



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) Noviembre de dos mil catorce (2014)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación : 13001-33-31-005-2011-00074-01
Demandante : CARLOS ALBERTO PALMA FORTICH
Demandado : DISTRITO DE CARTAGENA

Tema: Desviación de poder – inexistencia

La Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante se declare nula la Resolución No. 135 del día 17 de Noviembre de 2010, expedida por la personería Distrital de Cartagena de Indias, a través de la cual se declaró insubsistente en el cargo de Personero Auxiliar de Cartagena de Indias al demandante, al igual que la Resolución No. 143 del 30 de Noviembre de 2010, mediante la cual se nombró el reemplazo del cargo ocupado por el mismo.

Que a raíz de lo anterior, a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Personería Distrital de Cartagena de Indias y al Distrito de Cartagena de Indias, reintegrar al señor Carlos Alberto Palma Fortich, en el cargo que venía desempeñando en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación o en otro igual o superior jerarquía.

Que se condene solidariamente al Distrito y a la Personería Distrital de Cartagena, al pago de salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su desvinculación ilegal, hasta que se produzca el pedido reintegro, y que con lo anterior, para efectos de prestaciones sociales, se declare que no existió solución de continuidad entre los dos momentos anteriores.

Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y que en caso de no efectuarse oportunamente el pago, que la entidad liquide los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 Ibídem; además, que la correspondiente condena sea actualizada como reza en el artículo 178 ibídem, aplicando los ajustes de valor desde la fecha de la desvinculación hasta la de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

1.2. HECHOS

"Primero: El suscrito prestó sus servicios a la Personería Distrital de Cartagena de Indias, desde el 1 de Septiembre de Dos Mil Nueve (2009) hasta el 30 de Noviembre de 2010.

"Segundo: El suscrito tomó posesión de su cargo como servidor público de libre nombramiento y posesión el día Primero (01) de Septiembre de Dos Mil Nueve (2009), según consta en el acto de posesión No 069, que se adjunta al presente escrito de solicitud de conciliación.

"Tercero: Mediante resolución No 135 del 17 de Noviembre de Dos Mil Diez, la Personería Distrital de Cartagena de Indias, me declaró insubsistente en el cargo de Personero Auxiliar de Cartagena.

"Cuarto: El día Treinta (30) de Noviembre de Dos Mil Diez (2010), la Personería Distrital de Cartagena de Indias, mediante resolución No 143, nombró a la doctora LIA RENETA

SARA IBARRA, persona mayor, de este domicilio, identificada con cédula de ciudadanía numero 32.772.835, expedida en Barranquilla, en mi remplazo, a fin ejerciera el cargo de Personero auxiliar de Cartagena, tomando posesión del cargo el mismo día de su nombramiento.

"Quinto: La resolución No 135 de 2010, mediante la cual se declaró insubsistente al suscrito, resulta ilegal al ser expedido con desviación de poder, falta de motivación, con fines distintos y ajenos al mejoramiento del servicio, teniendo en cuenta que el cargo de Personero Auxiliar de conformidad con el manual de funciones de la Personería Distrital de Cartagena, debe ser ocupado por un abogado con un año de experiencia mínimo, encontrando que resulta esencial para la designación del mismo la calidad de abogado, ahora bien, no solo basta para ocupar el cargo que la persona sea abogada, sino que esta no adolezca de sanción disciplinaria en el ejercicio de su profesión, como ocurre con la doctora LIA SARA IBARRA, quien presenta antecedentes de tipo disciplinario en virtud de sanción de censura impuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala superior disciplinaria, sanción anotada en el registro nacional de abogados, el día Nueve (09) de Noviembre de Dos Mil Nueve (2009).

"Sexto: Se entiende sabido, que el retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, se ejerce en virtud del ejercicio de la facultad discrecional, la cual se presume encaminada al buen servicio público, pudiéndose ejercer en cualquier momento sin necesidad de consignar las razones que determinan tal decisión. Sin embargo, en el presente caso, el haber efectuado el remplazo del suscrito por una persona que en calidad de abogado presenta antecedentes de tipo disciplinario en lo concerniente a su profesión, resulta en contravía con el noble propósito de mejoría del servicio.

Debe dejarse claro, que no se discuten en éste caso las calidades personales de la doctora LIA SARA IBARRA, sin embargo, en cuanto a su desempeño profesional existe un reproche público de Censura producto de un proceso disciplinario que devino en tal determinación, precisamente tal antecedente recae sobre su calidad de abogado en ejercicio, calidad que se exige como requisito esencial para desempeñar el cargo de Personero Auxiliar de Cartagena, por lo que, podemos concluir que resulta inexplicable como se pretende mejorar el servicio remplazando a una persona que en la actualidad no cuenta con sanción disciplinaria alguna, por una persona que ya fue sancionada.

"Séptimo: La Personería Distrital de Cartagena de Indias, al expedir la resolución No 135 adiada el 17 de Noviembre de 2010 y expedir la resolución No 143 adiada el 30 de Noviembre de 2010, actúo con clara desviación de poder y falsa motivación, al pretender en apariencia mejorar el servicio cuando en realidad resulta injustificado nombrar como reemplazo en el cargo de Personero Auxiliar a un profesional del derecho que presenta cuestionamientos reales en el ejercicio de su profesión, precisamente profesión que se exige para el ejercicio del mismo.

"Octavo: Con la producción del acto demandado queda agotada la vía gubernativa, puesto que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento y libre remoción no es susceptible de recurso alguno."

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Estima violadas las siguientes:

Artículos 2, 6, 25, 29, 125 y 209 de la Constitución Política.

Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

Artículos 3, 34 Y 36 del Código Contencioso Administrativo.

Concepto de violación:

"Se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto la facultad discrecional de declarar insubsistente en el cargo de Personero Auxiliar de Cartagena al suscrito, no recoge el pensamiento que inspira el derecho social al trabajo y la protección necesaria que el Estado les debe brindar a los administrados, teniendo en cuenta que la Personería Distrital de Cartagena, me coartó el derecho a permanecer en el servicio oficial, haciendo uso de la facultad discrecional de forma ilimitada.

Los empleados públicos tienen derecho a 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 generan irregularidades y desviaciones como en el presente caso, en donde la autoridad nominadora no sujetó sus atribuciones a los cánones supraleales.

Debe tenerse en cuenta que si bien el cargo de Personero Auxiliar de Cartagena, obedece a los de libre nombramiento y remoción, susceptible de ser declarado

insubsistente en virtud de facultad discrecional, el motivo de mi remoción no obedeció a fines de servicio, antes por el contrario con el nombramiento de mi reemplazo, el servicio sufrió desmejora teniendo en cuenta que la doctora LIA SARA IBARRA, cuenta con antecedentes de tipo disciplinario en su calidad de abogada, de conformidad con el certificado de antecedentes disciplinarios de abogado que se anexa con la presente demanda, situación que compromete el fin de mejorar el servicio, al nombrar una persona que en el ejercicio de su profesión ha sido cuestionada, precisamente profesión de abogado necesaria para ocupar el cargo de Personero Auxiliar, remplazando a una persona que como el suscrito carece de ese tipo de antecedentes, antes por el contrario, la calidad de especialista en derecho administrativo significaba una garantía adicional para la prestación del buen servicio.

En el presente caso, podemos concluir que la decisión de la señora Personera Distrital de Cartagena de Indias, al declarar insubsistente en el cargo al suscrito, no fue expedida por razones del buen servicio, ya que nombrar en mi remplazo a un profesional del derecho con antecedentes disciplinarios, desvirtúa la presunción de legalidad de dicho acto, poniendo en riesgo y lesionando el buen funcionamiento de la administración pública, no debiéndose pasar por alto la sanción disciplinaria de la persona que ocupó mi cargo, ya que tal circunstancia debió ser tomada en cuenta para poder establecer sin con dicho remplazo se ponía en riesgo y desmejoraba el funcionamiento del cargo encomendado.

Con el acto de declaratorio de mi insubsistencia demandado, no se dio garantía a la efectividad de principios, derechos y deberes consagrados en nuestra constitución, vulnerándose igualmente los principios de la función administrativa cuyo fin esencial es el de lograr el bienestar de los asociados, lo que se denota al desmejorar el servicio como ocurrió en el presente caso, nombrando en mi remplazo a un profesional del derecho cuyo cuestionamiento disciplinario no es garantía de la continuidad y mejora del servicio público prestado por la Personería Distrital de Cartagena.

Por otra parte, La Personería Distrital de Cartagena de Indias, dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición y comunicación del acto declaratorio de mi insubsistencia, no dejó constancia del hecho ni de las causas que ocasionaron mi retiro, por lo que durante dicho lapso no se me ha permitido conocer las razones de mi declaratoria de insubsistencia, lo que evidencia el ejercicio arbitrario de una facultad discrecional como lo es la declaratoria de insubsistencia en el cargo de Personero Auxiliar como en el presente caso.

Ante la falta de la citada anotación en mi hoja de vida, igualmente se quiso lesionar mi derecho de defensa, ya que teniendo en cuenta el término de caducidad de la presente acción es de Cuatro (04) meses contados a partir de la comunicación del acto de insubsistencia que en el presente caso se realizó el día 30 de Noviembre del año 2010, la intención era no publicitar las razones de mi insubsistencia y así impedirme rebatir la decisión tomada, sin embargo, no tuvieron en cuenta que la razón principal de esta demanda radica en la ocurrencia de la llamada DESMEJORA DEL SERVICIO, al confiarle a una persona el cargo desempeñado por el suscrito, con un antecedente disciplinario, situación que configura un riesgo para la prestación de dicho servicio.

La conducta discrecional adelantada por la Personera Distrital de Cartagena de Indias, no se encuentra adecuada a los fines que la autorizan, ni mucho menos fue proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, ya que desmejorar el servicio como en el caso que nos ocupa, no se encuentra respaldado por la normatividad vigente, antes por el contrario es objeto de censura en las instancias judiciales como forma de reprender actitudes arbitrarias e irresponsables de los nominadores, al no examinar con detalle los antecedentes de las personas que son nombradas como reemplazo a fin de supuestamente darle mejoría al servicio.”

2. LA DEFENSA

2.1. DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS¹:

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

“EXCEPCIONES DE MÉRITO QUE SE PROPONEN:

Con el fin de enervar las pretensiones de la demanda que nos ocupa y de desvirtuar los hechos en los que se fundamenta la misma, me permito proponer las siguientes excepciones de mérito:

INEXISTENCIA DE LAS CAUSAS ALEGADAS COMO GENERADORAS DE LAS PRETENSIONES.

¹ Folio 79 a 82

El demandante pretende, con aseveraciones y sin fundamentos fácticos y probatorios, convencer de que la personera distrital de Cartagena actuó con desviación de poder y con falsa motivación al expedirla resolución 135 ibídem, a través de la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de personero auxiliar de la referida agencia del Ministerio Público.

Aduce que la persona que lo reemplazó en dicho cargo no representó una mejora del servicio. Sin embargo resulta importante precisar que muy a pesar de que la Doctora LIA RENETA SARA IBARRA fue designada en un cargo con igual nomenclatura y denominación del que ocupaba el demandante, no obra prueba dentro del proceso que permita establecer que aquella fue designada en reemplazo de éste, por lo cual los argumentos expuestos por el actor, en tal sentido, resultan estériles, en consideración a que si aceptáramos que le asistiera razón, en cuanto a que fue reemplazado por la servidora pública de marras, las condiciones personales de ésta, no constituyen motivos para predicar una desmejora del servicio. Es más, tratándose de este tópico, no puede ninguno de los actores involucrados en el trámite judicial entrar a hacer conjeturas o incurrir en presunciones; sino que por el contrario la desmejora del servicio debe acreditarse mediante prueba idónea, lo cual no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien, olvida el accionante que cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción, tanto para la vinculación como para el retiro del servicio, mediante insubsistencia, prima la confianza. Así lo ha puesto de presente la jurisprudencia, al señalar:

"... Esta tiene que ver con la aseveración de que en la provisión de cargos de carrera de manera provisional impera el carácter técnico del mismo, mientras que en los caraos de libre nombramiento v remoción priman motivos de confianza en el sujeto elegido"(Conseio de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicación 25000-23-25-000-2002-06975-01(3934-05) Bogotá 19 de octubre de 2006)

Por otra parte, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida, la cual se realiza normalmente por el Jefe de Personal o su equivalente en cumplimiento de dicho precepto, se efectúa con posterioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión -cuando obliga- pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el Nominador.

El acto administrativo nace amparado por la presunción de legalidad, por lo tanto si en gracia de discusión aceptáramos que se produjo la omisión de una operación posterior a la expedición del mismo, no por ese solo hecho puede predicarse que éste deba ser anulado por la jurisdicción.

En conclusión, en el caso bajo estudio se encuentra acreditado que la personera distrital de Cartagena de Indias al expedir el acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, en el cargo de personero auxiliar, lo hizo bajo el amparo de la facultad otorgada por el artículo 26 del decreto 2400 de 1.968, por lo cual dicho acto debe permanecer incólume; en consideración, además, a que el actor no acredita, a través de medio de prueba idóneo, el sustento de sus argumentos, orientados a una presunta desviación de poder y falsa motivación en la expedición del mismo.

INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO.

Como consecuencia de la inexistencia de las causas alegadas como generadoras de las pretensiones que han dado origen a esta actuación procesal, decae cualquier posibilidad de existencia del derecho al reintegro del accionante y al pago de los emolumentos por él reclamados.

EXCEPCIONES INNOMINADAS OFICIOSAS.

De conformidad con lo previsto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, solicito a su señoría declarar, oficiosamente, todas aquellas excepciones que pongan de presente los hechos que resulten probados y que no hayan sido propuestas en este libelo."

2.2. LIA RENETA SARA IBARRA²:

Se opuso a las pretensiones de demanda y propuso las siguientes excepciones:

"Los funcionarios de la Personería Distrital son nombrados por el Personero, de conformidad con las normas de carrera administrativa, el secretario, personero Auxiliar

² Folio 109 a 111

y personeros Delegados son de Libre nombramiento y Remoción de acuerdo a lo establecido en el manual de funciones de la entidad.

Es necesario resaltar que las cualidades laborales y personales de un funcionario por si solas no otorgan inmovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional, en la medida que otras razones del servicio público pueden generar la decisión de prescindir de sus servicios.

El nombramiento del actor al igual que el mío es un cargo de categoría de libre nombramiento y remoción, por lo que el demandante ostenta una posición diferente a la del vínculo y escalafón en carrera, debido a que no accedió al cargo mediante concurso de méritos. Quien ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la ley no le reconoce. La discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad o libre nombramiento y remoción como es el caso que nos ocupa se encuentra fundamentado en el artículo 125 inciso 2 de la constitución. Como los nombrados en provisionalidad no ingresaron al servicio civil por méritos sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales no puede ampararse bajo las causales de retiro previstas en el artículo 1254 inciso 2 de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los nombrados con base en el Derecho de carrera.

El Consejo de Estado ha manifestado "Es importante reiterar que por la sola circunstancia de que un empleado desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta no obliga a la administración a mantenerlo en el seicio indefinidamente, en razón a lo anterior, emerge necesario el ejercicio de la facultad discrecional la hipótesis contraria, conllevaría a que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de libre nombramiento y remoción. Dicha forma de desempeño en el ejercicio de un cargo responde a la obligación que tiene todo empleado público de cumplir con la Constitución y la ley desde el momento que lo ejerza".

EXCEPCIONES DE MERITO

Propongo como excepciones de mérito:

LEGALIDAD Y VALIDEZ DEL ACTO ACUSADO

El cargo que venía ocupando el demandante se clasifica como libre nombramiento y remoción, exige para el aspirante conocimientos en Derecho Constitucional, administrativo y demás ramas del Derecho, Derechos Humanos Gerencia y Gestión Pública, Conocimientos básicos en NTCGP 1000:209. Información Básica, y como requisitos de experiencia o estudio, Título de Abogado con mínimo tres años de experiencia laboral, teniendo en cuenta los requisitos exigidos por el cargo podemos notar que cumplí cabalmente con estos, y mi nombramiento fue realizado bajo la clasificación de acuerdo al manual de funciones citado anteriormente.”

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, denegó las pretensiones de la demanda por las razones que a continuación nos permitimos transcribir:

“(…)”

De conformidad con las anteriores probanzas debidamente arrojadas al proceso, es claro que el actor fue nombrado en el cargo de Personero Auxiliar de la entidad demandada, el cual, atendiendo la normatividad y la jurisprudencia vigente analizada, es de libre nombramiento y remoción, con las consecuencias lógicas que ello implica.

Sin embargo, en el sub lite, no existen elementos de juicio que en su individualidad ni en su conjunto, permitan aseverar la ilegalidad del acto administrativo demandado, mucho menos que el nominador hiciera uso arbitrario de su facultad discrecional para remover a sus empleados, o que al actor se le violara el derecho al trabajo.

En efecto, el actor aduce en la demanda que el Personero Distrital hizo uso ilimitado de la facultad discrecional, y en virtud de ello, se le coartó el derecho a permanecer en el servicio oficial. No obstante, no probó que esto fuese cierto.

Tal como lo sostiene el Consejo de Estado, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y es un acto que goza de la presunción de legalidad. Es decir, al contrario de lo afirmado por la parte demandante, dado que éste no se encontraba amparado por ningún fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo,

mediante el ejercicio de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la providencia ni adelantar procedimiento previo para la expedición del acto respectivo, podía ser retirado del cargo.

Ahora, por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del CCA11. Cosa que dentro del proceso, no sucedió.

Por otro lado, alega el actor que su desvinculación no obedeció a razones de mejoramiento del servicio, puesto que en su reemplazo se nombró a una persona con antecedentes disciplinarios, en virtud de sanción impuesta por el Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, este hecho tampoco constituye razón suficiente para determinar que la entidad incurrió en arbitrariedad al momento de decretar la insubsistencia del actor. Es de precisar que los cargos de libre nombramiento y remoción, al no estar reglados por los principios regidores de los cargos de carrera administrativa, ni gozar de las garantías constitucionales y legales dispuestos para estos, su nominación responde a razones de otro tipo: el de confianza.

Es decir, más que motivos de mejoramiento del servicio, en los cargos de libre nombramiento y remoción, prima la confianza o confidencialidad entre el nominador y el empleado, confianza que debe generarse precisamente por las funciones que debe ejercer el empleado, y por la clase de información y documentación que en ejercicio de sus labores debe conocer. Recuérdese que la Ley 909, en su artículo 5, determina claramente los cargos que son de esta naturaleza, en atención a la importancia y reserva de las funciones que deben desempeñarse.

Es más, de las pruebas se colige que días previos a la declaratoria de insubsistencia del actor, se había generado un clima de desconfianza entre este y su nominador. Nótese que el escrito de fecha 25 de noviembre de 2010, elevado por el actor -cuando ya había sido retirado del cargo-, menciona que en reuniones, foros y otros actos, el Personero designó a otros empleados -profesionales universitarios- y no al actor,

quien según el manual de funciones, era el encargado de asistir por encargo de aquel, a estos eventos (f. 73-75 cdno pruebas).

Al respecto, frente a los cargos de libre nombramiento y remoción que impliquen confianza, el Consejo de Estado ha dicho:

"(...)"

Por otro lado, respecto a la afirmación de que con el nombramiento de la persona que lo reemplazó, se desmejoró el servicio, en la medida que dicha persona estaba sancionada por el Consejo Superior de la Judicatura, pertinente es señalar que el concepto de desmejoramiento del servicio se refiere a que la persona que sea nombrada, no cumpla con los requisitos para acceder al cargo. En el evento que esto se comprobara, sí se constituiría en un uso desviado de su potestad discrecional.

Revisado el Manual de Funciones de la Personería Distrital, se tiene que los requisitos para acceder al cargo de Personero Auxiliar son: tener título universitario de abogado y mínimo un (1) año de experiencia laboral.

Ahora bien, revisada la hoja de vida de la señora Lia Reneta Sara Ibarra se concluye que cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos en el manual.

Dejando sin sustento alguno la afirmación realizada por el actor de que con el nombramiento de la mencionada, se incurrió en un desmejoramiento del servicio.

Por otro lado, forzoso es anotar que la sanción aplicada a la señora Lia Reneta Sara Ibarra consistió en censura, no es suspensión del ejercicio de la profesión o exclusión de la misma, eventos en los que sería posible su nombramiento en cualquier cargo que amerite la calidad de abogado. Unido a esto, la sanción impuesta corrió desde el 9 de noviembre de 2009 al 8 de enero de 2010, fecha en la que aun no se habían presentado los hechos sustento de demanda.

En el caso tratado de acuerdo a las pruebas aportadas y valoradas a la luz de la sana crítica³, no observa el Despacho que se configure la ilegalidad planteada por el actor frente al acto administrativo acusado consistente en desmejoramiento del servicio y violación al derecho al trabajo, incumpliendo de esta forma el actor con la carga de la

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 4 de mayo de 2000, Consejero Ponente: Dr. Carlos A. Orjuela Góngora.

prueba que le impone el artículo 177 del C.P.C., en el sentido de probar los supuestos tácticos en que apoya su petitum.

En este orden de ideas, no encontrándose las pruebas necesarias para la ilegalidad de la Resolución n° 135 de 17 de diciembre de 2010, consecuentemente la demanda no está llamada a prosperar, manteniéndose incólume la legalidad del acto acusado, el cual, luego de haber analizado cada una de las pruebas en el expediente no resultó infractor de las normas enmarcadas dentro del concepto de violación en la demanda, debiendo el Despacho negar las pretensiones de la demanda.

“(...)”

4. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por las razones que nos permitimos transcribir:

“(...)”

Tal como lo señala la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante concepto adiado el 14 de septiembre de 2006, el cual me permito aportar como anexo del presente recurso, debe considerarse que por el hecho de estar clasificado el cargo de Personero Auxiliar en el nivel directivo, con ello no debe entenderse que se amplía la gama de empleos señalados en los literales a) y b) del artículo 5° de la Ley 909 de 2004, los cuales son considerados como de libre nombramiento y remoción.

Para que no exista duda acerca de las precisiones anteriormente anotadas, me permito traer a colación lo señalado por la honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-1177 de 2001, la cual precisa el alto tribunal que los cargos de despacho de los Personeros y los Contralores Territoriales, no son empleos de Libre y nombramiento y remoción. En dicho fallo la Corte señala: Efectivamente, los contralores son los directores responsables de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración en la respectiva entidad territorial y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de públicos, donde haya contralorías. A su turno, los personeros de las entidades territoriales, ejercen en términos generales un control administrativo en los distritos y municipios, así como las funciones de Ministerio

⁴ 299 a 302

Público en dichas entidades territoriales y promueven la defensa de los derechos humanos en el correspondiente ámbito territorial.

De manera que, se trata de funcionarios que ejercen una función de carácter eminentemente técnico y no político ni de gestión administrativa; esto último no obsta para indicar que ejercen funciones administrativas ordinarias e inherentes a la organización que dirigen. Por lo tanto, nada impone que la realización de funciones asistenciales y de apoyo en los despachos de los contralores y personeros, exija un nivel de confianza laboral y personal extremadamente cualificado para su vinculación y distinto al que se exige para el cabal cumplimiento del servicio público, que justifique que los respectivos empleos deban ser retirados de la carrera administrativa, como fórmula exceptiva al principio general que sobre la misma rige constitucionalmente."

Igualmente concluye la comisión nacional del servicio civil en el concepto antes señalado lo siguiente: "De otra parte, en el caso de la Ley 909 de septiembre 23 de 2004 y el Decreto Ley 785 de 2005, no puede hablarse de prevalencia de las leyes en el tiempo, porque no se trata de leyes de la misma especialidad, en la medida en que el Decreto Ley 785 de 2005 es una norma sobre funciones, requisitos, competencias, nomenclatura y clasificación por niveles de los empleos territoriales, mientras que la Ley 90 de 2004, en lo que tiene que ver con la clasificación de cargos de libre nombramiento y remoción, como excepción a la regla general de carrera de los empleos del Estado, es una norma de carrera administrativa, por tanto, en dicho aspecto dicha ley no entra en colisión temporal de vigencia con el Decreto ley 785 de 2005, sino que éste constituye un complemento de la misma."

Por otra parte la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 161 de 2003, señala la CNSC, que manifestó lo siguiente: "De ahí que la jurisprudencia haya establecido que los cargos de libre nombramiento y remoción deben estar creados de manera ESPECÍFICA, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices institucionales" o que impliquen la necesaria confianza de quien tiene a su cargo esta clase de responsabilidades".

Concluye la Comisión Nacional del Servicio Civil, que el cargo de Personero Auxiliar al no estar enunciado taxativamente dentro del literal a) del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 y al no corresponder tampoco a los criterios adoptados en el literal b) de ese mismo artículo, se clasifica como un empleo de carrera administrativa.

Por último señala la CNSC, que en el caso en que en alguna oportunidad el cargo de personero auxiliar haya sido considerado como de libre nombramiento y remoción, la calidad del funcionario de quien lo venía ejerciendo bajo la modalidad de nombramiento ordinario se convierte en provisional tal y como lo establece el párrafo segundo del artículo 6 de la Ley 909 de 2004.

Luego del extenso análisis realizado a fin de desvirtuar la naturaleza de empleo de libre nombramiento y remoción correspondiente al cargo de Personero Auxiliar, concluyendo además que la naturaleza de ese cargo corresponde al de carrera administrativa, la ausencia de motivación de la resolución 135 del 17 de noviembre de 2013, mediante la cual fui declarado insubsistente en el cargo de personero auxiliar de Cartagena de Indias, constituye una de las causales de declaratoria de nulidad de dicho acto, teniendo en cuenta que por ser el cargo de personero auxiliar un cargo de carrera administrativa, debió la Personera Distrital de Cartagena, motivar tal declaratoria, tal como lo exige y lo ha señalado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que en el presente caso se vulneró entre otros el principio de estabilidad procesal que me correspondía.

De conformidad con lo anterior, el incumplimiento de motivar el acto administrativo atacado en la presente acción por ausencia de motivación, erige causal suficiente para declarar la nulidad del mismo al configurarse una de las causales que anulan la manifestación de voluntad del Distrito de Cartagena a través del pronunciamiento realizado por la Personería Distrital de Cartagena de Indias.

Por otra parte, el trámite de desvinculación del suscrito de la Personería Distrital de Cartagena de Indias, no surtió el trámite procesal correspondiente, teniendo en cuenta que en tratándose de la desvinculación de un cargo de carrera administrativa, la forma drástica de mi desvinculación vulneró mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, DEFENSA y CONTRADICCIÓN, dado que se me negó el derecho de exponer argumentos que impidieran o como mínimo llamaran a la reflexión de la autoridad que en últimas tomó la decisión debatida.

La ausencia de debida notificación y la ausencia de oportunidad para realizar los descargos correspondientes a fin de evitar la desvinculación laboral de la Personería Distrital de Cartagena, son elementos que constituyen causal de nulidad de los actos administrativos atacados por el suscrito.

Además de la ausencia de motivación del acto mediante el cual fui declarado insubsistente, me ratifico en el argumento correspondiente a que con la declaratoria de insubsistencia en el cargo del suscrito, se configura la desmejora en el servicio al nombrar en reemplazo a una profesional del derecho sobre la cual pesa una anotación negativa que incide en la desmejora del servicio anotada, la cual se encontraba anotada y registrada en la página del tribunal disciplinario correspondiente."

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Demandante:

No alegó.

5.2. Demandada:

5.1. Distrito de Cartagena de Indias y la Personería Distrital alegaron como consta a folio 6 a 9 del expediente.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Rindió concepto como consta a folio 12 a 18 del cuaderno No. 2 solicitando se declare la nulidad de los actos acusados como quiera que el cargo que ocupaba la actora es de carrera administrativa, y en ese sentido su retiro debió estar motivado de conformidad como lo dispone la Ley 909 de 2004.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 28 de marzo de 2014 se admitió el recurso de apelación (folio 3 del cuaderno No. 2)

Por providencia de fecha 28 de abril de 2014 se corrió traslado a las partes para alegar (folio 5 del cuaderno No. 2)

Ingresó al despacho para fallo el 10 de noviembre de 2014

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. ACTO ACUSADO

- Resolución No. 135 de 17 de noviembre de 2010, por la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor CARLOS PALMA FORTICH como Personero Auxiliar.
- Resolución No. 143 de 30 de noviembre de 2010, por la cual se nombra en propiedad a LIA RENETA SARA IBARRA.

3. CUESTIÓN PREVIA

3.1. De la procedencia del estudio de nulidad respecto a la Resolución No. 143 de 30 de noviembre de 2010, por medio del cual se hace un nombramiento.

En el presente caso se controvierte la Nulidad de dos actos administrativos, el primero la Resolución No. 135 de 17 de noviembre de 2010, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor CARLOS PALMA FORTICH, como personero auxiliar del Distrito de Cartagena y la Resolución No. 143 de 30 de noviembre de 2010, mediante la cual se nombró en el mismo cargo a la señora LIA RENETA IBARRA.

Ahora bien, de los actos demandados permite a la Sala establecer la autonomía de cada uno de ellos en cuanto afectan una situación particular de un sujeto determinado. El primero de estos actos retira del servicio a un empleado, y el segundo, hace una designación de una persona para el desempeño de un cargo.

Bajo el anterior argumento podría la Sala concluir que las acciones a instaurar para controvertir la legalidad de cada una de estas manifestaciones de voluntad son disímiles no sólo en su denominación sino también en su procedimiento y requisito de procedibilidad, como quiera que el primero – retiro del servicio- es procedente demandarlo

a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y el segundo – el nombramiento en un cargo – por la Acción de Nulidad Electoral, pero, acogiendo los criterios expuestos por el Consejo de Estado referentes al tema, se concluye que como al demandarse el acto de nombramiento se está pretendiendo un restablecimiento de carácter laboral que se traduce en el reintegro al cargo, es posible que éste acto sea demandado a través de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho. Es decir que cuando no sólo se pretenda mantener la legalidad como fin único de la acción electoral, a través de la cual se controvierte la legalidad de un acto de nombramiento, es permitido al interesado ejercer la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, pues está última pretensión que se concreta en el reintegro al cargo, no es propia de la acción electoral.

En efecto, si bien es cierto que el acto administrativo de nombramiento de un empleado, en principio es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia; en el presente caso, la Sala considera que la pretensión de nulidad de la Resolución No. 143 de 30 de noviembre de 2010, mediante la cual se nombró a la señora LIA RENETA IBARRA en el cargo de Personero Auxiliar Código 017, Grado 15, en reemplazo del demandante, resulta procedente, teniendo en cuenta que el actor estima que con dicho acto se ha lesionado su derecho a permanecer en el empleo, toda vez que la persona que lo reemplazó, no garantiza el mejoramiento del servicio, constituyendo tal circunstancia uno de los argumentos para deprecar la nulidad del acto que declaró su insubsistencia.

En relación a este punto la Sala se permite citar apartes del auto del 7 de marzo de 2008 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el que al referirse a la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento para demandar un acto de nombramiento en el que se pretende el restablecimiento de un derecho laboral, preciso:

“El acto de nombramiento es pasible de la acción de nulidad electoral cuando lo único que procura el demandante es la protección del principio de legalidad, vale decir el respeto del ordenamiento jurídico, pero la misma no resulta procedente cuando quien acude a la jurisdicción procura la nulidad de esta clase de decisiones porque, además de la pretensión anulatoria, lo que en el fondo persigue es el restablecimiento de un derecho que estima le ha sido lesionado por razón de un acto que considera es ilegal”⁵.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Radicado interno número 2007-0194

Este criterio fue reiterado en auto del 26 de junio de 2008 por la Sección Segunda – Subsección “B”⁶ de la misma Corporación, en los siguientes términos: *“La acción de nulidad electoral tiene la naturaleza de acción pública cuyo objetivo es la protección del ordenamiento jurídico, mas no el restablecimiento del derecho, ya sea que este se solicite o que opere de manera autónoma”*.

Bajo los anteriores criterios jurisprudenciales, encuentra la Sala procedente el estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de la Resolución No. 143 de 30 de noviembre de 2010, mediante la cual se nombró en el cargo de Personero Auxiliar a la señora LIA RENETA IBARRA.

3.2. Del objeto del recurso de apelación.

Sea lo primero precisar, que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil señala:

“La sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la Ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.”

Este marco normativo describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre las partes motiva y resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación (congruencia externa).

El principio así concebido persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa de las partes, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda, tratándose del demandado, y en la contestación, si la posición procesal es la del demandante.

Igualmente, trae consigo los conceptos de fallo ultra y extrapetita, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan pretensiones adicionales a las

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección “B”. C.P. Dra. Bertha Lucía. Ramírez de Páez, Radicado interno número 2281-07

solicitadas en la demanda (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita).

Ahora bien, el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo consagra al recurso de apelación como medio procesal ordinario para cuestionar las sentencias proferidas dentro de los procesos contenciosos administrativos, sujeto a la forma y oportunidad previstas en el artículo 212 ibídem.

La finalidad legal de este recurso es, en términos del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, *“que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”*.

Dicho instrumento de impugnación pretende, entonces, provocar la revisión de la providencia que se cuestiona por parte del superior funcional de quien la profirió, para que, según su ponderado análisis y juicio jurídico, la revoque, modifique o, si lo encuentra pertinente, la confirme⁷.

La especialidad y exclusividad de este objeto, unido al principio de congruencia de la sentencia, sugiere plena unidad temática y consecuente entre el *petitum* de la demanda, las razones fácticas y jurídicas que la fundamentan, los argumentos de oposición a las mismas, la sentencia que examinó y proveyó sobre éstos y aquéllas, y los cuestionamientos de la apelación, conforme al parámetro fijado por el ya referido artículo 350 citado.

Así, queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción, viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora.

En el presente caso, se observa que el recurso de apelación se fundamenta bajo dos argumentos, el primero hace relación a la naturaleza jurídica del cargo que venía ocupando el demandante, esto es, el apelante manifiesta que dicho cargo no se trata de libre nombramiento y remoción, sino por el contrario de carrera administrativa y que en

⁷ La Sala ha precisado que el marco de la decisión judicial en la segunda instancia lo constituyen la sentencia y el recurso de apelación, en el que deben manifestarse los motivos de inconformidad contra la primera, de manera que el ad quem limite su examen a esos aspectos (*Sentencia del 30 de abril del 2009, exp. 16225, citada en la sentencia del 110 de noviembre del mismo año, exp. 16226*)

ese sentido debió motivarse expresamente su insubsistencia; el segundo punto de derecho hace referencia a que con el retiro del accionante se desmejoró el servicio de la entidad demandada, en la medida que la persona nombrada en remplazo del accionante tenía una anotación negativa en su hoja de vida por parte del Tribunal disciplinario respectivo.

Respecto al primer argumento relacionado con la naturaleza del cargo, el mismo no fue objeto de discusión en la primera instancia, por el contrario en la demanda el accionante afirma que su cargo era de libre nombramiento y remoción, lo cual fue aceptado por la entidad demandada y en ese sentido no se entró a debatir el tema por parte de la misma; sin embargo, en el recurso de apelación el accionante plantea nuevos argumentos y señala que el cargo es de carrera administrativa, lo cual rompe la unidad temática que planteó desde un principio, al argüir una nueva tesis que sorprende a la entidad demandada, quien sobre ese punto de derecho no tuvo la oportunidad de pronunciarse desde un principio – primera instancia-, quebrantándole su derecho de defensa, además de atentar contra el principio de lealtad procesal ya que ese punto de derecho no se había puesto a su consideración.

Por consiguiente, la Sala no se pronunciará sobre el punto de apelación referente a la naturaleza del cargo, por atentar contra el derecho de contradicción, el principio de lealtad procesal y el principio de congruencia.

En ese sentido, el tema a resolver en el recurso de apelación se enmarcará en determinar si la declaratoria de insubsistencia del actor en el cargo que venía ocupando desmejoró la prestación del servicio de la entidad demandada, dado que al parecer quien lo remplazó tenía anotaciones disciplinarias.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la declaratoria de insubsistencia del actor en el cargo que venía ocupando desmejoró la prestación del servicio de la entidad demandada, dado que al parecer quien lo remplazó tenía anotaciones disciplinarias.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Del retiro de los empleados en cargo de libre nombramiento y remoción:

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, cuyo texto dispone:

"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;

"(...)"

Ahora bien, en tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia obedece a la facultad discrecional de la cual está investido el nominador para declarar sin efecto un nombramiento, discrecionalidad que no debe corresponder al capricho o arbitrariedad de la Administración³.

Sobre el punto esta Sala⁴ ha señalado:

"La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo 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, advierte la Sala 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.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan 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 cargo 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 otras palabras, a juicio de la Sala 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 (...)" (Subrayado fuera de texto).

"(...)"

Sobre este particular la Corte Constitucional en Sentencia C-514 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo, sostuvo que:

"Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata."

Así las cosas, la facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, dicha clase de vinculación laboral no genera permanencia, salvo precisas excepciones legales.

4.2. De la desviación de poder

En los términos establecidos en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, esta causal de anulación de los actos, impone analizar la legalidad de los actos desde su propia finalidad. Se reitera lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, providencia en la que se dejó sentado lo siguiente:

"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."

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder; de tal suerte que cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.

Se ha dicho también que esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar así pues, como los actos administrativos derivados del ejercicio de la facultad discrecional se presumen legales, quien pretenda desvirtuar esta presunción, debe demostrar dentro del proceso, que la verdadera motivación del acto obedeció a razones ajenas y diferentes a las del buen servicio.

Por otra parte, si bien es cierto que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción obedece al ejercicio de una facultad discrecional autorizada por la Ley, que se caracteriza por la libertad de ponderación del nominador; también lo es que esa discrecionalidad debe ser adecuada a la finalidad del buen servicio, es decir, inspirada en la búsqueda constante de mejorar las necesidades del servicio, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, razonamiento que supone el análisis de dos elementos extrajurídicos como son la oportunidad y la conveniencia de la decisión, tal y como se desprende del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

5. HECHOS PROBADOS

1. Resolución No. 135 de 17 de noviembre de 2010, por medio de la cual se declaró insubsistente al señor CARLOS PALMA FORTICH del cargo de Personero Auxiliar Código 017, Grado 15, de la Personería Distrital (folio 8)
2. Resolución No. 143 de 30 de noviembre de 2010, por medio de la cual se nombró a la señora LIA RENETA SARA IBARRA en cargo de Personero Auxiliar, Código 017, Grado 15 de la Personería Distrital (folio 46)

3. Manual de funciones correspondiente al Cargo de Personero Auxiliar Distrital de Cartagena, en la que se señala como propósito principal la función de "*Cumplir, funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos*". Igualmente, que para ocupar el cargo se exige el título de abogado y experiencia mínimo un (1) año (folio 150 del cuaderno No. 1 de pruebas)

4. Certificado de antecedentes disciplinario de abogados, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, correspondiente a la señora LIA RENETA SARA IBARRA en que le figura como sanción una "censura", con fecha de iniciación de la misma a partir del 9 de noviembre de 2009, hasta el 8 de enero de 2010.

6. ANALISIS DEL CASO

El caso concreto, el demandante afirma que con la declaratoria de subsistencia en el cargo que venía ocupando se desmejoró la prestación del servicio de la entidad demandada, como quiera que la persona nombrada en su remplazo tenía una anotación disciplinaria por parte del Tribunal respectivo, en esa medida sus argumentos van encaminados a señalar que con la expedición del acto que declaró su retiro del cargo de Personero Auxiliar, Código 017, Grado 15 y el acto administrativo que nombró su remplazo, se configuró una desviación de poder, toda vez que los actos acusados no persiguen el fin perseguido.

Sea lo primero precisar, que le corresponde a la Sala determinar si en el presente caso la señora LIA RENETA SARA IBARRA, quien remplazó al actor en el cargo de Personero Auxiliar cumplía con los requisitos para ocupar el mismo.

Al respecto, en el Manual de Funciones referente al cargo de Personero auxiliar, se exigen el cumplimiento de dos requisitos, el primero que el aspirante cuente con título de abogado y el segundo que tenga una experiencia laboral de un (1) año.

En el sub-examine, se observa de la hoja de vida de la señora LIA RENETA SARA IBARRA que la misma es abogada titulada, como consta en el diploma obrante a folio 100 del cuaderno No. 1 de pruebas, así mismo, que antes de ser nombrada en el cargo de Personero Auxiliar se desempeñó como personera delegada del Distrito de Cartagena desde el 29 de mayo de 2009 hasta el 16 de noviembre 2010 (folio 92 y 108 del cuaderno No. 1 de pruebas), por lo que se infiere con facilidad que cumple con el

año de experiencia que exige el manual de funciones. En ese sentido de las pruebas allegadas al plenario se encuentra acreditado que el remplazo del actor en el cargo de Personero Auxiliar cumple con los requisitos exigidos para ocupar el mismo.

No obstante lo anterior, manifiesta el apelante que la señora LIA RENETA SARA IBARRA tenía una anotación negativa por falta disciplinaria, por lo que aduce que con su nombramiento se desmejoró la prestación del servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa de los elementos de juicio allegados al Aplenario que la señora LIA RENETA SARA IBARRA fue sancionada con censura por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cartagena, Sala Jurisdiccional Disciplinaria desde el 9 de noviembre de 2009 hasta el 8 de enero de 2010.

En relación a las sanciones disciplinarias para ocupar Cargos públicos el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil ha considerado lo siguiente:

"(...)"

Si la inhabilidad está vigente, es claro que la persona no puede tomar posesión del cargo.

Si la inhabilidad no está vigente, la persona podría posesionarse en cuanto a este aspecto se refiere, pues se considera que carece de antecedentes disciplinarios siendo éste el sentido del requisito establecido por el numeral 6º del artículo 48 del decreto ley 1792 de 2000, el cual guarda concordancia con el penúltimo inciso del artículo 174 del Código Disciplinario Único, en el cual se dispone que en los certificados de antecedentes disciplinarios que expida la Procuraduría General de la Nación, se deben reseñar las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

En este sentido, para la Sala es claro que el citado numeral 6º no crea por sí mismo una inhabilidad, sino que se refiere a las vigentes. Como se sabe las inhabilidades deben ser expresas y son de interpretación restrictiva, en cuanto limitan el derecho a acceder a los cargos públicos, de modo que no admiten analogía ni aplicaciones extensivas. Así las cosas, lo que el citado numeral establece es un requisito de acreditación, vía registro, como se ha explicado, no una inhabilidad nueva o adicional.

Todo lo anterior tiene su razón de ser en cuanto que si la persona ya ha cumplido el período de inhabilidad que se le fijó en la providencia disciplinaria, ello significa que la sanción accesoria se ha aplicado efectivamente y por lo tanto, no se encuentra jurídicamente inhabilitada para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, conforme al derecho fundamental que le reconoce el artículo 40-7 de la Carta.

Por lo general, las inhabilidades son de carácter temporal, como se ha visto y en consecuencia, una vez se han cumplido en el tiempo establecido, cesan en su efecto, de manera que a partir de este momento, la persona queda habilitada para ejercer un cargo en la administración.

“(...)”⁸

Por lo anterior, si una persona se encuentra inhabilitada para ejercer cargos públicos por sanción disciplinaria, una vez cumplida la vigencia de la misma, lo habilita para ejercer el cargo ante la administración.

En el presente caso, si bien la señora LIA RENETA SARA IBARRA fue sancionada con censura por el Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la misma se le impuso desde el 9 de noviembre de 2009 hasta el 8 de enero de 2010. Ahora bien, la señora SARA IBARRA fue nombrada el 30 de noviembre de 2010, cuando ya había cesado la sanción.

Valga aclarar, que la sanción impuesta por el Consejo Seccional de la Judicatura se trata de una censura que a las voces del Decreto No. 196 de 1971, aplicado en el proceso disciplinario sancionatorio de la señora SARA IBARRA, consiste en la reprobación pública que se hace al infractor por la falta cometida.

En ese sentido, es fácil de inferir que la sanción impuesta a la señora LIA RENETA SARA IBARRA no era de aquellas que impedía el ejercicio de su profesión, así como tampoco que la inhabilitara para ocupar cargos públicos, de tal manera que bien podía posesionarse en el cargo de Personero Auxiliar.

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de fecha 18 de diciembre de 2007. Rad. 11001-03-06-000-2007-00098-00. CP. Gustavo Aponte Santos.

Por consiguiente, la señora LIA RENETA SARA IBARRA al momento de ocupar el cargo de Personero Auxiliar no tenía sanción disciplinaria vigente que le impidiera posesionarse en dicho cargo, valga precisar que aún estando vigente la sanción impuesta por el Consejo Seccional de la Judicatura, la misma no tenía la virtualidad de inhabilitarlo para ocupar cargos públicos.

Tampoco tal situación puede por sí sola servir de base para erigir la conclusión que su ingreso al servicio lo desmejoraba frente al demandante, por carecer éste de anotación disciplinaria.

Por lo expuesto, se concluye entonces que el actor desempeñó un cargo de Directivo, tal y como se evidencia del Manual de Funciones, y que al ser vinculado bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación. En consecuencia, resulta razonable, que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Por tanto el retiro del actor se presume en aras del buen servicio, presunción que no logró desvirtuar, en consecuencia se mantiene la legalidad de los actos acusados y en esa medida se confirmará la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

7. CONDENA EN COSTAS:

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A "el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

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

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devolver al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

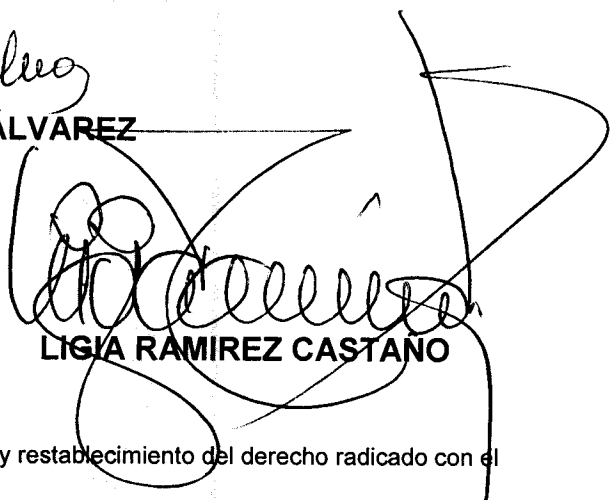
El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

ARTURO MATSON CARBALLO

Impedido


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

Hoja de firmas: sentencia de primera instancia, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 13001-33-31-005-2011-00074-01.

