, el mismo cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones al que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.*

*3. Que se condene a la entidad ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL EPA CARTAGENA, al pago de los salarios, prima, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir hasta la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.*

*(...)"*

### 1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- Mediante resolución 281 del 4 de agosto de 2008 se nombró a la señora ALICIA TERRIL FUENTES en el cargo de SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO código 068 grado 55.
- Mediante resolución 108 de 2 de junio del 2015, proferida por el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena de Indias, se declaró insubsistente.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Invoca como violada las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 13, 15, 29, 53, 83, 84, 121, 243, 125 y 209

Acusa el administrativo por cuanto aun cuando se trata de una facultad discrecional, por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción, el mismo se dio por una motivación contraria a la constitución y la ley, vulnerando la dignidad humana y ello constituye razón suficiente para pedir su revocatoria.

### **1.4. La contestación.**

Se opuso la demandada a las pretensiones de la demanda por las razones que pasan a sintetizarse.

No se observa violación a disposiciones constitucionales y legales debido a que la Directora General del EPA Cartagena expidió la resolución No. 108 de 2 de junio del 2015, en ejercicio de la facultad discrecional que le concede el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

No se configura la falsa motivación y tampoco la desviación de poder debido a que la Dirección expidió el acto en estricta observancia del imperativo legal señalado en el inciso segundo del parágrafo segundo del artículo 41 de la ley 909 del 2004.

### **3. Sentencia de primera instancia.**

Mediante sentencia proferida en audiencia el 16 de diciembre del 2016, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, denegó las súplicas de la demanda.

Aseguró el a quo que se trata de un cargo del nivel directivo, de plena confianza de la Dirección General y por ello de libre nombramiento y remoción.

Por ser de esa especie podía el nombramiento declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna, es decir, tal y como se hizo, de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto le confirió al nominador la ley 909 de 2004 (artículo 41).

Sostuvo también que la idoneidad profesional y el buen desempeño de las funciones no otorgan prerrogativas de permanencia.

Que lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario y que pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyen plena garantía de la eficiente prestación del servicio que no está en obligación de señalar en el acto administrativo de insubsistencia; de ahí que quien pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del acto este obligado a probar la existencia de móviles distintos al buen servicio para su expedición, los que por supuesto no están acreditados en el sub lite.

#### **4. Recurso de apelación.**

Resiste la sentencia el actor puesto que no comparte la conclusión que implica que el acto de insubsistencia respecto de empleados de libre nombramiento y remoción no se debe inspirar en razones de buen servicio, pues sostener ello es avalar el acto arbitrario.

Precisa que la insubsistencia debe estar precedida además de las razones del buen servicio por criterios de razonabilidad y ponderación en tanto se está creando un agravio a un particular.

Critica que aun cuando se citó un fallo del Consejo de Estado (el del 10 de diciembre del 2015 de radicación interna 1412-14) de la Doctora Sandra Lissete Ibarra, termina contrariándose su postura en tanto no observa el juzgado que de dicho fallo emerge la obligación del nominador de dejar constancia en la hoja de vida del afectado del motivo del retiro, aun cuando se trate de empleados de libre nombramiento y remoción.

Asegura que el nominador goza de un margen de discrecionalidad pero este debe ser razonable en la escogencia de los empleados de libre nombramiento pero ello no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria y desconociendo su idoneidad profesional, a lo que se agrega el buen servicio.

### **5. Concepto del ministerio público.**

El Agente del Ministerio Público en esta oportunidad no emitió concepto.

## **II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, se ejerció control de legalidad del mismo, conforme lo preceptuado en el artículo 207 del CPACA, por ello y teniendo en cuenta que en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **III.- CONSIDERACIONES**

### **3.1. Competencia**

Con fundamento en lo mencionado 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. Marco jurídico del recurso de apelación.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**“Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: *“tantum devolutum quantum appellatum”*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

### **3.3. Problema jurídico.**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el acto administrativo acusado, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora ALICIA TERRIL FUENTES como Subdirectora Administrativa y Financiera, Código 068, Grado 55, del Establecimiento Público Ambiental de

Cartagena adolece de falsa motivación, desviación de poder o fue expedido irregularmente, y si en tal virtud debe anularse.

### **3.4. Tesis.**

Se confirmará la decisión apelada por cuanto no se acreditaron los cargos de nulidad atribuidos al acto de insubsistencia.

### **3.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.**

Por haber resuelto asunto de similares contornos facticos, se reiterará el marco normativo expuesto en la sentencia dictada el 19 de febrero del 2018 por la Sección Segunda, Sub Sección B del Consejo de Estado, de radicación 25000-23-42-000-2013-01223-02 (4578-16), la que a su turno se apoyó en la del 23 de agosto del 2015, con numero de radicación interno 1847-2012 y de la que fue ponente el Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, en lo que atañe a los límites constitucionales de la facultad discrecional .

### **Facultad Discrecional. Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales, racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.**

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

*“(...) 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 los trabajadores oficiales y los que determine la ley.*

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

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

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

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

La regla general en el ejercicio de la función administrativa la constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar

y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

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

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En ese entendimiento, a juicio de la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal perspectiva, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*“(…) **ARTÍCULO 41. 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:*

**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. (...)**".

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>1</sup>.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>2</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, 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; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la "razonabilidad".

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los

<sup>1</sup> Sentencia del 20 de agosto del 2015. Expediente No. 250002325000201000254-01. Interno 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 372 de 2012.

hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido<sup>3</sup>, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

### **3.6. Caso concreto y conclusión.**

Ya en precedentes anteriores de esta Sala, adoptados en asuntos de contornos facticos similares, que se reiteran en el *sub lite*, se ha aceptado que en efecto, de acuerdo con la normatividad (véase marco normativo), la remoción en empleos de libre nombramiento es discrecional y por ende el acto que la disponga no requiere motivación; no obstante, también se ha establecido que aun cuando ello es así, la discrecionalidad no tiene carácter absoluto y encuentra límites y medida en el principio de razonabilidad, es decir, la discrecionalidad implica el ejercicio de los atributos de decisión, dentro de límites justos y ponderados, dirigidos a la satisfacción del interés general y lo que mejor convenga a la comunidad.

Tal y como se expuso en el acápite normativo, la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y en tal sentido, se han identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Lo anterior por cuanto, conviene dejar claro que, sigue siendo regla que el acto administrativo de insubsistencia de empelados de libre nombramiento y remoción no requiere motivación, pero no puede hacer carrera que, por una fría interpretación de esa regla, termine aceptándose que el acto no se sustente en razones jurídicas de peso. Es decir, aun cuando no requiere motivación el acto, si debe fincarse en motivos o razones, no puede ser producto del capricho o parecer del nominador, y esas razones no son otras que, el **buen servicio** y el **interés general**.

Quiere decir lo anterior que, aquel acto administrativo que disponga el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, sin sustento en razones

<sup>3</sup> Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

de buen servicio e interés general, aun cuando la autoridad esta relevada de exponer las razones dentro del texto del acto, deviene arbitrario.

De ahí la importancia de dejar constancia de las razones y hechos precisos que motivaron el retiro en la hoja de vida del funcionario, según lo prescribe el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 (citado supra) pues, aun cuando la jurisprudencia<sup>4</sup> ha acuñado como regla que ese hecho “no hace parte de la esencia misma del acto, sino tan solo constituye un antecedente laboral que debe plasmarse en su hoja de vida”, y que ello, “no vicia la decisión de retiro del servicio de un empleado de esta categoría, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo”, si deviene elemento importante a la hora de valorar cada caso concreto, pues a la luz de la constitución y la ley no es aceptable una actuación de la administración que no esté fundada en motivos y razones de derecho.

Ha dicho la Corte Constitucional<sup>5</sup> al respecto que, “en aras de evitar la arbitrariedad en la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968 “por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, consagró la obligación de dejar constancia en la hoja de vida de los empleados que no pertenecen a la carrera, de las causas que motivan la insubsistencia”.

De manera pues que, no es de poca monta la obligación contenida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, pues de su incumplimiento podría deducirse eventualmente la arbitrariedad, como bien lo pone de presente la Suprema Guardiana de la Constitución. Es así que, en la sentencia C – 734 del 2000, por medio de la cual se realizó el estudio de constitucionalidad de la expresión “sin motivar la providencia” contenida en el inciso primero de ese artículo 26 del decreto 2400 de 1968 (optando por la declaratoria de exequibilidad), reiterada en la sentencia T – 064 del 2007, se decantó:

*“la Corte Constitucional ha señalado que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción -los cuales constituyen una excepción al principio*

<sup>4</sup> Sobre la exposición de razones y motivos en la hoja de vida y sus efectos véase la Sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 75001-23-31-000-2007-00336-01 (2310-11)

<sup>5</sup> Véase Sentencia T – 372 del 2012



general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza- resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones."

Indicó la Corte en el fallo de exequibilidad, además:

"El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance. (...) De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.

Pero vemos que, según el análisis de constitucionalidad del precepto, no están involucrados solo los principios que hasta ahora se aluden, sino otros de igual o mayor importancia como verbigracia, el "Estado de Derecho" y el "principio democrático" en el cual se funda este. Así se indica:

"Al permitir al empleado conocer los motivos del despido en un cargo de libre nombramiento y remoción, así lo fuere en la hoja de vida, se "hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder"<sup>6</sup> . Por esta razón, encuentra la Corte que "lo normal es

<sup>6</sup> Sentencia SU- 917 de 2007.



*que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder.”*

Como bien se expresó en el acápite normativo de esta providencia<sup>7</sup>, la obligación de enunciación en la hoja de vida de los hechos que sirven de base o sustento de la decisión de retiro en virtud de la facultad discrecional, no se agota con una expresión genérica o formal, sino con una exposición suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

Con ello comulga la Corte Constitucional, pues así lo dejó claro en el fallo de exequibilidad comentado:

*“De otra parte, es claro para la Corte que el cumplimiento de este requisito (motivación de la insubsistencia) no se reduce a la enunciación formal de expresiones genéricas que no expongan la realidad del sustento de la medida. Como lo ha sostenido esta Corporación, si bien “en los casos de los empleados de libre remoción existe una mayor discrecionalidad, no implica que la administración pueda actuar arbitrariamente, invocando razones abstractas de buen servicio. Una medida de esta índole, debe obedecer a una justificación mínima en cuanto a la necesidad de atender a la oportuna, eficaz y eficiente prestación del servicio.”<sup>8</sup> Así, la mayor libertad “no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido”<sup>9</sup>*

En línea con el discernimiento de la Corte, el Consejo de Estado, al referirse a casos en donde las autoridades acuden a “razones del servicio” para justificar decisiones discrecionales, ha manifestado: **“cuando la Administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero**

<sup>7</sup> Sentencia del 19 de febrero del 2018, proferida por la Sección Segunda, Sub Sección B del Consejo de Estado, de radicación 25000-23-42-000-2013-01223-02 (4578-16)

<sup>8</sup> Sentencia T-532 de 1998.

<sup>9</sup> Sentencia T-494 de 2000.



*especial de inamovilidad.*<sup>10</sup> A lo que agregó dicho Tribunal que: *“hacer uso de la facultad discrecional cuando no sea evidente la afectación del servicio (...), deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico”.*<sup>11</sup> Lo anterior conlleva – se indicó – *“para la parte actora la labor probatoria de acreditar la buena prestación del servicio que venía cumpliendo; sus méritos, condiciones personales y profesionales, capacidades, idoneidad y rectitud en el desarrollo de la labor, aspecto que resulta determinante para establecer si con su retiro se cumple la finalidad del poder discrecional, que es la optimización del servicio.”*<sup>12</sup>

**Hechas las precisiones, pasa la Sala a las conclusiones probatorias, y dado que el acto se acusa de falsa motivación y desviación de poder se principia aterrizando la noción de dichas causales.**

### **Falsa motivación.**

Esta causal de ilegalidad está expresamente consagrada en los artículos 137 y 138 de la ley 1437 de 2011, y establece que la nulidad de los actos administrativos procederá cuando hayan sido expedidos mediante falsa motivación.

De allí que, se hace alusión a los motivos del acto, los que al decir de la doctrina, son los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto y cuya existencia lleva al autor del acto a dictarlo<sup>13</sup>.

La causal de “falsa motivación”, presenta dos posibilidades:

Puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expida el acto sin que esos motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la “inexistencia de motivos legales o falta de motivos”. Por ejemplo, para el otorgamiento de una pensión de jubilación se requiere la presencia de ciertos requisitos en cuanto a la edad y años de servicio del pensionado, de manera que si se reconoce una pensión a una persona que no ha reunido dichos requisitos, el acto estar viciado por esa causal de ilegalidad. No se entienda por esto que

<sup>10</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 3 de febrero de 2011, radicación número: 25000-23-25-000-2002-00492-01 (0388-09).

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 18 de mayo de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2001-00140-01 (4319 -04).

<sup>12</sup> Ibídem. En el mismo sentido ver las siguientes sentencias de ese alto tribunal: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 8 de mayo de 2003, Referencia: 3274 02; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 31 de enero de 2002, Radicación número: 07001-23-31-000-1997-0631-01 (1958 -98).

<sup>13</sup> ANDRE DE LAUVADERE et YVES GAUDEMONT

se está asimilando el sub iudice al ejemplo citado, puesto que este se trae a colación simplemente para explicar el concepto.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta causal de ilegalidad solo tiene eficacia cuando el funcionario ejerce una competencia reglada, caso en el cual las circunstancias de hecho que fundamentan el acto son condiciones de su legalidad<sup>14</sup>.

En segundo lugar, esta ilegalidad puede consistir en que los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente, sea desde el punto de vista material, sea desde el punto de vista jurídico. Se habla entonces de la "inexistencia de motivos invocados, de motivos erróneos, o de error de hecho o de derecho en los motivos". Como ejemplo de error de hecho en los motivos se puede citar el caso de un acto administrativo para cuya expedición se invoca como fundamento una solicitud de un particular que no se ha presentado. El error de derecho se presentara cuando el motivo invocado si existió materialmente, pero ha sido mal apreciado por el funcionario. Verbigracia, se concede licencia a un empleado accediendo a una solicitud que realmente hizo, pero en la cual solicitaba unas vacaciones.

En el derecho vernáculo, la llamada falsa motivación, que comprende los casos vistos, no ha tenido aplicación constante en el mismo sentido. A este respecto, la principal variable ha consistido en que en algunos casos el Consejo de Estado la ha aplicado autónomamente, es decir, anulando el acto cuando ella se presenta simplemente, mientras que en otros ha exigido que se presente, además, la causal de desviación de poder, especialmente como consecuencia de la redacción del artículo 66 de la ley 167 de 1941 (otrora código de los ritos de la especialidad contenciosa), que no se refería explícitamente a la falsa motivación<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

<sup>15</sup> **5. CONSEJO DE ESTADO** - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. **Sentencia:** 12 de septiembre de 1991. **Consejero ponente:** Dolly Pedraza de Arenas. **Referencia:** Expediente No. 2823 **Publicación:** Anales, 1991, tomo CXXIV, págs. 917 y ss.

"b) Falsa motivación

*Se hace consistir la falsa motivación en el hecho de que en los considerandos del acuerdo 126 de 1987 se invocaron los artículos 3º, 4º y 5º del decreto 1848 de 1969 que fueron anulados por la jurisdicción contencioso administrativa. La falsa motivación que vicia de nulidad un acto, según lo ha precisado la jurisprudencia, es la que entraña desviación de poder, la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error que pueda incurirse en la parte considerativa de este. En el caso que ocupa la sala ciertamente en los considerandos del acuerdo se citó erradamente el art. 4º del decreto 1848 de 1969, único que en verdad había sido anulado en su totalidad por el Consejo de Estado, pero solo para fundamentar el hecho cierto de "el régimen legal vigente prevé que*

No obstante, a partir de la redacción del Código Contencioso Administrativo de 1984 (Decreto 01 de 1984), la falsa motivación se convirtió en una modalidad autónoma de ilegalidad de los actos administrativos, situación que fue reiterada por los artículos 137 y 138 del vigente Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

### **Desvió de poder.**

Uno de los elementos de los actos administrativos se refiere a la finalidad que es tenida en cuenta por la autoridad administrativa al momento de ejercer su competencia. En efecto, siempre que se emite un acto administrativo, la administración busca obtener un propósito o un resultado. En consecuencia, esta causal de anulación se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dicen los artículos 137 y 138 del CPACA, "con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".

Esa finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general, como se desprende del artículo 209 de la Constitución Política. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder.

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, situación en la cual el acto administrativo, además de perseguir el interés general, deberá buscar cumplir con esa finalidad especial fijada en la norma. En este caso, si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general el acto será ilegal.

El vicio de desviación de poder no corresponde a un mero juicio de legalidad como ocurre con otras causales de anulación de los actos administrativos, sino que es necesario que quien demande la nulidad de un acto administrativo invocando este vicio, acredite los elementos probatorios

---

*los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado se haga clasificación de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales al servicio de esas entidades en razón de las actividades de dirección y confianza que desempeñen" como se consignó en su texto. No encuentra por tanto la Sala que el acuerdo está falsamente motivado. El error en la cita no vicia en forma alguna el acto, que encuentra su apoyo cierto en las demás normas citadas."*

suficientes para demostrar que efectivamente el acto fue adoptado con una finalidad diferente a la señalada por la norma que autoriza la competencia, para con ello desvirtuar la presunción de legalidad del acto.

En el *sub examine*, aun cuando era relevante para desatar la litis, la parte activa no solicitó la declaración de ningún testigo que pudiera dar fe de las circunstancias que rodearon la problemática, especialmente sobre las razones de la de decisión de retiro, siendo que esto es de suma importancia en el caso concreto, dado que se endilga como cargo de nulidad precisamente la falsa motivación (motivos) y la desviación del poder (fines), fundadas en que la desvinculación no se dio para mejorar el servicio, y se sabe que la carga de dicho aspecto radica en cabeza del demandante, pues a la luz de las reglas jurisprudenciales que anteceden, se presume que el retiro se realizó en procura del buen servicio público, correspondiéndole al actor acreditar que la desvinculación no estuvo sustentada en el buen servicio.

Ahora bien, en el expediente administrativo arrimado por la demandada y particularmente en la hoja de vida de la demandante que allí reposa (fls. 35 a 208 del primero cuaderno y 209 a 293 del cuaderno No. 2) evidencia que no se incorporó nota, reseña o constancia de las causas y razones del retiro, siendo esto es una obligación que debe cumplir el nominador, dada la necesidad de adecuación de su poder discrecional a los fines de la norma que lo autoriza, que no son otros que el mejoramiento del servicio, la satisfacción del interés general y la correspondencia con lo que mejor convenga a la comunidad, pues la medida se debe enmarcar dentro de límites justos, ponderados, razonables y proporcionales.

No obstante, según como ya se abordó supra, por disposición del Consejo de Estado, esto no hace parte de la esencia misma del acto, sino que constituye tan solo un antecedente laboral que debe plasmarse en la hoja de vida, que no vicia la decisión de retiro del servicio, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo, luego de ahí que, ante la carencia de más elementos de prueba (por eso se remarcaba la importancia de la prueba testimonial), con todo y que como, en efecto esta Sala en varias oportunidades ha prohijado la relevancia de la anotaciones en hoja de vida, erigiendo dicho aspecto como un indicio que bien puede implicar la ilegalidad del acto, en esta oportunidad ello solo no es suficiente para colegir las causales invocadas (falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular, violación de las normas en que

debería fundarse), con todo y lo reprochable de la omisión en que incurre la administración.

Por demás, no se demostró, es más, ni siquiera se mencionó en la demanda, aspecto alguno respecto del nombramiento de quien le sucedió a la accionante en el cargo que ocupaba y del desempeño de ese profesional, que permitiera advertir o evidenciar la desmejora del servicio, o mejor, que no fue el buen servicio la fuente de la que emanó el acto demandado.

Es muy común en estas controversias (teniendo en cuenta la carga probatoria que debe soportar el extremo activo) que se aporten indicadores de gestión y resultados que permitan establecer diferencias entre el ejercicio del funcionario saliente y su reemplazo, pues lo que se trata es de determinar que el buen servicio se desmejoró, no obstante, el extenso acervo documental no contiene la prueba de dicho tópico.

Dicho todo lo anterior, y aun cuando la actitud omisiva de la entidad demandada al no registrar en la hoja de vida del actor las razones de la decisión es reprochable desde todo punto de vista y máxime, teniendo en cuenta lo ya dicho respecto a la medida y límite de la facultad discrecional, dada la particular situación que envuelve el *sub lite*, huérfana y desprovista de elementos suasorios en función de lo que correspondía al actor como carga demostrativa, no es posible con este solo argumento (que bien puede equivaler a un indicio como en otras oportunidades se ha establecido por la Sala), tener por desquiciada la presunción establecida vía jurisprudencial según la cual *“cuando la Administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público”* y habida cuenta que no se probó que se hizo uso de la facultad discrecional sin evidencia alguna de afectación al buen servicio y con base en razones particulares y subjetivas propias del nominador, desviadas de los propósitos y fines de la norma que la autoriza, o por razón de motivos inexistentes.

Ante lo dicho, ineludiblemente impera la CONFIRMACIÓN de la sentencia apelada, pues no se acreditaron los cargos endilgados (falsa motivación, desviación, expedición irregular – violación de normas)

### **3.7. Condena en Costas.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

*“(…) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en esta instancia por haber sido confirmada en su totalidad la sentencia apelada y no prosperar la alzada, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada por las razones previamente expuestas.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas en segunda instancia a la parte demandante; liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

**LOS MAGISTRADOS**

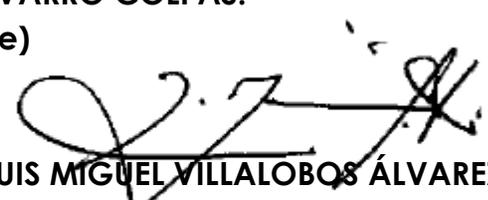


**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**

**(Ponente)**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**Firmado Por:**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**9e83d6ad6c0d494ce6dc190bb7b60c3d54a84f1a585bfefe2c9d1aa8e30ae6c2**



Documento generado en 29/09/2020 12:45:55 p.m.

