

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2016-00631-00
Demandante	CESAR ELIECER LEYTON BURGOS
Demandado	CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Tema	INSUBSISTENCIA/LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN/LIMITES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Procede la Sala Fija de Decisión N° 001 a dictar la sentencia de primera instancia, en el proceso promovido por CESAR ELIECER LEYTON BURGOS, actuando en su propia causa, contra la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

Invoca el actor en síntesis las siguientes pretensiones:

- Que se declare la nulidad de la resolución No. 180 del 23 de junio del 2015, por medio de la cual se declaró insubsistente en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Código 115 grado 30 de la Contraloría Distrital de Cartagena.
- Que a título de restablecimiento del derecho se ordene su reintegro en el mismo cargo, si solución de continuidad y el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento del reintegro.

1.2. Hechos.

Cuenta el actor en síntesis los siguientes:

- En ejercicio del cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría Distrital, la noche del 23 de junio del año 2015 en horas de la noche, tuvo que consultar por el servicio de urgencias de la Clínica Gestión Salud IPS por fuertes síntomas de migraña.

- Fue dado de alta en la mañana del 24 de junio del 2015, a eso de las 7:30 am y se le otorgo incapacidad médica por periodo de 2 días, es decir, hasta el 25 de junio del 2015.
- Saliendo de la Sala de Urgencias comunicó al señor contralor la situación y la incapacidad, enviando además la certificación médica de la incapacidad a la Contraloría Distrital.
- Ese 24 de junio aproximadamente a las 02:00 de la tarde, recibió en su residencia un oficio de fecha 23 de junio del 2015 donde se le comunicaba que fue declarado insubsistente por medio de la resolución No. 180 del 23 de junio del 2015, proferida por el Director Administrativo y Financiero de la Contraloría Distrital.
- Durante la jornada laboral del 23 de junio del 2015, laboro en circunstancias normales y en ningún momento se le comunico la decisión alguna de insubsistencia, por lo que se puede deducir que la fecha de elaboración y suscripción del acto de retiro no fue el 23 de junio sino el 24 y de ahí surge que lo fue con ocasión de la incapacidad.
- Al momento de la comunicación de la declaratoria de insubsistencia se encontraba incapacitado laboralmente, y por ello era sujeto de estabilidad laboral reforzada.
- La declaratoria de insubsistencia le viola los derechos fundamentales a la vida digna, el trabajo, la seguridad social y la estabilidad laboral reforzada.
- El acto de insubsistencia carece de motivación, acusa desviación de poder y por ellos es ilegal.
- La declaratoria de insubsistencia se produce en el marco de la ley de garantías electorales, para las elecciones a autoridades locales 2015, que se desarrollaron el 25 de octubre del 2015. En el marco de dicha ley, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, la nómina estatal se congela, es decir, desde el 25 de junio y hasta el 25 de octubre del mismo año.
- El día 16 de julio, casi un mes después de la insubsistencia fue nombrado en el mismo cargo el Dr. FABIAN ALTAMAR PINILLOS, es decir, casi un mes duro el cargo sin titular.

- Su remoción el 24 de junio del 2015 cuando entraba en vigencia la ley de garantías electorales, y la remoción de quien ocupó el cargo hasta el 30 de noviembre de 2015, una vez terminó la ley de garantías supone fehacientemente desviación de poder.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Fueron citadas como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 25, 29 y 209
- Ley 996 de 2005: artículo 32 y 38
- Decreto 770 de 2005: artículo 2
- Ley 909 de 2004: artículo 19
- Decreto ley 2400 de 1968: artículo 26

Acusa el acto por desviación de poder por carecer de motivación y dado que no vienen en su tenor literal consignadas las razones ni motivos que permitan valorar al despacho las circunstancias propias del mismo.

Asegura que se debe tener en cuenta que por expresa disposición normativa el acto de declaratoria de insubsistencia solo procede por expreso mandato normativo, y aun cuando se trate de la facultad discrecional el acto debe contener las razones y motivos de buen servicio que el nominador tenga en cuenta para la declaratoria de insubsistencia.

Sostiene que una vez en vigencia la ley de garantías electorales la nómina estatal se congela y no es posible el nombramiento de personal en las entidades de la rama ejecutiva ni en entidades del orden territorial.

Que la única forma de nombrar en el periodo comprendido en la ley de garantías es por renuncia irrevocable o por muerte y ninguna de las dos circunstancias operó en el caso, razón por la cual el nombramiento de su sucesor es ilegal.

Arguye que su trabajo al interior de la entidad fue eficaz, eficiente, oportuno, transparente y de calidad, tampoco hay llamados de atención ni sanciones disciplinarias, razón por la cual no era necesaria su remoción.

Finalmente acoto que lo que se trató de hacer fue un esguince a la norma, declarando la insubsistencia un día antes de la entrada en vigencia de la ley de garantías y hasta unos días después de su expiración, pues de lo contrario, no habría operado su remoción, prueba suficiente de la desviación de poder.

1.2. La contestación.

Se opuso la CONTRALORIA DISTRITAL a las súplicas de la demanda.

Expuso, apoyada en extractos jurisprudenciales de la Corte Constitucional (C – 514 de 1994 y T – 132 del 2007) que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento y remoción, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor. En tal virtud – expuso - , el señor Cesar Leyton ostentaba un cargo del Nivel Directivo de libre nombramiento y remoción dándose así los presupuestos para expedir el acto acusado sin motivación alguna.

Asegura que teniendo por haberse expedido el acto sin motivación no quiere decir que la administración haya actuado de manera arbitraria y violatoria de derechos fundamentales, puesto que el acto administrativo goza de legalidad en su totalidad por ser expedido conforme a la constitución y la ley y conforme a las normas que regulan este tipo de vinculaciones.

Argumenta que la resolución demandada no necesitaba motivación debido a la naturaleza del cargo y con ello no se vulnera ningún derecho fundamental, siempre y cuando no se produzca arbitrariedad.

Advirtió, citando una fallo dictado el 11 de septiembre del 2003, con ponencia del Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado (4714-01), que el hecho de que no se deje constancia en la hoja de vida de los motivos del retiro del servicio no implica que el acto sea ilegal, puesto que dicha exigencia no hace parte de la etapa de formación del acto y en consecuencia resulta válido concluir que en el caso de los empleados que ejercen cargos de libre nombramiento el nominador tiene la potestad discrecional de retirar del servicio al empleado.

1.3. Alegatos de conclusión.

Demandante.

Preciso que la insubsistencia es un acto discrecional se deber ajustar a la norma que la autoriza.

Recalcó la importancia de la hora de vida puesto que de allí deriva que no se insinuaron las razones de la insubsistencia y además porque ella es prueba que de que el empleado no había dado motivos para desconfiar, a tal punto que sus indicadores de gestión demuestran eficacia y eficiencia.

Pidió que se valore como indicio grave en contra de la demanda, contestar la demanda con la expresión “no me consta” frente a la entrada en vigencia de la ley de garantías electorales y su incidencia en el caso concreto.

Que se valore el hecho que el periodo del contralor estaba por vencerse, pues solo le restaban seis meses.

Demandada.

Reitero fielmente la contestación de la demanda

1.4. Concepto del ministerio público.

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 numeral 2 y 156 numeral 3 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia.

2.3. Problema jurídico.

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el acto administrativo acusado, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor CESAR ELIECER LEYTON BURGOS como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría Distrital de Cartagena, Código 114, grado 30, adolece de desviación de poder y si en tal virtud debe anularse.

2.4. Tesis.

Se sostendrá que no se acreditó la desviación de poder y por ende no hay lugar a despachar favorablemente las pretensiones.

2.5. 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 comunidad¹.

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 identificado² 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

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

² Corte Constitucional, Sentencia T – 372 de 2012.

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 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 despido³, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

2.6. Caso concreto.

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 empleados 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

³ Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

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 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 jurisprudencia⁴ ha precisado 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 Constitucional⁵ 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 puede deducirse 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

⁴ 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)

⁵ Véase Sentencia T – 372 del 2012

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 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”⁶. Por esta razón, encuentra la Corte que “lo normal es 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 providencia⁷, 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.”⁸ 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”⁹

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

⁶ Sentencia SU- 917 de 2007.

⁷ 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)

⁸ Sentencia T-532 de 1998.

⁹ Sentencia T-494 de 2000.

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 especial de inamovilidad.”¹⁰ 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”.¹¹ 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.”¹²

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

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

¹⁰ 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).

¹¹ 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).

¹² *Ibidem*. 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).

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 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 decisión de retiro, siendo que esto es de suma importancia en el caso concreto, dado que se endilga como cargo de nulidad la desviación del poder, fundado 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, la hoja de vida del demandante (fls. 16 a 147 Cdo. Nde contestación de la demanda) 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 prolijado 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 la causal invocada (desviación de poder), con todo y lo reprochable de la omisión en que incurre la administración.

Otro de los argumentos dados por el actor para fundamentar el cargo de desviación de poder, fue el hecho de que su desvinculación se haya dado un día antes de entrar a regir la ley de garantías electorales, y en tanto, encontrándose ya está rigiendo se nombró su reemplazo sin ser ello posible porque la nómina se congela.

Esa apreciación, a juicio de la Sala es errada, por varias razones: La primera es que objetivamente la insubsistencia se dio, como bien lo confesó el actor, antes de entrar a regir la ley de garantías electorales, luego no es dable aplicar las hipótesis de prohibiciones y restricciones que la ley 996 de 2005 consagra, pues de perogrullo es que si la conducta no se comete dentro de los extremos temporales fijados en la normativa, no se incurre en violación a ninguna prohibición; la segunda es que, a la luz de la interpretación jurisprudencial¹³, la prohibición de no vinculación a la nómina estatal contenida en el artículo **32 de la Ley 996 de 2005**, no deviene aplicable al caso particular porque el demandado es un órgano de control autónomo que técnicamente no hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público, única vinculada a los efectos del precepto. Así las cosas, el nombramiento del señor FABIAN ALTAMAR no puede predicarse ilegal, y en ese orden, ello no es prueba para que se predique el desvanecimiento de la presunción de buen servicio, bajo la cual se entiende dada la insubsistencia.

¹³ Véanse sentencias del treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 50001-23-31-000-2010-00563-01(4780-14) y veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 76001-23-33-000-2014-01351-01(0606-17), de la Sección Segunda Sub Sección B. CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Sobre dicha interpretación expuso el Concejo de Estado¹⁴:

“Respecto de la desviación de poder alegada por la actora frente a la expedición del Decreto No 005 de enero 13 de 2010, debe indicarse que no le asiste razón a la libelista, pues, como bien se dejó ilustrado en líneas precedentes, el contenido prohibitivo previsto en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende la vinculación a la nómina estatal, no resulta aplicable a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder y especialmente, del poder ejecutivo.

Bajo ese hilo de pensamiento, se tiene que los destinatarios de la restricción estatuida en el plurimencionado artículo 32 de la Ley 996 de 2005, solo son los servidores de la Rama Ejecutiva del poder público, por lo que, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano autónomo y diferente de aquella, no queda cobijada por el contenido limitante o restrictivo del artículo en comento.

*De lo argüido por la demandante se observa que la mismo pretendió desconocer el contenido restrictivo que el legislador le imprimió a la prohibición establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, como quiera que no es cierto que todos los entes del Estado resultaban destinatarios de la prohibición ahí consagrada, de suerte que, **si el legislador utilizó la expresión "Rama Ejecutiva" en el artículo 32 de esta ley, es claro que fue su intención que la limitante de vinculación a la nómina estatal encajara únicamente dentro de la noción de rama ejecutiva.***

As esto se debe agregar que lo contemplado en el inciso final del parágrafo del artículo 38 de la aludida ley 996 de 2005, alusiva a las prohibiciones, norma que, según la interpretación realizada por nuestro órgano de cierre¹⁵ si vincula a los órganos de control, pues la misma alude a “*todos los empleados del Estado*”, consagra como una de las excepciones a la modificación de la nómina dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, cuando se trate de la provisión de cargos por **faltas definitivas**, las que, como sabemos, a la luz de la ley 909 del 2004, (artículo 41), se pueden presentar no solo por muerte o renuncia aceptada, como mal lo interpreta el actor, sino por múltiples factores, siendo la muerte y la renuncia una de tantas modalidades de falta definitiva.

Lo anterior para precisar que no fue ilegal el nombramiento de quien le sucedió al actor en el cargo que ocupaba y que en tal virtud, ello no constituye argumento para predicar la desviación de poder.

Por demás, los indicadores de gestión presentados por el actor, permiten establecer apenas un aspecto cuantitativo de la prestación del servicio en

¹⁴ ídem

¹⁵ ídem.

la Contraloría Distrital de Cartagena, sin que sea posible identificar sus extremos temporales y menos aún sus resultados. Aunado a ello, tampoco hay pruebas del desmejoramiento de la función, por parte del funcionario o funcionarios nombrados en reemplazo del actor, pues ni siquiera se atinó a demostrar que esa parte cuantitativa de gestión fue disminuida.

De la interpretación de la parte fáctica de la demanda se desprende que también constituye argumento para cuestionar el acto administrativo de insubsistencia por desviación de poder que se haya dado el mismo, cuando el actor se encontraba incapacitado para trabajar, según el certificado arrojado al folio 18 del primer cuaderno y en tanto entiende el actor esa situación lo convertía en un sujeto de especial protección digno de ser beneficiado por la figura de la estabilidad reforzada.

Pues bien, sobre el particular debe decirse que, dadas las circunstancias fácticas acreditadas, no era el actor beneficiario de estabilidad reforzada, en tanto no se encuentra dentro de los supuestos de hecho de la figura consagrados jurisprudencialmente y dado que, si bien, lo incapacitaron para trabajar por orden médica dada el día 24 de junio del año 2015 (véase incapacidad en el folio 18 del cuaderno No. 1), dicha incapacidad, no es del talante para que se afecte la salud de manera que se impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Lo que se demostró fue que al demandante lo incapacitaron por dos días por una "MIGRAÑA, NO ESPECIFICADA", luego, sin menospreciar la situación, de todas maneras ha de entenderse que no es esta una situación que a la luz del ordenamiento jurídico pueda calificarse como invalidez o en su defecto como – se itera – aquella pérdida o dolencia que impida el desempeño de la labor, que en efecto es que lo que se exige para dar aplicación al beneficio, según como pasa a precisarse.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, mediante el cual se establecieron los mecanismos de integración social para personas en condición de discapacidad, señaló:

"En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)"



Sobre el particular dijo el Consejo de Estado¹⁶, citando a la Corte Constitucional que, en esta disposición se encuentran amparadas las personas que tienen la condición de discapacitadas **conforme a la calificación realizada por los organismos competentes, como aquellas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, por sus condiciones de salud o limitación física sin importar su origen** o si es de carácter transitorio o permanente¹⁷.

Es así que, reiteró la sentencia SU-047 de 2017¹⁸ de la Corte Constitucional que indica:

*“el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes ha sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y **es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta** y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina de trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de la capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, **si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**”.*

Así pues que, no está demostrado que el actor haya sido desvinculado en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de invalidez o incapacidad, y por esa razón tampoco puede tenerse por acreditada la desviación de poder que se quiere hacer emerger por la no aplicación de la figura de la estabilidad laboral reforzada.

Dicho todo lo anterior, y aun cuando la actitud omisiva de la Controlaría Distrital de Cartagena, 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*

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO, Sentencia del seis (6) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 08001-23-40-000-2017-00025-01(AC)

¹⁷ Sentencias T-1040 del 27 de septiembre de 2001 y T-256 del 24 de marzo de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1183 del 24 de noviembre de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ M.P. María Victoria Calle Correa

lite, huérfana y desprovista por entero 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, es decir, de manera arbitraria y con base en razones particulares y subjetivas propias del nominador, desviadas de los propósito y fines de la norma que la autoriza.

Ante lo dicho, ineludiblemente impera la DENEGACIÓN de las pretensiones, pues no se acreditó la desviación de poder invocada.

2.7. 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, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de TREINTA Y TRES MIL SESENTA Y NUEVE PESOS (\$ 33.069), que corresponden al cero punto uno por ciento (0.1%) de las pretensiones materiales estimadas y negadas.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



TERCERO: CONDÉNASE en costas a la parte **demandante**. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. Se reconocen agencias en derecho en la suma de TREINTA Y TRES MIL SESENTA Y NUEVE PESOS (\$ 33.069), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente.

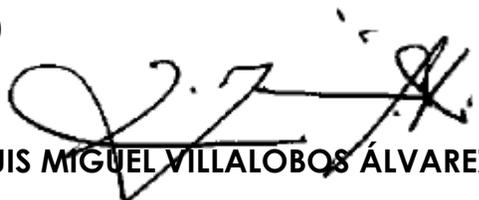
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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:

eedd3b719f565c9f8b65af343193ec47a60c9ad0df66342a270f9e64f2549a42

Documento generado en 29/09/2020 12:45:51 p.m.