Cartagena de Indias D.T. y C, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00118-01
Demandante	RITA VICTORIA AMADOR SALGUEDO
Demandado	CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA
Magistrada Ponente	MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
Tema	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 cinco (05) de septiembre del dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Séptimo 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):

> *"PRIMERO: Declárase nula la Resolución Número 054 del 01 de febrero de 2016, expedida por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, señora NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento de la señora RITA VICTORIA AMADOR SALGUEDO quien desempeñaba el cargo de Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal, Acciones Judiciales y Jurisdicción Coactiva.*
>
> *SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese el reintegro de la señora RITA VICTORIA AMADOR SALGUEDO al cargo de Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal, Acciones Judiciales y Jurisdicción Coactiva, o a otro cargo similar de igual categoría que se encuentre en la planta de la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA.*
>
> *TERCERO: En consecuencia, y como restablecimiento del derecho, ordénese a la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA que pague a la señora RITA VICTORIA AMADOR SALGUEDO, el valor de todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos de asignación básica correspondientes al cargo que venía ocupando, junto con los incrementos legales, desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrada a su empleo.*
>
> *CUARTO: Se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en los servicios laborales de mi representada, desde cuando fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada.*

(….)"

1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- Por medio de la resolución No. 027 del 18 de enero de 2016, la accionante fue nombrada en el cargo de Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal, Acciones Judiciales y Jurisdicción Coactiva.

- La accionante declaró responsable fiscalmente el día 1 de febrero del 2016 al señor ADOLFO RAAD HERNANDEZ, por un detrimento patrimonial de $23.239.680, y la señora NUBIA FONTALVO HERNANDEZ, la desautorizó, manifestándole que la decisión debió consultarla, dado que no conocía el proceso, asegurando (lo que hizo en presencia del sancionado) que revisaría la decisión en segunda instancia a favor del señor RAAD.

- El mismo día 1° de febrero, la CONTRALORA DISTRITAL DE CARTAGENA le puso de presente a la accionante la proyección de dos resoluciones, una declarándola insubsistente y otra aceptando la renuncia al cargo, y le manifestó que escogiera una de las dos opciones, enviando persistentemente a una funcionaria para hostigarla e inducirla a que presentara la renuncia.

- El 2 de febrero del año 2016 la accionante fue declarada insubsistente, siendo notificada a las 9:15 de la mañana.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invoca como violada las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 25 y 29

- Decreto ley 2100 de 1968: artículo 26

- Ley 1010 de 2006

Acusa el administrativo por ser arbitrario, puesto que fue caprichoso y contrario a lo estipulado en el manual de funciones de la entidad.

Acusa el acto de ser nulo por estar amparado no en la discrecionalidad, ni en la pérdida de confianza, sino por el capricho, arbitrariedad, extralimitación de funciones y desviación de poder, pues el retiro debe estar justificado en la búsqueda de la mejora del servicio y el interés general que debe predominar en la función pública.

Acusa el acto de ser violatorio del debido proceso, en tanto al declararla insubsistente, no se dejó anotación en su hoja de vida tal y como lo preceptúa el artículo 26 del decreto 2400 de 1968.

1.4. La contestación.

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

Arguye que la accionante ostentaba un cargo del nivel directivo de libre nombramiento y remoción, esto es, Director Técnico de Responsabilidad Fiscal Acciones Judiciales y Cobro Coactivo de la Contraloría Distrital de Cartagena y de esta manera la insubsistencia es válida.

Que la Resolución No. 054 del 01 de febrero de 2016, por medio de la cual se declaró insubsistente a la actora, no necesitaba motivación debido al cargo de libre nombramiento y remoción que ostentaba, en la medida en que la provisión de dicho empleo supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza.

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 valido 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.

3. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia proferida el 5 de septiembre del 2017, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, denegó las súplicas de la demanda.

Puntualizó que tal y como lo demuestra el manual de funciones de la demandada, contenido en la Resolución 022 del 29 de enero de 2010, el cargo de Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal que ocupaba la actora es de libre nombramiento y remoción, razón por la cual se nominador está facultado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 906 de 2004, para declarar insubsistente su nombramiento en forma discrecional, mediante acto no motivado, tal y como lo han refrendado por vía reiterada jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

En esa línea – apuntó -, no merece reproche alguno el hecho de que el acto cuestionado no contenga motivación expresa sobre las causas de la insubsistencia de la accionante, por lo que el debate debe contraerse a verificar si se configuró o no el vicio invalidante de desviación de poder alegado.

Al respecto se argumentó que, examinados los elementos de juicio se observa que fue acreditado que el actor profirió un fallo de responsabilidad fiscal el 21 de enero de 2016 contra el exconcejal Adolfo Raad y también que ese mismo día fue expedido el acto de insubsistencia.

Sin embargo – agrega -, mas allá de esa inmediatez, no existe prueba fehaciente de que exista un nexo causal entre la emisión del fallo sancionatorio aludido y la decisión de insubsistencia.

Se aduce que no se aportó ninguna prueba que demuestre con un grado suficiente de certeza que la desvinculación de la accionante obedeció a un interés personal, diverso al interés público y a razones de buen servicio, como se exige para la expedición de actos discrecionales.

Que ninguno de los testigos adujo o dejo ver que el motivo por el cual fue retirada del cargo la demandante fuera ajena al buen servicio, es más, todos los declarantes coincidieron en señalar que desconocen cuáles fueron los motivos.

Que si bien el testigo Fernando Batista Castillo manifestó que sabía que a la accionante se le pidió la renuncia antes de ser declarada insubsistente, no puede pasarse por alto que su solo testimonio no constituye prueba irrebatible de tal hecho, pues ese declarante expresamente aceptó que mantiene una relación de amistad con la actora, circunstancia que mina la credibilidad de su dicho.

Aseguró que aun cuando esta acreditado, pues en la contestación se aceptó, que no hay anotación en la hoja de vida de los motivos de la insubsistencia, los alcances de la norma que lo establece, según el Consejo de Estado (cita fallo del Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda del 29 de marzo del 2001) implican que se acepte que la constancia que se deja en la hoja de vida solo es una expresión posterior al momento en que se toma la decisión que concreta la manifestación de la voluntad de la administración y en consecuencia es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez.

4. Recurso de apelación.

Resiste la sentencia el actor puesto que no comparte la conclusión en cuanto a que no existe prueba acerca de que la decisión obedeció a un interés personal, puesto que la declaración del testigo JUAN PABLO RIVERA MARTELO es demostrativa que la desvinculación se dio, una vez la actora produjo la decisión contra el exconcejal ADOLFO RAAD. Ese testimonio es esclarecedor del nexo causal.

Sostiene que se probó que al momento de la notificación al exconcejal Adolfo Raad la actora ostentaba el cargo de Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal y su desvinculación devino horas después de la notificación al exconcejal.

- Insiste en que el acto administrativo carece de razonabilidad y proporcionalidad, pues nació como una retaliación por el proceso seguido al exconcejal.

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 quuantum 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 RITA VICTORIA AMADOR SALGUEDO como Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal, Acciones Judiciales y Jurisdicción Coactiva, adolece de desviación de poder y si en tal virtud debe anularse.

3.4. Tesis.

Se sostendrá que, que no se acreditó la desviación de poder y por ende no hay lugar a revocar la sentencia apelada. Ante lo cual impera la CONFIRMACIÓN.

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[1].

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de

[1] Sentencia del 20 de agosto del 2015. Expediente No. 25000232500020100025 4-01. Interno 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado[2] 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 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[3], sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

3.6. Caso concreto.

Ya en precedentes anteriores de esta Sala, adoptados en asuntos de contornos facticos idénticos, 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.

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, aun cuando se acepta que no puede

[2] Corte Constitucional, Sentencia T – 372 de 2012.
[3] Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

hacer carrera que el acto no se sustente en razones jurídicas. 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). No obstante lo cual, la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre[4] 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*".

Por demás, 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 especial de inamovilidad.*"[5] 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*".[6] 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*

[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] 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).
[6] 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).

establecer si con su retiro se cumple la finalidad del poder discrecional, que es la optimización del servicio."[7]

En el *sub examine*, se tuvo la oportunidad de escuchar uno a uno los testigos que declararon en la audiencia de pruebas; todos ellos, empleados de la Contraloría Distrital de Cartagena, traídos al proceso por el extremo pasivo de la relación procesal (salvo uno).

Las declaraciones demuestran sin ambages que los empleados subordinados de la Contralora Distrital no conocieron las razones, pero ello no demuestra que se trate de razones diferentes al buen servicio.

ROSELYN PAULETTE MONTES ACOSTA, profesional en abogacía y especialista en responsabilidad y seguros (según lo indicó), para la época de los hechos era la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría Distrital de Cartagena, cargo, según lo dijo también, de libre nombramiento y remoción.

Indagada sobre los hechos refirió:

> *"solo conocí a la accionante cuando llegue, ella había presentado su renuncia como Jefe de Control Interno y fue nombrada como Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal…., Realmente no supe si hubo una discusión porque no me consta. Solo que a la señora RITA se le declaró insubsistente. Yo lo único que hago con la resolución es la revisión legal de la misma y plasmo mi firma. La declaratoria de insubsistencia es un acto de dice la ley se puede hacer en los cargos de libre nombramiento y remoción porque son cargos de confianza de la contralora.* ***Las razones no sé qué razones tuvo la Contralora****. La resolución aparecer no motivada, por tal razón es legal."*

Indicó que no estuvo presente en el sitio y momento que narra la demanda, como hecho causante del diferendo con la Contralora Distrital.

Adujo que hay un manual de funciones y también existen los mapas de procesos que cada área debe tener. Precisó: *"Nosotros luchamos contra la prescripción de cada proceso, tenemos unos sistemas de alerta cuando un proceso está en riego de prescripción y se maneja una plan de acción encaminado a que esto no ocurra"… El secretario dirige y lidera el proceso disciplinario interno en primera instancia en contra de los funcionario del nivel asesor, directivo, técnico auxiliar, etc…."*

[7] 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).

Negó haber acosado o ejercido presión para que la accionante presentara la renuncia, pues *"solo tenía 10 días en la contraloría"*, afirmó.

Relató, sobre razones y circunstancias:

> *"En primer lugar ese tipo de actos yo no los proyecto, yo solo los reviso,….., yo solo revisé el acto de insubsistencia y no conocí de la aceptación de renuncia.*
>
> *"Lo único que sé es que a los dos o tres días se nombró a el señor PASCUAL, la señora RITA era de la anterior administración, no era de la confianza, supongo que como no se encontraba motivado obedecía a esas consideraciones"*

Ante pregunta del señor procurador sobre si en esos mismos días se produjo alguno retiro respondió que "*no*".

Preguntada nuevamente sobre razones indicó: "*Yo reviso la legalidad del acto; en la práctica jurídica estos actos se hacen sin motivación, como fue una directriz de la Contralora, porque lo reafirma cuando lo firma, yo solamente me limito a que el acto este bien.*"

El dicho del testigo no permite evidenciar que el acto de retiro haya tenido pábulo en razones torticeras, lejanas al buen servicio y el interés general, aspectos que se presumen.

El señor MIGUEL TORRES MARRUGO, profesional en administración de empresas y posgrado en gerencia de recursos humanos, y adscrito a la Dirección Técnica de Auditoria Fiscal de la Contraloría Distrital de Cartagena, para la época de los hechos se ocupaba en el cargo de Director Administrativo y Financiero del ente fiscal. Confirmó que de esa dependencia salían proyectados los actos de retiro del servicio, y que bajo su responsabilidad estuvo la proyección del acto administrativo que definió el retiro de la demandante.

En esencia relató que la Contralora no le indicó ningún motivo o razón para proferir la declaratoria de insubsistencia, lo que matizó advirtiendo que eso era cuestión de la Contralora. Sobre el particular puntualizó:

> *"la verdad es que, de eso no estoy seguro , lo que si es cierto es que ahí hay unos cargos directivos que son de libre nombramiento y remoción y la doctora tenía como 20 días de haberse posesionado como contralora distrital y lógicamente ella en referencia a los cargos directivos quiere vincular a una persona de su confianza y que lógicamente a la contraloría le den un mejor manejo, entonces debe ser que dentro de su autonomía es posible que renueve los cargos y la prueba en que casi todos los cargos de libre nombramiento y remoción fueron cambiados de acuerdo al perfil y de acuerdo a las sugerencia que uno le puede dar a la doctora."*

Preguntado por el juez relató: "*hay unos que presentamos renuncia y hay otros que se declararon insubsistentes*".

Inquirido sobre si Nubia Fontalvo (la Contralora) lo mandaba a hablar con el personal de libre nombramiento y remoción para que presentaran su renuncia indicó: "*no ella en ningún momento me decía a mi eso, eso era potestad de ella y ella toma la decisión*".

Interrogado por el juez sobre si es cierto o no que ese día 1 de febrero del año 2016, había hablado con la doctora RITA AMADOR (la demandante) sobre la solicitud de su renuncia, contestó: "*la verdad es que no me acuerdo que haya hablado con la doctora Rita, porque eso es potestad de la doctora y ella misma pide la renuncia o declara insubsistente de acuerdo a su saber y entender.*"

Interrogado por el señor procurador sobre cuando recibió la instrucción de proyectar el acto de retiro de la demandada, teniendo en cuenta que la resolución tiene fecha 1 de febrero del 2016, contestó: "*un días antes nos comunican y se le manda hacer a la coordinadora de recursos humanos*" a lo que agrego que "*allá quienes manejan las resoluciones son la señorita SHIRLEY ORTEGA y ANGELA LOBELO.*"

Se le preguntó también sobre si cuando recibió la orden de proyectar el acto administrativo se le habían informado los motivos y respondió: "*no me dieron ningún motivo.*" Sobre quien le comunicó la instrucción *contestó: "la contralora comunica la decisión y nosotros no preguntamos por qué, no sabemos el porqué, solamente acatamos las ordenes de la contralora*".

Respondió también que la Contralora le comunicó la decisión del retiro personalmente y él se lo comunicó a la subalterna, e inquirido sobre si, dado que ostentaba el cargo de Jefe de Talento Humano para la época, conoció de algún sanción o llamado de atención, o proceso disciplinario o queja respecto de la demandante, a lo que respondió que no.

Evidentemente, lo relatado guarda armonía con el testimonio de la señora MONTES ACOSTA, pues no se enteraron de los motivos que tuvo la Contralora para decidir el retiro de la actora, pero aun así, ello no es prueba que indique que el acto de insubsistencia no se soportó en razones, máxime que dicha actuación no requiere motivación.

JUAN PABLO RIVERA MARTELO, es uno de los profesionales universitarios de la Contraloría Distrital (área de responsabilidad fiscal). Sus funciones, como el mismo lo explicó se contraían a proyectar y sustanciar procesos de responsabilidad fiscal.

Dicho profesional relató:

> *"Especifícame le manifestó que no tramité el proceso que se adelantaba en contra del señor RADD en su calidad de concejal, pero le puedo manifestar que el proceso que se adelantó contra él y contra otros concejales estaba relacionado básicamente con el tema de pago de honorarios por encima de lo establecido en la ley, en esos momentos el Distrito tenía una categoría 1° y en ese año se fijaron los honorarios como si el distrito tuviera la categoría especial. Con base en eso y con base en el decreto que expide la Presidencia de la República anualmente para establecer el tema de salarios, se tomó como base ese decreto pero desconociendo que el Distrito no tenía una categoría especial, sino que en esos momentos era de primera. Entonces con base en el desconocimiento de la categoría del Distrito se procedió a expedir unos acuerdos que desconocían la situación y que por ende conllevaron a que se pagaran unos honorarios por encima de los establecidos para los empleados y servidores del orden Distrital. Hay que anotar que estos proceso, todos salieron en el mismo sentido, en el sentido de que se estableció que tenían cierto grado de responsabilidad y se profirió imputación inicialmente y con posterioridad a eso se expidieron los respectivos fallos con responsabilidad fiscal. Hay que anotar que muchos de los concejales una vez salió la primera imputación procedieron a pagar voluntariamente dichos proceso y digamos que la situación de ellos era la misma, lo único que cambiaba era el monto de lo honorarios percibidos por cada uno, pero el contenido de la decisión básicamente era igual para todos."*

Sobre la desvinculación de la demándate indicó:

> *"la doctora Rita amador se venía desempeñando hace un tiempo, desconozco que tiempo, como Directora de Control Interno de la Contraloría Distrital de Cartagena y una vez llega la Doctora Nubia Fontalvo al cago de Contraloría Distrital, ella fue, por decirlo de alguna manera trasladada a la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal, creo que estuvo como por unos 15 días, no detallo con exactitud cuál fue el tiempo, pero creo que no excedió de 15 días, y ella, no sé si la declararon insubsistente, no sé si le aceptaron la renuncia, pero sí sé que ella fue desvinculada, una vez se produjo la decisión del señor ADOLFO RAAD. La decisión del señor ADOLFO pudo haber salido como 21 o 22 de enero del año 2016 y creo que la doctora estuvo vinculada creo que como hasta los primeros días de febrero de ese año, pero de resto de darle detalles, si fue por aceptación de renuncia si fue por declaratoria de insubsistencia, honestamente no conozco el documento, lo único que tengo claro es la desvinculación de la doctora Rita pero desconozco cuál fue la vía por la cual se dio la desvinculación."*

Sobre si presenció algún incidente en las instalaciones de la contraloría con el señor ADOLFO RAAD refirió:

> *"su señoría hay que anotar que como miembro de la dirección técnica de responsabilidad fiscal, las personas que se encuentran vinculadas como presuntos responsables dentro de los proceso de responsabilidad fiscal concurrían a notificarse de los fallos y por ende era normal que nosotros presenciáramos la llegada de cualquier*

persona que fuera a notificarse, yo estuve en el momento en que el señor RAAD fue a notificarse del fallo con responsabilidad fiscal y recuerdo que el señor armó un escándalo bastante considerable, llegó levantando la voz, llegó lanzando insultos contra todos, creo que habló que se estaba cometiendo un prevaricato contra él, algo así, pero yo no tuve participación o no tuve acercamiento con él porque yo no era la persona encargada de tramitar ese proceso, simplemente, ese proceso lo estaba tramitando una de mis compañeras y por ende pude presenciar la llegada de el a la oficina y pude darme cuenta del escándalo que formó una vez se enteró de que había salido una decisión en contra de él, la cual en todo momento estuvo ajustada a derecho y que digamos toda las decisiones expedida en ese caso venían siendo expedida en el mismo sentido, como se lo dije inicialmente ahí lo único que cambiaba era el tema de la cuantía."

Ante pregunta del juez sobre los funcionarios que se encontraban presentes indicó: *"si mal no recuerdo se encontraba DELCY DEL CARMEN GAVIRIA PÉREZ en calidad de secretaria, se encontraba la doctora ANGELA MARIA ARTEAGA DEL TORO, creo que se encontraba el señor CLEMENTE LUIS POLO PAZ, la Doctora MELISA ORTÍZ POLANCO, básicamente en esa dependencia, estábamos lo profesionales universitarios, el profesional especializado que se encuentra a cargo del cobro coactivo y también se encontraba presente la doctora Rita..."*

Preguntado sobre reuniones con la Contralora Distrital anotó:

"su señoría hay que anotar que desde mi llegada a la contraloría en el año 2011 con el contralor de esa época que era el Dr. Hernando Darío Sierra Porto, si se realizaban reuniones con cada una de las áreas, posteriormente a la contraloría llego el Dr. Mario Andrés Felix Monsalve y con él, de hacer reuniones con cada área esto nunca se presentó, y con el tema de la Doctora NUBIA HERNANDEZ FONTALVO, ella acababa de llegar para esa época, se posesiono en los primeros días del mes de enero del 2016 , para esa época no se desarrollaban con el área de responsabilidad fiscal reuniones, simplemente habíamos tenido un acercamiento de conocerla cuando se presentó y nos manifestó cual era la intención que tenía como contralora y cuál era su proyecto, brevemente nos comentó que las puerta del despacho estaban abiertas y hasta ahí ese fue el único tipo de reunión que se dio, pero ya las reuniones con los directores son en otros espacios y a otro nivel, pero nosotros simplemente seguimos directrices de nuestro jefe inmediato, entonces decirle que para la época de los hechos se tratara algún tipo de tema específico en reunión, no.

Inquirido sobre el caso del señor ADOLFO RAAD, precisó:

"Sobre el proceso de Adolfo Raad hay que anotar que como en el 2015 se dio un cambio se servidores públicos por el tema del concurso , esta fue una de las situaciones que retrasó esos procesos, otro inconveniente fue el tema de la necesidad de nombrar el apoderado de oficio de las personas que se negaron a nombrar apoderado de confianza y además el profesional universitario que estuvo comisionado para tramitar este proceso se incapacito por un largo periodo de tiempo, en ese tiempo no se designó a alguien que trabajara los procesos que estaban cargo de esta persona. Todo esto conllevó a que el proceso se retrasara, pero esto fue durante la vigencia 2015, no fue durante la administración de la doctora NUBIA."

Es testigo, especial por su espontaneidad y elocuencia y digno de toda credibilidad por la consistencia del relato y la apariencia de sinceridad, deja ver varias cosas importantes, entre ellas que la demandante si fue desvinculada una vez se produjo la decisión contra el señor ADOLFO RAAD; que este, en calidad de Concejal del Distrito de Cartagena y perjudicado con la decisión si hizo un escándalo en las instalaciones de la Contraloría cuando se notificó de la decisión y se enteró del sentido de la misma y especialmente, como ya se comentó, que el fallo de responsabilidad fiscal en contra del señor ADOLFO RAAD estuvo ajustado a derecho por cuanto siguió la misma línea de toda las decisiones que se habían expedido por los mismos hechos y según la postura de la Contraloría.

De todas maneras, no es posible a partir del dicho asegurar que el detonante de la salida de la actora de la Contraloría Distrital efectivamente haya sido el fallo de responsabilidad fiscal que afectó al señor RAAD, y si así fuere, nada asegura que esto obedezca a una intención particular de la Contralora alejada del servicio público.

Lo narrado por el señor FERNANDO BATISTA CASTILLO (auditor de carrera administrativa dentro de la Contraloría Distrital con 16 años de vinculación) nada aporta a la tarea de averiguación pues este manifestó no conocer en esencia los hechos que dieron al traste con la vinculación de la señora Rita Victoria Amador con la Contraloría Distrital de Cartagena, y aun cuando dijo que le constaba que "**le pidieron la renuncia y como no renunció la declararon insubsistente"**, la razón de la ciencia y fuente del conocimiento fue el comentario que le hizo la propia demandante, luego se torna en testimonio de oídas que no merece credibilidad.

ANGELA MARIA ARTEAGA DEL TORO, profesional universitaria adscrita también al área de responsabilidad fiscal de la Contraloría Distrital de Cartagena para la época de los hechos, ofreció un testimonio del que no se fía del todo la Sala por su posibilidad de ser mendaz e inverosímil en algunos aspectos, y en la medida en que, muy a pesar de haber aceptado ser la persona a quien se le comisionó la proyección de la providencia que determinó el resultado de la investigación fiscal contra el señor ADOLFO RAAD y haber estado en la oficina en el momento en que este se notificó de la decisión, negó categóricamente, contra toda lógica, haber presenciado escándalo alguno, en razón a que no se encontraba en el sitio, siendo que otro de los testigos, esto es, JUAN PABLO RIVERA MARTELO, sin

titubeo y con toda claridad la ubicó en el sitio, como una de las funcionarias que estaban presentes en el preciso instante en que se presentó el impase.

A lo que se agrega que termina esta ciudadana probablemente encubriendo un hecho que no resiste, a la luz de las pruebas mayor análisis, actitud que devela poco compromiso con la advertencia hecha por el juez en la audiencia sobre el deber de colaboración con la administración de justicia, pues se reitera, es inverosímil que estando presente en la locación, así sea de espaldas o en modulo contiguo, no se haya enterado de la estentórea queja del señor RAAD que prorrumpía en amenazas y diatribas contra la accionante por los resultados de la decisión.

Con todo, el testimonio de ARTEAGA DEL TORO, deviene inane en función del tema de prueba o propósito perseguido, cual es desentrañar las verdaderas razones de la insubsistencia.

Ahora bien, tal y como se precisó al principio de la crítica probatoria, la hoja de vida de la demandante (fls. 67 a 145 Cdno. No. 1) evidencia que no se incorpora 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 vaguedad de los testimonios y la carencia de más elementos suasorios, con todo y la relevancia de las anotaciones en hoja de vida, ello solo no es suficiente para colegir la causal de nulidad invocada (desviación de poder), con todo y lo reprochable de la omisión en que incurre la administración.

Por demás, no se evidenció ninguna circunstancia que permitiera dudar del buen desempeño del profesional o los profesionales que le sucedieron a la accionante en el cargo que ocupaba y que permitiera advertir 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 este tipo de 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, se concluye que no es posible 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 propósito 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 acreditó la desviación de poder endilgada al acto.

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 en costas a la parte **demandante,** como quiera que, dada la **confirmación** que opera por este proveído, finalmente fue la que resultó vencida en el proceso (entendiendo -por tal- ambas instancias), ordenando al juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., sin perder de vista lo dispuesto en el numeral 8O del artículo 365 ídem, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 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 a la parte **demandante**, liquídense en primera instancia, de conformidad con lo expuesto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Asunte con permiso
DIGNA MARÍA GUERRA PICON

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL