Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020).

 **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| **Radicado** | 13-001-33-33-009-2012-00169-01 |
| **Demandante** | VALENTIN DEL RIO CONTRERAS |
| **Demandado** | INVIAS |
| **Tema**  | DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA  |
| **Magistrado Ponente**  | LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha siete (07) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**III.- ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

*“1. Que se declaren nulos os (sic) los actos administrativos (RESOLUCION No. 05539 de 19 de octubre de 2011) por el cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado a mi poderdante en el cargo de Director Territorial Código 0042, Grado: 14, asignado a la Dirección Territorial Bolívar del Instituto Nacional de VIas y su Comunicación: (OFICIO SA-AGT-47711 de 20 de octubre de 2011) suscrito por LUIS RODRIGO BAEZ MORENO Coordinador Área Gestión de Talento Humano.*

*2. Que con base en la anterior declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demanda a reintegrar a mi poderdante en el mismo cargo que venía desempeñando, en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.*

*3. Que igualmente se condene a la entidad demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejo de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado.*

*4. Que para efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de mi poderdante, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.*

*...“*

**1.2. HECHOS**

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

* Se señalan en los hechos de la demanda que el señor VALENTIN DEL RIO CONTRERAS se desempeñó como Director Territorial 0042-14 en la Dirección Territorial Bolívar del INSTITUO NACIONAL DE VIAS-INVIAS desde el 12 de noviembre de 1998.
* Señala que a finales del año 2011 el Director General del Instituto Nacional de Vías Carlos Alberto Rosado Zúñiga le solicitó que presentara renuncia a su cargo.
* Por lo anterior, el accionante presentó renuncia motivada con la petición del Director del instituto la cual no fue aceptada y procedieron a declararlo insubsistente.
* Que INVIAS inició convocatoria pública para suplir el cargo del actor, inmediatamente después de su desvinculación.
* Que el acto administrativo por medio del cual se declara la insubsistencia se expidió sin motivación alguna, circunstancia que a su juicio vulnera la Ley 909 de 2004.

 **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

El demandante manifiesta que existió una predisposición por parte del nominador de la demandada para que el accionante se desvinculara de su cargo, por tal motivo se le sugirió y solicitó que renunciara, prueba de lo anterior es la renuncia presentada donde se motiva la misma en tal petición, la cual no fue aceptada por el nominador.

Aduce que en los formatos de evaluación del actor, se advirtió que dio cabal cumplimiento a sus funciones y no existe en su hoja de vida ningún tipo de sanción disciplinaria o de otro tipo que sugiriera que el acto no estuviera cumpliendo cabalmente sus funciones, descartando que la declaratoria de insubsistencia se motivada en una desfavorable calificación de servicios.

Señala que el acto administrativo enjuiciado fue expedido con desviación del poder por cuando el actor fue declarado insubsistente en fechas próximas a las elecciones de Gobernación, Alcaldía, Concejo, Asamblea y Juntas Administradoras Locales, celebradas en octubre del año 2011.

Afirma que los empleados públicos tienen el derecho de exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario se generaría irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el caso sub lite, en donde la autoridad nominadora no sujetó sus atribuciones a los cánones supra legales.

**2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 563-580)**

En sentencia de fecha siete (07) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, señalando que el acto administrativo enjuiciado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional y en pro del mejoramiento del servicio, toda vez que se no se allegó ningún elemento de juicio que pudiera apreciarse, distinto de los analizados en el sub examine, sobre les cuales se puede inferir una tesis distinta a la del actor, pues de ninguna de las probanzas se puede deducir que el acto administrativo de insubsistencia se expidió con desviación del poder.

Por otro lado manifestó, que el hecho de que el Director General de la entidad le solicitara la renuncia del cargo que ocupaba sin que se estableciera de manera precisa las razones que motivador dicha solicitud no se torna ilegal, toda vez que la solicitud de renuncia de un cargo de libre nombramiento y remoción comporta la voluntad de la administración de retirarlo del servicio.

**3. LA APELACIÓN (fs. 582-583)**

El demandante en su recurso de alzada solicita que se revoque el fallo de primera instancia ratificando los argumentos expuestos en la demanda.

**4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia de fecha 7 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 6 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 26 de febrero de 2018 (f. 9 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

**5. ALEGACIONES**

**5.1. PARTE DEMANDANTE (Fl. 39-42)**

El demandante ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**5.2 PARTE DEMANDADA (Fl. 11-39)**

La entidad accionada solicita que se confirme la sentencia de primera instancia de fecha 7 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

**IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

**V.- CONSIDERACIONES**

**1. COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

**2. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar *si ¿Es procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 05539 de 19 de octubre de 2011 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento efectuado del actor en el cargo de Director Territorial Código 0042, Grado: 14, asignado a la Dirección Territorial Bolívar del Instituto Nacional de Vias y Oficio SA-AGT-47711 de 20 de octubre de 2011 mediante el cual se le comunico al actor dicha resolución y a y título de restablecimiento del derecho se ordene reintegrar al actor en el mismo cargo que venía desempeñando, en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría?*

En caso de ser negativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará y en su lugar se concederán las pretensiones.

**3. TESIS**

La Sala confirmará la sentencia apelada, toda vez que en el sub examine no se demostró la causal de ilegalidad de desviación de poder invocada por el actor; pues no se acreditó que el ejercicio de la facultad discrecional no estuviese enderezado al mejoramiento del servicio.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

**4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

**4.1 Empleo público en el ordenamiento jurídico.**

La Constitución Política en su artículo 125, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. La regla general, es que los cargos sean de carrera y la excepción, son los empleos de libre nombramiento y remoción.

Por su parte el Decreto reglamentario No. 2400 de 1968, regula la administración del personal civil que presta servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, definiendo al empleo público como el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley, el Reglamento o las asignadas por autoridad competente las cuales deben ser atendidas por una persona natural. (art. 2 )

A su vez, el artículo 3 del Decreto 2400 de 1968, consigna “…Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos se dividen en: de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de **libre nombramiento y remoción** las personas que desempeñan los empleos que se señalan a continuación:

**a.** Ministros del Despacho, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerio y de Departamento Administrativo y Presidentes, **Gerentes o Directores de Establecimientos Públicos** o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado;

**b.** Los empleos correspondientes a la planta de personal de los Despachos de los funcionarios mencionados anteriormente;

**c.** Los empleos de la Presidencia de la República;

**d.** Los empleos del Servicio Exterior de conformidad con las normas que

regulan la Carrera Diplomática y Consular; (…) (Negrilla Fuera de Texto)

A reglón seguido, señala dicho Decreto, que para la provisión de los empleos públicos, se establecen tres clases de nombramientos*. Ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos d****e libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios.*** *La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera. Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses*. ..” (Art.5)

De lo antecedido, se destaca que los empleos en la administración pública, se pueden dar en tres modalidades, dependiendo la labor encomendada, y la naturaleza jurídica del cargo, es por ello que el estatuto legal, lo ha clasificado en empleos de carrera administrativa, empleos en provisionalidad y empleos de libre nombramiento y remoción.

Dentro de estas tres categorías la administración pública, va a ejercer sus funciones en sus distintos órganos, teniendo en cuenta la modalidad con que ingresa cada uno de los sujetos que pretende desarrollar esas labores.

En ese sentido, es pertinente señalar que el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la permanencia y estabilidad, le da un tratamiento diferente a cada una de las categorías de empleos.

Esta afirmación se soporta, en el artículo 26 ibidem, relativo al retiro del servicio de un servidor público, el cual dependiendo de su nombramiento así será la actuación del agente nominador para la remoción del mismo, pues bien, se tiene que en dicho artículo, *“…El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora,* ***sin motivar la providencia****.* ***Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida****. Los nombramientos de* ***empleados de carrera*** *sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera. (Negrilla y Subraya Fuera de Texto).*

A su turno, el parágrafo 2 del artículo 41 de la ley 909 de 2004 dispone:

 *“ 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”.*

A su vez, el Consejo de Estado[[1]](#footnote-1), sobre el retiro de servidores públicos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción ha informado:

*“No se observa en el proceso controversia alguna acerca de la naturaleza del cargo que ostentaba el señor Julio César Olivero Gutiérrez, es decir, que dicho empleo se enmarca dentro de los clasificados como de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, en la cual se encuentra el empleo referido, por lo que, en principio el acto de insubsistencia goza de presunción de legalidad. No obstante lo anterior, por tratarse de una presunción legal, la misma es pasible de ser desvirtuada con el fin de demostrar que fueron razones diferentes al buen servicio las que motivaron el retiro del actor. En ese orden, la gerencia general del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, contaba con plenas facultades para retirar del servicio al actor sin la obligatoriedad de tener que motivar el acto administrativo que retiraba del servicio al accionante. Ahora, si bien la entidad accionada decidió implementar el concurso de méritos para la designación del cargo de gerente seccional Tolima, a fin de escoger con mayor trasparencia la persona que ocuparía el mismo, no por ello, cambia la naturaleza del cargo, de tal suerte que, no podría la parte actora pretender arrogarse derechos de carrera administrativa y en tal sentido, pretender que el acto declarativo de la insubsistencia tenga que ser motivado, puesto que, tal prerrogativa no está consagrada por la ley para los cargos de libre nombramiento y remoción como el ocupado por el demandante sino para los de carrera administrativa, conforme lo preceptúa el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004”.*

Siguiendo lo precedido, encuentra la Sala que para la desvinculación de empleados de Carrera, el nominador, debe previamente cumplir con el procedimiento legal que regula la respectiva carrera; so pena de viciar la legalidad del acto de desvinculación. Cosa distinta sucede con aquellos empleos que no pertenece a la carrera, pues en estos casos, únicamente basta con la determinación del nominador y la correspondiente anotación en la hoja de vida para remover al servidor público respectivo, debido que éstos legalmente no tienen un procedimiento similar a los de carrera, por el contrario obedecen a la facultad discrecional que otorga el mismo legislador para llevar a cabo estas situaciones; no siendo necesario, la motivación del acto de desvinculación.

**4.2 Motivación de los Actos Administrativos**

El deber de motivación de los actos administrativos que en los casos que señale la Ley, tiene la Administración, 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.

De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.[[2]](#footnote-2)

Por otro lado, debe entenderse que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la Ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario.

La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 137 del CPACA[[3]](#footnote-3).

La naturaleza jurídica de los empleados de libre nombramiento y remoción, es la misma para los nombrados en provisionalidad, pues estas figuras normativas, presentan una dualidad que tiene como finalidad mejorar el servicio por parte de los funcionarios que se encuentran desempeñando este tipo de cargos; estos empleos no gozan de una estabilidad laboral, a diferencia de los que se encuentran en carrera administrativa o judicial, la razón, es que estos cargos se crean con el objeto de satisfacer la necesidades que en momento alguno requiera la entidad pública, sin que ello implique necesariamente la permanecía del cargo y de la persona que en ella se encuentre laborando.

En ese sentido, la Ley ha facultado al nominador para que en estos casos, cuando se pretenda mejorar el servicio, haga uso de la discrecionalidad para remover o retirar al funcionario que se encuentre desarrollando estos cargos, sin que consigne los motivos o razones que adujeron para tomar esa decisión.

No obstante, el mismo legislador, estableció que el acto que expide el funcionario nominador en ejercicio de la facultad discrecional, puede ser objeto de estudio jurisdiccional por parte del operador jurídico, pues debe entenderse que la facultad discrecional no debe obedecer a cuestiones arbitrarias o caprichosa, que pongan en inestabilidad del ordenamiento jurídico, por cuanto se deben respetar los derechos que le asisten a cada una de las partes.

Aunado lo anterior, es sabido que estos actos de retiro no requieren de la motivación por parte del nominador, para el ejercicio de esta facultad, también es cierto, que la mejoría del servicio debe estar claramente establecida, para efectos de demostrar la legalidad de su actuación.

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

**5. CASO CONCRETO**

**5.1 Hechos probados**

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

- Obra en el sub examine copia de la Resolución No. 005823 del 10 de noviembre de 1998 por medio del cual el Director General del Instituto Nacional de Vías, nombró al señor Valentín del Rio Contreras en el Cargo de Director Regional Código 2035 Grado 24 de la Planta Global, Dirección Bolívar en remplazo de Jorge Ganem Pareja, a quien se le aceptó renuncia en el mismo acto administrativo. (Fl. 282)

-Obra en el expediente acta de posesión No. 122 del 12 de noviembre de 1998, 020 del 24 de febrero de 2000 y 065 del 14 de agosto de 2003 en donde se deja del señor Valentín del Rio Contreras en el Cargo de Director Regional. (Fl. 283-285)

-Obra en el sub examine memorando No. DT-BOL 66247 del 18 de octubre de 2011 mediante el cual el señor del Rio Contreras remitió al Director General de INVIAS RENUNCIA AL CARGO. (Fl. 15-16)

-Obra en el expediente memorando No. SA-AGT 66285 del 18 de octubre de 2011 mediante el cual el Coordinador del Área de Gestión de Talento Humano de dicha entidad dio respuesta al memorando No. DT-BOL 66247 en la cual le informa que no es posible darle curso a la renuncia por cuanto no cumple con los requisitos contenidos en el Decreto 1950 de 1073. (Fl. 27)

-Obra en el expediente copia de la Resolución No. 05539 del 19 de octubre de 2011 mediante la cual el Director General de INVIAS declara insubsistente el nombramiento del señor Valentín del Rio Contreras. (FL. 28)

-Obra en el expediente convocatoria No. INV/11-O22 del 23 de octubre de 2011 mediante la cual se abrió concurso para la conformación de la terna para proveer el cargo de Director Territorial Bolívar. (Fl. 20-27)

-Obra en el expediente Resolución No. 04146 del 21 de julio de 2012 mediante la cual el Director General de INVIAS nombró al señor OSBALDO DE JESUS CASTILLA TARRA en el cargo de Director Territorial Bolívar. (Fl. 245)

**5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

A través del presente medio de control, el señor VALENTIN DEL RIO CONTRERAS solicita que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del cargo que venía desempeñando como Director Territorial Bolívar del Instituto Nacional de Vías y su Comunicación: a través de OFICIO SA-AGT-47711 de 20 de octubre de 2011 y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la demandada a reintegrarlo en el mismo cargo que venía desempeñando, en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.

El A quo por su parte, negó las pretensiones de la demanda argumentando en síntesis que el acto administrativo enjuiciado se expidió en ejercicio de la facultad discrecional y en pro del mejoramiento del servicio, toda vez que se no se allegó ningún elemento de juicio que pudiera apreciarse, distinto de los analizados en el sub examine, sobre les cuales se puede inferir una tesis distinta a la del actor, pues de ninguna de las probanzas se puede deducir que el acto administrativo de insubsistencia se expidió con desviación del poder.

Por otro lado, manifestó que el hecho de que el Director General de la entidad le solicitara la renuncia del cargo que ocupaba sin que se estableciera de manera precisa las razones que motivaron dicha solicitud no se torna ilegal, toda vez que la solicitud de renuncia de un cargo de libre nombramiento y remoción comporta la voluntad de la administración de retirarlo del servicio.

A su turno, el accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia manifestando que a finales del año 2011 Colombia entró en proceso electoral y se llevaron a cabo las elecciones el 30 de octubre de 2011 para la escogencia de Gobernación, Alcaldía, Asamblea, Consejo y Juntas Administradoras Locales en todo el país y por ello, a juicio del actor, el Director General de Invías se interesó en la territorial de Bolívar para acomodar un puesto político con intereses electorales por lo que procedió a pedirle la renuncia al señor Valentín del Rio.

Afirma que el doctor ISAIAS ANAYA MORALES en declaración juramentada informó que el en un contrato de interventoría se había vencido el plazo, mientras que el contrato de obra se encontraba en ejecución y para no dejarlo sin interventoría se pretendía que el señor VALENTIN DEL RIO firmara una prórroga antedatada para no dejar vencer el contrato de interventoría; petición a la que no accedió el actor, por lo que se generaron roses personales y se le solicitó al actor la renuncia y posterior declaratoria de insubsistencia.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

En este orden, se encuentra acreditado en el sub examine que el señor VALENTIN DEL RIO CONTRERAS fue nombrado mediante libre nombramiento y remoción en el cargo de Director Regional Código 2035 Grado 24 de la Planta Global, Dirección Bolívar mediante Resolución No. 005823 del 10 de noviembre de 1998 (Fl. 282) y posesionado mediante acta de posesión No. 122 del 12 de noviembre de 1998, 020 del 24 de febrero de 2000 y 065 del 14 de agosto de 2003 (Fl. 283-285)

En memorando No. DT-BOL 66247 del 18 de octubre de 2011 el señor del Rio Contreras remitió al Director General de INVIAS renuncia al cargo manifestando que fue decisión del Director General de INVIAS prescindir de sus servicios, igualmente motiva su decisión señalando que va a cumplir con el compromiso que asumió ante la Gobernación del Departamento de Bolívar en desarrollo del convenio suscrito con el municipio de Mahates para las obras de pavimentación del acceso al corregimiento de Palenque. (Fl. 15-16)

Posteriormente, mediante memorando No. SA-AGT 66285 del 18 de octubre de 2011 mediante el cual el Coordinador del Área de Gestión de Talento Humano de dicha entidad dio respuesta al memorando No. DT-BOL 66247 en la cual le informa que no es posible darle curso a la renuncia por cuanto no cumple con los requisitos contenidos en el Decreto 1950 de 1073. (Fl. 27)

Finalmente, mediante Resolución No. 05539 del 19 de octubre de 2011 el Director General de INVIAS declara insubsistente el nombramiento del señor Valentín del Rio Contreras. (FL. 28)

A su turno, en convocatoria No. INV/11-O22 del 23 de octubre de 2011 se abrió concurso para la conformación de la terna para proveer el cargo de Director Territorial Bolívar. (Fl. 20-27); y mediante Resolución No. 04146 del 21 de julio de 2012 el Director General de INVIAS nombró al señor OSBALDO DE JESUS CASTILLA TARRA en el cargo de Director Territorial Bolívar. (Fl. 245)

En este orden, es dable acotar que el cargo de ilegalidad de los actos administrativos que alega el actor es la desviación de poder, el cual tiene relación con la finalidad del acto administrativo, como elemento para su existencia y validez. La doctrina define la desviación de poder en los siguientes términos:

 *“Comúnmente se conoce como* ***desviación de poder****, y tiene lugar cuando un acto administrativo que i) fue expedido por un órgano o autoridad competente, y ii) con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Tiene entonces correspondencia con el elemento* ***fin*** *del acto administrativo, (....)[[4]](#footnote-4).*

El Consejo de Estado, también se ha pronunciado respecto de la causal de ilegalidad de desviación de poder en los siguientes términos:

*“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”[[5]](#footnote-5)*

Debe precisar la Sala, que el acto que declara insubsistente al servidor público que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, es producto de la potestad discrecional del nominador, cuyos fines deben ser el buen servicio y la buena marcha de la administración.

Ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional están amparados por la presunción de legalidad y de haber sido proferidos en aras del buen servicio; a su vez, se ha reiterado que quien considere que se profirieron con desviación de poder, esto es, que se inspiraron en razones ajenas o distintas al querer del legislador, corre, en principio, con la carga de la prueba.

La desviación de poder debe tener un definido respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.

En el sub examine el actor sustenta esta causal en el hecho de que fue declarado insubsistente en fechas próximas a las elecciones de Gobernación, Alcaldía, Concejo, Asamblea y Juntas Administradoras Locales, celebradas en octubre del año 2011; igualmente afirma que existieron roses con el Director General de dicha entidad, toda vez que en un contrato de obra que se encontraba en ejecución, se había vencido el contrato de interventoría y se pretendía que el señor VALENTIN DEL RIO firmara una prorroga antedatada para no dejar vencer el contrato de interventoría; petición a la que no accedió el actor, por lo que afirma que se le solicitó al actor la renuncia y posterior declaratoria de insubsistencia.

No obstante, de conformidad con la jurisprudencia citada y según el acervo probatorio obrante en el expediente advierte esta Magistratura que en el sub examine no se demostró que los móviles o fines que realmente llevaron a la insubsistencia del nombramiento son los que alega el demandante, es decir, no se alegaron o establecieron razones políticas, de credo, de corrupción o cualquier otra causa discriminatoria o desviada del mejoramiento del servicio que condujera realmente al nominador a proferir el acto demandado.

En ese sentido, se concluye que la carga probatoria de la desviación de poder no fue asumida con la suficiente integridad para demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio, de tal manera que al no acreditarse la ilegalidad de los actos acusados, se confirmará la sentencia impugnada.

**6. Condena en Costas**

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada[[6]](#footnote-6).

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

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

**VI. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fechasiete (07) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. \_\_\_\_\_*

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**ORIGINAL CON FIRMA ORIGINAL CON FIRMA**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

1. Consejo de Estado, Sección Segunda subsección B sentencia del 9 de marzo de 2017, Expe. 73001-23-33-000-2013-00447-01 (4519-14) MP. Dra. SANDRA LISETT IBARRA VELEZ. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SU.917/10 [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibidem.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Luís Enrique Berrocal Guerrero, Manual del Acto Administrativo, ediciones Librería del Profesional, Pág. 503. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Berta Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, [↑](#footnote-ref-5)
6. Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o. [↑](#footnote-ref-6)