



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión - No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Cortiz

Tunja, octubre veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **María Excelina Cetina Sanabria**

Demandado: Municipio de Tipacoque

Expediente: 15238-33-33-002-2016-00246-01

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por el apoderado de la **parte demandante** contra la sentencia de primera instancia proferida el **27 de febrero de 2018**, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demandada presentada por María Excelina Cetina Sanabria contra el Municipio de Tipacoque.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda y subsanación (fl. 3-20 y 113-114 c.1):

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, María Excelina Cetina Sanabria, a través de apoderado judicial, solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Decreto 01 de 2016** “por el cual se corrigen unos yerros formales en los que se incurrió en los decretos 045 y 054 de 2015”; expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque.
- **Decreto 02 de 2016** “por medio del cual se hacen unas incorporaciones a la planta de personal de la administración central del municipio de Tipacoque Boyacá” expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque.
- **Decreto 032 de 15 de abril de 2016**, por medio del cual la demandante fue declara insubsistente del cargo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 438, Grado 05.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, deprecó:

- *Se declare que no ha existido solución de continuidad en el cargo que desempeñaba la actora, entre la fecha de la insubsistencia, 15 de abril de 2016 y la fecha de su reintegro o pago de las condenas.*
- *Se ordene a la Alcaldía Municipal de Tipacoque a reintegrar a la demandante al cargo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 438, Grado 05 de la planta de personal o a uno de igual o mayor categoría.*
- *Se ordene el pago de salarios y demás prestaciones dejados de percibir, tales como: prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a seguridad social, salud, pensión y riesgos profesionales y demás emolumentos a los que haya lugar.*
- *Que las condenas sean actualizadas conforme al artículo 187 del CPACA, esto es, aplicando los ajustes de valor desde la fecha de vinculación hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, cuyo cumplimiento debe efectuarse conforme al artículo 192 ídem.*
- *Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.*

El sustento fáctico del petitum es el siguiente:

- *La señora María Excelina Cetina Sanabria fue vinculada “en provisionalidad” por el Municipio de Tipacoque para desempeñar el cargo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 535, Grado 01, desde el 6 de enero de 2012, hasta el 15 de abril de 2016.*
- *La Alcaldía Municipal de Tipacoque, mediante Decreto No. 054 de 11 de noviembre de 2015, actualizó el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos que conforman la planta de personal de la administración central del municipio.*
- *En el Decreto 054 de 2015, por el cual se actualizó el manual de funciones, aparece un “lapsus calami”, al digitarse equivocadamente como de carrera administrativa el cargo antes señalado, cuando lo correcta era de libre nombramiento y remoción.*
- *Mediante Decreto 01 de 4 de enero de 2016, ordenó corregir unos yerros formales en los que se incurrió en los Decretos 045 y 054 de 2015.*

- *Posteriormente, por Decreto No. 02 de 4 de enero de 2016, efectuaron incorporaciones a la planta de personal de la administración central del Municipio de Tipacoque.*
- *En razón a lo dispuesto por los Decreto 045 de 2015 y 02 de 2016, mediante Acta No. 14 de 16 de febrero de 2016, la Señora María Excelina Cetina Sanabria tomó posesión del cargo denominado Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 438, Grado 05.*
- *Mediante el Decreto No. 032 de 15 de abril de 2016 expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque, se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante. Fue notificado el mismo día.*

En el concepto de violación, la demandante alegó que:

- *Existió desviación de poder por parte del señor Nelson Humberto Melgarejo Angarita, pues fue amenazada verbalmente por miembros de su campaña, con ser separada de su cargo por no haber participado en su campaña, en otros, términos, fue apartada por “razones politiqueras” (f. 7).*
- *En el evento que se aceptara que la actora desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta que quien la reemplazara debía tener mayores conocimientos, estudios y experiencia que contribuyeran a la mejora en la prestación del servicio; que como se demuestra, quien reemplazó a la accionante fue el señor Erick David Briñez Cetina, quien para la fecha era menor de edad.*
- *Comoquiera que la actora fue debidamente nombrada y posesionada en el cargo, adquirió el derecho a la estabilidad, propia de los empleados de carrera.*
- *La variación del cargo de carrera a uno de libre nombramiento y remoción tenía como única finalidad, poderla desvincular bajo una supuesta apariencia de legalidad.*
- *Fue desvinculada a tan solo dos meses después de su nombramiento en el cargo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, situación que evidencia la mala fe en el actuar de la demandada.*

1.2. Contestación de la demanda (f. 209 y ss.):

El Municipio de Tipacoque, a través de apoderado judicial, contestó la demanda en los siguientes términos:

Dijo que la actuación administrativa está sujeta a la ley, en tanto la clasificación y naturaleza jurídica de los empleos se encuentran consagradas en la Ley 909 de 2004, por tanto, el Concejo ni el Alcalde pueden modificar esta clasificación y naturaleza, sin que una actuación considerada errada pueda otorgar derechos adquiridos.

Que el acto administrativo que declaró insubsistente a la demandante se encuentra debidamente motivado, además, porque se surtió conforme a la facultad discrecional del alcalde al tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Afirmó que el prestatario de servicios que elaboró el nuevo manual de funciones municipales (Decreto 054 de 2015) en el momento en que envió electrónicamente al municipio el resultado contratado, estableció que la naturaleza jurídica del empleo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, era de libre nombramiento y remoción, no obstante, antes de ser impreso, el mismo fue manipulado, comoquiera que le cambiaron la denominación al cargo de carrera.

Agregó que no existen errores de interpretación, en tanto el código y grado del empleo están contenidos tanto en el Decreto 045 de 2015 como en el Decreto 054 de 2015; que el hecho de que un empleo pertenezca al nivel Asistencial no significa que deba ser de carrera.

Dijo que el Alcalde no nombró reemplazo de la demandante; aclaró que el joven referido por la demandante no fue nombrado para el desempeño del empleo porque se trataba de un contrato de prestación de apoyo a la gestión, es decir, no medió acto administrativo ni posesión en el cargo.

Indicó que la interpretación dada por la actora, esta es, que fue nombrada en provisionalidad y que por ello adquirió el derecho a la estabilidad propia de los empleados de carrera, desborda la legalidad e interpretación jurisprudencial, pues, los empleados en provisionalidad no tienen los mismos derechos que los de carrera.

Frente a la afirmación de la demandante sobre la corrección (lapsus) que, a su juicio, constituye una vía de hecho, la entidad accionada manifestó que el legislador previó la posibilidad de tales correcciones el artículo 45 del CPACA, el cual no ha sido declarado inexecutable y tampoco se pidió su inaplicación en este caso.

Consideró que, equivocadamente, la demandante esgrimió su argumentación fundamentada en lo establecido en el literal a) del numeral 5º de la Ley 909 de 2004 cuando, en el caso concreto, se aplicó el literal b) de la misma norma.

Resaltó que **i)** el cargo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde es de libre nombramiento y remoción, precisamente, porque su ejercicio implica especial confianza, tiene asignadas funciones asistenciales y de apoyo; está al servicio directo e inmediato del alcalde y se encuentra adscrito al despacho del mismo y **ii)** en alguna época dicho empleo tuvo la naturaleza jurídica de carrera administrativa, el cual era ocupado por la señora Yolima Franco, por tanto, hasta cuando su titular estuvo vinculada, así se mantuvo; no obstante, una vez quedó vacante, la naturaleza de consolidó como de libre nombramiento y remoción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹

El Juez Tercero Administrativo Oral de Duitama mediante sentencia proferida el 27 de febrero de 2018 resolvió negar las pretensiones de la demanda y no condenar en costas por las siguientes razones:

Estableció el siguiente problema jurídico: “¿Es nulo el Decreto No. 032 del 15 de abril por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Secretaría Ejecutiva del Despacho del Alcalde Municipal de Tipacoque, por haber sido expedido presuntamente con desviación de poder?” (f. 400 c.2)

Para desarrollar el problema jurídico, abordó los siguientes temas: la declaratoria de insubsistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción y la desviación de poder.

Precisó que, en audiencia inicial se resolvió que respecto de los Decretos 001 y 002 de 4 de enero de 2016 operó el fenómeno de la caducidad, por tanto, gozan de presunción de legalidad. En consecuencia, el estudio se restringiría a los cargos formulados contra el Decreto No. 032 de 15 de abril de 2016, por el cual se declaró la insubsistencia y no se extendería a la afirmación concerniente al cambio de naturaleza del cargo.

¹ Folios 317 y siguientes del cuaderno 2.

Luego de reseñar las pruebas que reposan en el plenario, advirtió que no está en discusión que el cargo es Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde, Código 438, Código 05, este es, del nivel asistencial y que era de libre nombramiento y remoción conforme al literal b) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

Adujo del acervo probatorio que no se demostró el abuso y desviación de poder que alega la demandante, únicamente se limitó a hacer apreciaciones subjetivas que carecen de respaldo.

Consideró que el señor Erick David Briñez Cetina no fue el reemplazo de la demandante porque suscribió un contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, en consecuencia, no puede predicarse una desmejora en el servicio, máxime si se tiene en cuenta que las funciones que él desempeñaba eran distintas.

Citó la sentencia proferida el 30 de marzo de 2017 por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el proceso con número interno 3822-15 y ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez y la sentencia proferida por este Tribunal el 25 de octubre de 2014 dentro del proceso con radicación 2013-00228-01 y ponencia del Magistrado Doctor Oscar Alfonso Granados Naranjo, para concluir que, comoquiera que el cargo era de libre nombramiento y remoción, la insubsistencia podía expedirse tal y como ocurrió, sin motivación alguna, dada la discrecionalidad del nominador – alcalde municipal-.

Por lo anterior, concluyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, Decreto 032 de 2016, mediante el cual se declaró la insubsistencia de la aquí demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en los argumentos que sucintamente se exponen:

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Además, indicó que, independientemente de la caducidad de los Decretos 001 y 002 de 4 de enero de 2016, el juez a quo debió haber efectuado un análisis de fondo respecto de los vicios en el nacimiento del Decreto 032 de 15 de abril de 2016, dada la desviación de poder.

Que se encuentra debidamente probado que no existió la mejora en el servicio, por el contrario, se demostró la necesidad de retirar a una persona que “les apremiaba desvincular” (f. 417).

Además, afirmó que es palmaria la desviación de poder si se computan los términos dentro del cual se cambió la denominación en el empleo, pues luego de dos meses de haber sido nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción fue declarada insubsistente bajo el argumento de la discrecionalidad. Trajo a colación una cita de la Obra Manual del Acto Administrativo de Luis Enrique Berrocal Guerrero.

Sostuvo que “no se ha querido analizar el fondo del asunto” (f. 419) que entraña circunstancias como la existencia de un acto administrativo complejo, compuesto por el Decreto 032 de 2016 y los demás que lo antecedieron (Decretos 001 y 002 de 2016), cuya demanda, reconoce la actora, está caducada.

Que el análisis desarrollado por el a quo fue superficial, pues se limitó a la caducidad y la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción, sin estudiar los motivos o intencionalidad en la expedición del acto de retiro, máxime si se tiene en cuenta que la demandante gozaba de estabilidad relativa.

Consideró que no puede aplicarse el artículo 45 del CPACA, comoquiera que este hace alusión únicamente a errores formales, sean aritméticos o de digitación, pero en ningún caso frente a aspectos sustanciales como el cambio en la naturaleza en el cargo que la demandante ostentaba.

Agregó que se desconocieron los derechos de la demandante, comoquiera que no se surtió el proceso de convocatoria para proveer definitivamente el cargo, no fue suprimido y las funciones fueron las mismas que desempeñaba la demandante.

Que las funciones secretariales, posteriormente, fueron desempeñadas por Erick David Briñez pese a que suscribió contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión “supuestamente” porque no existía en la planta una persona que realizara dichas funciones.

Finalmente, advirtió que el alcalde municipal violó la ley, por cuanto no tuvo en cuenta que el cargo que ocupaba la accionante no era de libre nombramiento y remoción, pues no corresponde al nivel directivo.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso de apelación

Por auto de 27 de abril de 2018 (fl. 473), este Despacho resolvió admitir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

4.2. Del auto que resolvió la solicitud de pruebas en segunda instancia:

Mediante auto proferido el 28 de mayo de 2018 (f. 476 y ss.), se resolvió 1. negar la solicitud de pruebas formulada en segunda instancia por María Excelina Sanabria y 2. no tener como prueba la documental adjunta al recurso de apelación presentado por la demandante.

4.3. Traslado alegatos de conclusión

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, sin que se hubiese presentado solicitud alguna, el 22 de junio de 2018 se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el cual, se ordenó correr traslado al Ministerio Público por diez (10) días para que presenten concepto si a bien lo tiene (fl. 481).

4.3.1. Parte demandante (f. 483 y ss.): *Reiteró en su integridad los argumentos expuestos en el recurso de apelación.*

4.3.2. Parte demandada: *Guardó silencio.*

4.3.3. Ministerio Público: *No emitió concepto.*

V. CONSIDERACIONES

*Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la **parte demandante** contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama.*

5.1. Cuestión previa:

5.1.1. De la decisión en audiencia inicial:

En el marco de la parte oral dentro del proceso, la función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.

En efecto, la etapa de excepciones previas es una faceta de saneamiento del proceso, en tanto busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de estas, o advertidos al juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a su correcta y legal tramitación.

En la Audiencia Inicial llevada a cabo el 11 de octubre de 2017, la Jueza Segunda Administrativa Oral de Duitama resolvió (f. 358-361 y CD f. 374):

“1.- Declarar probada la excepción de CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, propuesta por el Mandatario Judicial del MUNICIPIO DE TIPACOQUE, en lo que refiere a los actos administrativos contenidos en los Decretos 01 y 02 de 2016 (...).” (Min. 14:17 a 14:30)

Las partes quedaron notificadas en estrados (Min. 14:50); a continuación, la jueza a quo otorgó la palabra a las partes, **quienes manifestaron estar de acuerdo con la decisión** (Min. 15:00 a 15:06).

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia proferida el 18 de julio de 2018 dentro del proceso con radicación 05001-23-33-000-2013-00124-03(2434-16) y con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, explicó:

*“En efecto, observa la Sala que la demandada dentro de la contestación de la demanda (folios 986 a 998), propuso las excepciones de cosa juzgada e ineptitud sustantiva de la demanda, las cuales fueron declaradas no probadas en la audiencia inicial llevada a cabo el 17 de septiembre de 2015 (folios 1019 a 1023 vuelto), decisión contra la cual la demandada **no interpuso recurso alguno y manifestó estar de acuerdo con la decisión** proferida por el Tribunal de primera instancia al respecto, según consta en el acta de dicha diligencia a folio 1021.*

*De lo anterior, salta a la vista que la cosa juzgada constitucional y la ineptitud sustantiva de la demanda, alegadas como excepciones por la señora María del Rosario Zapata Osorno, **fueron resueltas en la audiencia inicial, decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada y que no es competencia de este fallador de segunda instancia estudiarla nuevamente.***

*Frente a este punto es necesario reiterar que las decisiones proferidas en la audiencia inicial, concretamente en este caso, en la etapa de excepciones previas (artículo 180-6 CPACA) **se notifican en estrados como lo ordena el artículo 202 del CPACA**, es decir, al declararse no probadas las excepciones de cosa juzgada e ineptitud sustantiva de la demanda, **dicha providencia se comunicó a las partes en la audiencia***

inicial. Luego es en esta oportunidad procesal que se debían presentar los recursos procedentes, en caso de reparo contra la decisión. De lo contrario, el auto queda ejecutoriado y en firme, como ocurrió en el sub lite.

De allí que no sea posible un nuevo estudio posterior de dichos medios exceptivos, porque se entiende que ya fueron resueltos mediante providencia debidamente ejecutoriada, contra la cual no se presentaron recursos.

Es decir, las decisiones tomadas en la audiencia inicial y en general, en la parte oral del proceso en vigencia de la Ley 1437 de 2011 tienen la misma validez y efectos de las providencias proferidas por escrito. Por ello, tanto el juez, como las partes, deben respetar el debido proceso, en la medida que las providencias dictadas en audiencia, se contradicen en esa etapa procesal y si las partes guardan silencio, se entiende que están conformes.

Lo precedente adquiere relevancia para no sorprender al juez en otra etapa del proceso o al ad quem, en el trámite del recurso de apelación, con debates o nuevos cuestionamientos respecto de decisiones ejecutoriadas y en firme en etapas procesales anteriores, cuyo objeto ya no es el estudio de las mismas.” (Resaltado fuera de texto)

En síntesis, la Sala no abordará el estudio de legalidad de los actos administrativos expedidos por el Alcalde Municipal que se acusaron en la demanda, estos son, los Decretos 01 y 02 de 2016.

5.1.2. Del acto administrativo complejo aludido por la parte actora:

El apoderado de la parte actora indicó que no se ha querido analizar el fondo del asunto que entraña la existencia de **un acto administrativo complejo**, compuesto por el Decreto 032 de 2016 y los demás que lo antecedieron (Decretos 01 y 02 de 2016). En este punto, reconoció la existencia de caducidad de los últimos, que fuere declarada por el juez a quo.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo también se pronunció respecto de los **actos administrativos complejos** en la sentencia de 14 de febrero de 2012, Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa², en la siguiente manera:

«[...] En relación con estas afirmaciones y una vez verificado el contenido material de cada una de las manifestaciones presuntamente integradas bajo el concepto de acto complejo, la Sala se ve en la imperiosa necesidad de apartarse de estas consideraciones del demandante, pues, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de lo

² CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00036-01(IJ). Actor: JAIME OMAR JARAMILLO AYALA. Demandado: COMISION NACIONAL DE TELEVISION.

Contencioso Administrativo de esta Corporación sobre el tema, los actos administrativos complejos son aquellos que se forman por la concurrencia de una serie de actos que no tienen existencia jurídica separada e independiente y que provienen de diversas voluntades y autoridades, generándose así una unidad de contenido y de fin, de tal suerte que las diversas voluntades concurren para formar un acto único³.

La anterior hipótesis, a todas luces no es la que se configura en el caso que nos ocupa, en donde una misma autoridad es la que ha proferido las dos disposiciones dentro de una misma actuación administrativa procesal, como instrumentos necesarios y concatenados dentro del trámite tendiente a la selección de un contratista para la correspondiente entidad estatal, sin que pierdan su identidad, generando una unidad de contenido y de fin integrándose en un acto único, como lo sostiene erróneamente el demandante.

En efecto, la Sala Plena de la Corporación se pronunció desde el año 1964 acerca de la naturaleza del acto administrativo complejo, en los siguientes términos:

*“Ahora bien, reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando se trata de un acto complejo, es decir formado por una serie de **actos con la concurrencia de diversas voluntades**, como el acto es único, debe acusarse en su total complejidad, aunque el vicio sólo afecte a uno de los actos que lo integran, porque habiendo unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para producirlo, la serie de actos que lo integran no tiene existencia jurídica separada e independiente. El acto que se firma es un acto único es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto.*

Así, pues, cuando, por ejemplo, se considera que está viciada de ilegalidad la sanción de una ordenanza, se debe demandar la ordenanza por la ilegalidad de su sanción, pues esta es parte integrante de ese acto administrativo complejo. La ordenanza y su sanción forman un solo acto. (...)”⁴.

(...)

*En consecuencia, a juicio de la Sala no le asiste razón al demandante, pues en este caso **la voluntad de la Administración está vertida en dos manifestaciones de la administración que nacen a la vida jurídica de forma separada e independiente**, el uno el acto de apertura y el otro sustancialmente diverso como lo es el pliego de condiciones.*

*Razones estas suficientes para darle a cada una de estas manifestaciones tratamiento separado, dado adicionalmente que se advierte que **por sus características se trata de dos manifestaciones de naturaleza jurídica diversa [...]**” (Resaltado fuera de texto)*

³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativa. Sentencias del 15 de octubre de 1964, Exp: 1015; 9 de julio de 1991. Exp: S-070; 27 de septiembre de 1994. Exp: S-342; 9 de noviembre de 1998. Exp: S-680.

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 15 de octubre de 1964. CP Alejandro Domínguez Molina.

Criterio reiterado por la misma Corporación, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2016, C.P. César Palomino Cortés, Rad. 13001-23-31-000-1999-01525-01(1835-11)⁵.

Entonces, para que un acto administrativo sea complejo, debe contener varias declaraciones conjuntas y sucesivas de dos o más autoridades, además, deben tener unidad de contenido y de fines, de tal forma que ninguna de ellas pueda asimilarse separada e individualmente⁶.

En otros términos, el acto administrativo complejo se caracteriza por⁷:

- a. De manera conjunta o sucesiva existe concurrencia de voluntades de la administración, ya sea que se produzcan por i) varios órganos dentro de una misma entidad pública o ii) por el concurso de varias entidades,
- b. Las manifestaciones concurrentes de la voluntad tienen unidad de contenido y fin.
- c. La unidad antes señalada impide predicar que se trata de decisiones individuales, al punto que se requiere de dicha concurrencia para considerar que el acto administrativo tiene vida jurídica propia.
- d. En virtud de tal unidad, para la revisión judicial se requiere acusar y juzgar las manifestaciones concurrentes de la voluntad, pues una de ellas resulta insuficiente para considerar la existencia de un acto administrativo susceptible de control.

A las anteriores características, habría que agregar que el acto administrativo complejo impropio se caracteriza porque dichas voluntades provienen de la

⁵ “La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el acto administrativo complejo es aquel en el que concurren varias voluntades de la administración, ya sea que se produzcan por varios órganos dentro de una misma entidad pública, o por el concurso de varias entidades. La característica esencial de las exteriorizaciones de voluntad concurrentes es la unidad de contenido y fin que hay entre ellas, dado que la materia regulada y el propósito del pronunciamiento de la administración hacen inescindibles las decisiones individuales tomadas por los órganos de una misma entidad o por varias entidades, dichas voluntades son necesarias para la formación del acto, de tal forma que las decisiones individualmente consideradas no tienen vida jurídica propia⁵.” (Resaltado fuera de texto).

⁶ Sobre el acto administrativo complejo, también puede consultarse la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01067-01(43968). Actor: CANDELARIA SAAVEDRA CASTRO. Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO - CONSEJO DISTRICTAL DE BARRANQUILLA.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación 25000-23-24-000-2007-00289-01 y ponencia de la Consejera Doctora Rocío Araújo Oñate.

misma entidad o autoridad administrativa. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado⁸ se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La doctrina, igualmente, ha caracterizado el «acto administrativo complejo»⁹, dividiéndolo en dos tipos que ha denominado «complejo propio» y «complejo impropio».

(...)

Respecto del «acto administrativo impropio o interno», ha señalado lo siguiente:

*«[...] 1.2.2. Complejo impropio o interno [...] Pero hay actos administrativos complejos que carecen del primer elemento, pluralidad de órganos, los cuales **mantienen su carácter de complejo por la pluralidad de declaraciones con unidad de contenido**. Se identifican como complejos impropios o internos. Son los que están constituidos por varios pronunciamientos, dados en momentos distintos y consecutivos, pero emanados de un mismo órgano. Se puede decir que la complejidad es interna en tanto la pluralidad de actos se da en el interior de un solo órgano o entidad. (...)*

Esta misma clasificación ha sido adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 8 de agosto de 2012, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero¹⁰, al subrayar:

«[...] 6. Respecto al acto administrativo complejo, es aquel concurso de voluntades en la conformación de un acto al interior de la entidad o autoridad administrativa (complejo impropio) o cuando concurren varios órganos en la misma (complejo propio). El acto administrativo complejo parte de la fusión o integración de voluntades bien dentro de una misma entidad o por el concurso de varias entidades o autoridades que participan en la integración del mismo^{11,12}.” (Negrilla fuera de texto)

En el caso bajo análisis, se tiene que no puede hablarse de acto administrativo complejo propiamente dicho, en tanto los decretos fueron dictados por la misma autoridad, esta es, Alcalde Municipal de Tipacoque.

Ahora, cada uno de los decretos contiene una decisión distinta a saber:

⁸ Sección Primera, sentencia de 17 de agosto de 2017, radicación 05001-23-31-000-2000-03882-02 y ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2016, Séptima Edición. Páginas 178-183.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-01067-01(43968). Actor: CANDELARIA SAAVEDRA CASTRO. Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO - CONSEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA.

¹¹ Cf. BERROCAL, Luis Enrique “Manual del Acto Administrativo”, Ed. Librería Ediciones del Profesional, 5ª ed., Bogotá, 2009, pág. 165 y s.s.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de agosto de 2017, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 05001-23-31-000-2000-03882-02.

a. Decreto No. 001 de 4 de enero de 2016, expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque:

Mediante este acto, se decretó:

“ARTÍCULO PRIMERO: Corregir los Decretos 045 y 054 de 2015 (...), respectivamente en el sentido de que el empleo de Asesor de Control Interno Código 105 adscrito al Despacho del Alcalde Municipal será Grado 04, mientras que el empleo de Jefe de Oficina Asesora Código 115 adscrito a la Oficina Asesora de Control Interno será Grado 01, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente decreto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Para todos los efectos legales y fiscales, el sistema de nomenclatura, clasificación, categoría y grado de los empleos de que trata el artículo anterior, será el siguiente:
(...)

ARTÍCULO TERCERO: Corregir el Decreto 054 de 2015 (...), en el sentido de que el empleo de Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde Municipal Código 438 Grado 05 allí previsto, es de libre nombramiento y remoción y no de carrera administrativa como allí aparece, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente decreto.

(...)” (f. 75-76)

b. Decreto 002 de 4 de enero de 2016 expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque: En este se resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Incorpórese en los nuevos empleos de la Planta de Personal de la Administración Central del municipio de Tipacoque, Boyacá, a los empleados que vienen prestando sus servicios, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente decreto, así:

(...)

DENOMINACIÓN	COD.	GRADO	CEDULA	NOMBRE
(...)				
Secretaria Ejecutiva del Despacho del alcalde	438	05	30.024.000	María Excelina Cetina Sanabria
(...)				

ARTÍCULO SEGUNDO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 785 de 2005, los servidores públicos que se incorporan a la nueva Planta de Empleados de la Administración Central del municipio de Tipacoque Boyacá, a través del presente decreto, deberán tomar posesión del empleo respectivo.” (f. 79-80)

c. Decreto 032 de 15 de abril de 2016 expedido por el Alcalde de Tipacoque, resolvió:

“ARTICULO PRIMERO.- *A partir de la fecha declárese insubsistente el nombramiento hecho a la señora **MARÍA EXCELINA CETINA SANABRIA**, (...), en el empleo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 438 Grado 05, al cual fuera incorporada mediante Decreto 02 de 2016” (f. 91)*

En definitiva, no se evidencia unidad de fin y contenido entre los Decretos 001 y 002 de 2016 con el Decreto 032 de 2016, por el contrario, claramente puede distinguirse que las referidas decisiones obedecen a fines distintos, es decir, la fundamentación y el contenido de cada uno de los decretos es diverso, en la medida que pretenden crear efectos jurídicos de distinta naturaleza como la incorporación de los empleados a la planta de personal, la corrección de yerros de otro acto administrativo y la insubsistencia de la actora.

*En suma, cada una de las decisiones tienen existencia jurídica propia e independiente y, por tanto, cada una es susceptible de control **de manera separada**, por tanto, no hay lugar a predicar la existencia de un acto administrativo complejo propio o impropio.*

De lo hasta aquí expuesto, debe advertir la Sala que los motivos de inconformidad de la parte demandante están dirigidos a que se estudie la legalidad del nombramiento de la demandante, pese a que el medio de control, frente a los Decretos 01 y 02 de 2016, se encuentra caducado, conforme a la decisión de la jueza a quo.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

2.1. Del problema jurídico y los asuntos a resolver:

Delimitados los puntos relacionados con los actos administrativos acusados, procede la Sala a determinar la legalidad del Decreto No. 032 de 15 de abril de 2016, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de María Excelina Cetina Sanabria, en el empleo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 438 Grado 05, al cual fue incorporada mediante el Decreto 02 de 2016.

Dadas las circunstancias descritas en los acápite 5.1.1. y 5.1.2., la Sala no abordará los siguientes argumentos de la alzada, por estar relacionados con la legalidad de los Decretos 01 y 02 de 2016:

- La aplicación del artículo 45 del CPACA, frente a la corrección de errores formales de los actos administrativos.
- El presunto desconocimiento de los derechos de la actora, porque, a su juicio, no se surtió el proceso de convocatoria para proveer definitivamente el cargo, pues este no fue suprimido y las funciones fueron las mismas que desempeñaba la demandante, esto refiriéndose a la modificación de la naturaleza del empleo.

En ese orden de ideas, la Sala se detendrá en el análisis de los siguientes cargos:

- No existió mejora en el servicio, por el contrario, se demostró la necesidad de retirar a una persona que, a su juicio, les apremiaba desvincular.
- Es palmaria la desviación de poder, pues luego de dos meses de haber sido nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción, fue declarada insubsistente bajo el argumento de la discrecionalidad.
- La demandante gozaba de estabilidad relativa.
- Las funciones secretariales, posteriormente, fueron desempeñadas por Erick David Briñez, pese a que suscribió contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión.
- El cargo de la demandante no era de libre nombramiento y remoción, en la medida que no se trataba de un cargo directivo.

5.2. Del cargo ocupado por María Excelina Cetina Sanabria:

En este caso, se tiene probado lo siguiente:

- Por medio del Decreto No. 0010 de 6 de enero de 2012 expedido por el Alcalde Municipal de Tipacoque, se resolvió **nombrar en provisionalidad** a la demandante en el cargo de Secretaria Ejecutiva de Despacho del Alcalde, Código 438, Grado 01 (f. 21-22).
- Mediante el Decreto No. 045 de 14 de septiembre de 2015 "Por el cual se establece la Planta de Empleos de la Administración Central del Municipio de Tipacoque Boyacá, se establece el sistema de nomenclatura. Clasificación y categoría de los empleos y se dictan otras disposiciones" se decidió que las funciones propias del municipio serían cumplidas por la planta de empleos

allí relacionada, entre ellos, el de **Secretaria Ejecutiva del Despacho (Alcalde), Código 438, Grado 05** (f. 30).

- Por el Decreto No. 054 de 11 de noviembre de 2015 “Por el cual se actualiza el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos que conforman la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio de Tipacoque, Boyacá”, expedido por el Alcalde Municipal, se resolvió:

“**ARTÍCULO PRIMERO.-** Actualizar el Manual Específico de Funciones y Competencias para los empleos que conforman la planta de personal (...) establecida mediante Decreto 045 de septiembre 14 (sic) de 2015 (...):

MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES	
(...)	
I. IDENTIFICACIÓN	
NIVEL	ASISTENCIAL
DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	SECRETARIO EJECUTIVO DEL DESPACHO DEL ALCALDE
CODIGO	438
GRADO	05
NUMERO DE EMPLEOS	UNO (1)
NATURALEZA DEL EMPLEO	CARRERA ADMINISTRATIVA
DEPENDENCIA	DESPACHO ALCALDE (...)
EMPLEO DEL JEFE	ALCALDE MUNICIPAL
05INMEDIATO	
PERSONAL A CARGO	NO
(...)	

(...)” (f. 34 y 40 vto.)

- Mediante el Decreto 01 de 4 de enero de 2016 “Por el cual se corrigen unos yerros formales en los que se incurrió en los Decretos Nos. 045 y 054 de 2016” se resolvió que el empleo de Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde Municipal Código 438 Grado 05, correspondía a libre nombramiento y remoción y no de carrera administrativa (f. 75-76).
- Mediante el Decreto No. 002 de 4 de enero de 2016, la demandante fue incorporada a la planta de personal de la Alcaldía de Tipacoque, al cargo de Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde Municipal Código 438 Grado 05 (f. 77-78).
- El 16 de febrero de 2016, mediante Acta de Posesión No. 014 suscrita por la aquí demandante y la Secretaria General – Gestión de Talento

Humano, la actora tomó posesión del cargo en los siguientes términos (f. 83):

*“En el Despacho de la Secretaría General del Municipio de Tipacoque y, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Municipal No. 045 de 14 de septiembre de 2015 y Decreto Municipal 002 de 04 de enero de 2016, se presentó la señora **MARÍA EXCELINA CETINA SANABRIA** (...), con el fin de tomar posesión del cargo denominado **Secretaria Ejecutiva del Despacho del Alcalde, Código 438, Grado 05**, al cual fue incorporada mediante los actos administrativos citados, (...)”*

Así las cosas, dada la corrección efectuada en el Decreto 001 de 2016, el cargo de la demandante correspondía a **libre nombramiento y remoción**, por tanto, bajo este parámetro, fue incorporada a la planta de personal.

Sobre el argumento relacionado con la naturaleza del empleo ocupado por la actora – de carrera y no de libre nombramiento y remoción- , en tanto no pertenecía al nivel directivo, debe precisar la Sala que el Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005¹³, establece que, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: nivel directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial, entendido este último como aquel en el que las funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales.

En efecto, el artículo 20 de la norma citada, indica que el nivel asistencial está integrado por la nomenclatura y clasificación de los empleos del nivel asistencial, dentro del cual, se encuentra el cargo de **Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde, Código 438** (artículo 20).

Y el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, fijó la clasificación de los empleos en la administración pública así:

“Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los

¹³ “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”

siguientes criterios:

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, **asistenciales** o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

Gobernador, **Alcalde** Mayor, Distrital, Municipal y Local” (Resaltado fuera de texto)

En el caso sub examine, del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales establecidas en el Decreto 054 de 2015 se extrae que el empleo Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde, del nivel asistencial y adscrito al Despacho del Alcalde Municipal, tenía, entre otras, la función de **mantener discreción y reserva sobre los asuntos confidenciales tramitados en el Despacho y de aquellos que conozca en razón de sus funciones**, así como proyectar para la firma del alcalde todos los actos administrativos, oficios, certificaciones, informes, circulares, memorandos, suministros y demás documentos relacionados con las actividades propias del Despacho del Alcalde (f. 40 vto. – 41).

En consecuencia, el cargo que ejercía la demandante era de libre nombramiento y remoción, máxime porque estaba al servicio directo e inmediato del Alcalde Municipal de Tipacoque como lo establece el literal b), numeral 2º del artículo 5º de la Ley 909 de 2004. En consecuencia, la insubsistencia fue realizada en virtud de este nombramiento, lo cual permitía el ejercicio de la facultad discrecional de insubsistencia que, por supuesto, tiene inmerso como finalidad el mejoramiento del servicio, pero, igualmente la presunción de legalidad que corresponde al demandante desvirtuar.

5.3. De la desviación de poder:

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece:

“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;**

(...)” (Negrilla fuera de texto)

El retiro del servicio conlleva la cesación definitiva del ejercicio de las funciones públicas; éste, en los casos de los cargos de libre nombramiento y remoción se refleja en un acto de insubsistencia de carácter discrecional que se encuentra regulado en el artículo 44 del CPACA:

“Artículo 44. Decisiones discrecionales. 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.”

Ha precisado la jurisprudencia que 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. Éste, equivale a la satisfacción del interés general y, a partir de la observación de los elementos fácticos, se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad¹⁴. Este poder, se ve reflejado en la confianza que abarca el cargo de libre nombramiento y remoción, en tanto permite al nominador disponer libremente tanto de su provisión como de su retiro.

La Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 6 de abril de 2017, en el proceso con radicación número 27001-23-31-000-2011-00088-01, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, explicó sobre la desviación de poder en los siguientes términos:

“La jurisprudencia y la doctrina¹⁵ clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

*Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, éstos se consideran ajustados a derecho **mientras no se demuestre lo contrario**, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

*Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener **las pruebas necesarias***

¹⁴ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁵ Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “Le grands arrêts de la jurisprudence administrative” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35.

“que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”¹⁶

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

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. 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.” Resaltado fuera de texto.

Entonces, la desviación de poder se constituye como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo y, por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse¹⁷.

En el mismo sentido ha advertido el Consejo de Estado¹⁸ que una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la administración, lo que, a su turno, implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, “en el sentido de que **debe aparecer acreditado fehacientemente** que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar”¹⁹.

Ahora bien, la demandante insiste que es palmaria la desviación de poder si se atiende al término dentro del cual se cambió la denominación del empleo pues, luego de dos meses de haber sido nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción, fue declarada insubsistente bajo el argumento de la discrecionalidad.

¹⁶ Sentencia de 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación 25000-23-42-000-2012-01092-01(2637-14) C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁹ Ibidem.

A juicio de esta Sala, haberse declarado la insubsistencia luego de dos meses de haber sido nombrada no implica per se la desviación de poder pues, el cargo de Secretaria Ejecutiva adscrita al Despacho del Alcalde envuelve un grado de confianza del cual el nominador podía disponer discrecionalmente; precisamente, esta característica es lo que le permite disponer libremente de su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, en la medida que se supone que la escogencia de quien va a ocupar el cargo radica en motivos estrictamente personales o de confianza.

En ese orden, entendiendo que las manifestaciones de desviación de poder admiten, por lo menos, su clasificación²⁰ en **i) el acto ajeno a cualquier interés público (venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del funcionario) y ii) el acto expedido en desarrollo de un interés público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra, le corresponde únicamente a la parte actora, conforme lo establece el artículo 167 del CGP, **probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho**, sin embargo, el plenario es huérfano de pruebas que acrediten cualquiera de las situaciones antes descritas.**

Como se explicó, la apreciación de los medios de prueba que sean allegados al expediente deben permitir al juez un nivel de convicción tal sobre la multiplicidad de factores que estructuran la desviación de poder, que le permita desvirtuar la legalidad del acto administrativo de insubsistencia, en tanto que aparezca una divergencia entre lo formalmente declarado en él y la voluntad real de la administración, pues **la sola alegación no es suficiente para destruir la validez de la libertad de juicio inherente a la potestad discrecional que la ley le otorga al nominador en estos casos.**

En este punto, es necesario resaltar que el material probatorio que allegó la actora se limita a los actos administrativos por los cuales se modificó la planta de personal de la Alcaldía de Tipacoque y los de nombramiento e insubsistencia, empero, nada prueba sobre sus argumentos de móviles políticos que, a su juicio, dieron origen a su retiro.

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia

²⁰ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011. Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09).

de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento. Así entonces, si la actora consideraba tales supuestos configuraban **la desviación de poder**, tenía la carga de allegar los elementos probatorios necesarios, **sin estarse únicamente a su parecer**.

De otra parte, es indispensable que se pruebe la relación de causalidad entre los hechos indicativos de la alegada desviación de poder y el acto de insubsistencia.

En este caso, la parte demandante se limitó a afirmar que el cambio de naturaleza del cargo fue ilegal y que ocurrió como una maniobra del Alcalde para retirar del servicio a la aquí actora.

Sobre el primer aspecto, ya se ha dejado dicho que no es posible examinar la legalidad de las decisiones que se determinaron en el manual de funciones; sin embargo, también se ha precisado que el empleo ocupado por la actora, conforme a la ley, era de libre nombramiento y remoción. Entonces, si tal clasificación se ajustaba a la norma, mal podría contribuir a considerar la ilegalidad del acto demandado.

Ahora, el indicio exige un hecho indicador y un hecho indicado; tiene, además, el carácter de necesario o contingente, en el primer caso, el hecho indicador es prueba suficiente del hecho indicado, pero, en el segundo caso, el hecho indicador debe acompañarse de otras pruebas que lo estructuren como tal.

Para el caso que se examina, el hecho indicador de la desviación se estructura, según el demandante, a partir de la clasificación del empleo como de libre nombramiento y remoción y la posesión en el empleo y, el hecho indicado, el retiro pocos meses después.

El indicio invocado es contingente, no necesario. En efecto, la clasificación del empleo no implica **necesariamente** el interés en retirar a quien sea nombrado en el mismo. En estas condiciones, aunque sean ciertos los dos hechos, ello nada prueba sobre la desviación de poder, o la intención premeditada que se endilga, la conexidad no es necesaria y, por el contrario, el acto de retiro tiene inmersa la presunción de legalidad, que era necesario desvirtuar conforme al argumento de la demanda que se contrajo a señalar que el fin de la desvinculación fue satisfacer **intereses político partidistas**.

En ese contexto, la Sala considera que las pruebas allegadas no son suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado con la prueba de

la causal de nulidad alegada, es decir, la desviación o abuso de poder por razones políticas o intereses personales del alcalde municipal.

5.4. De los requisitos para el desempeño del empleo y el desmejoramiento del servicio:

En este caso sostuvo la demandante que se presentó desmejoramiento del servicio, en razón a que, posteriormente, las funciones fueron desempeñadas por Erick David Briñez pese a que suscribió contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión.

Al respecto, basta advertir que el Contrato de Prestación de Servicios y de Apoyo a la Gestión No. CPS 022 fue suscrito por el señor Erick Briñez el **12 de febrero de 2016** y el acto por el cual se declaró insubsistente a la demandante fue expedido el **15 de abril de 2016** (f. 91), es decir, aproximadamente dos meses después.

En segundo lugar, según la Certificación expedida por la Secretaria General del Municipio de Tipacoque el **4 de mayo de 2017**, para esa fecha, el empleo de Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde, Código 438, Nivel Asistencial, **no había sido provisto por el Alcalde Municipal y, por tanto, se encontraba vacante** (f. 342).

De acuerdo con lo anterior, no puede afirmarse, como lo considera la actora, que el señor Erick Briñez reemplazó a la demandante, en tanto al momento de su retiro ya había suscrito el contrato de prestación de servicios y no existió acto de nombramiento y posesión que le diera la calidad de Secretario Ejecutivo del Despacho del Alcalde.

Adicionalmente, la falta de provisión inmediata del cargo, tampoco implica por sí sola desviación de poder por desmejoramiento del servicio. En efecto, nada impone que al retiro de un empleado deba proveerse de forma inmediata el empleo vacante, ello iría incluso contra el mejor servicio pues corresponde al nominador evaluar a la persona que, además de los requisitos objetivos, considere competente para el desempeño del cargo, cuando tal provisión es discrecional, como en este caso.

Entonces, cuando en casos como el presente, se constata que la vacante no fue provista de forma inmediata, antes que constituir un indicio favorable a la pretensión de nulidad, lo que permite inferir es que no existía, para abordar el

argumento de la actora, el interés en vincular, por razones de orden político, a otra persona.

La prueba en este caso, exigía demostrar que los servicios prestados por el Despacho del alcalde, luego del retiro de la accionante, fueron cumplidos con un reemplazo que, por ejemplo, no cumplía las exigencias mínimas del manual de funciones, margen que, conforme a la ley, presume la garantía de prestación eficiente del servicio; o, por lo menos, que ante la falta de provisión del empleo y luego de su desvinculación el mismo se paralizó o se traumatizó la función a cargo. Pero el proceso, como ya se explicó, es huérfano de prueba en esta materia.

Ahora bien, el contrato suscrito por Erick David Briñez con el Municipio de Tipacoque tenía por objeto “la Prestación de servicios de apoyo a la gestión en actividades de carácter asistencial al Despacho del Alcalde Municipal...” (f. 286-287). A su vez, sus funciones, comparadas con las de la señora María Excelina Cetina, fueron las siguientes:

MARÍA EXCELINA CETINA SANABRIA (f. 40 vto. – 41 vto.)	ERICK DAVID BRIÑEZ CETINA (f. 287)
<ul style="list-style-type: none">• Realizar todas las actividades inherentes a la recepción, despacho, trámite, seguimiento, monitoreo y archivo de la correspondencia competencia del Despacho del Alcalde.• Atender personal o telefónicamente al cliente externo e interno del Despacho del Alcalde, brindando la información pertinente así como absolviendo las consultas que no requieran ser llevadas a otras instancias de la administración municipal.• Llevar y comunicar diariamente al Alcalde la agenda a desarrollar y concertar citas y audiencias de conformidad con las instrucciones que reciba, además de informarle y recordarle oportunamente sobre llamadas, reuniones, compromisos o viajes que deba atender, procurándole tiempo y oportunidad a la información y documentación necesaria.• Mantener discreción y reserva sobre los asuntos confidenciales tramitados en el despacho y aquellos que conozca en razón de sus funciones.• Mantener organizado y actualizado el archivo de gestión inherente a todas las actuaciones relacionadas con el	<ul style="list-style-type: none">• Ejecutar a cabalidad el objeto del contrato, las actividades previstas para su desarrollo y cumplir con las obligaciones derivadas del mismo.• Entregar los informes acerca del apoyo y acompañamiento realizado, indicando las acciones adelantadas en el marco al cumplimiento contractual, en los formatos exigidos por el supervisor.• Ejecutar las obligaciones derivadas del objeto del contrato de acuerdo a lo establecido en los estudios precios y la propuesta presentada por el contratista.• Mantener la reserva profesional sobre la información que le sea suministrada para el desarrollo del objeto del contrato; confidencialidad que continuará aun terminado y liquidado el contrato.• Obrar con lealtad, buena fe, diligencia y el cuidado necesarios en el desarrollo del contrato y en los asuntos que le asigne el supervisor, evitando dilaciones innecesarias.• Las demás inherentes al cumplimiento del objeto contratado y que sean determinadas por el supervisor.• Servir de vínculo entre el alcalde y los secretarios de la administración

<p><i>despacho, disponiendo su traslado al archivo central e histórico y fuera el caso.</i></p> <ul style="list-style-type: none">• <i>Proyectar para la firma del Alcalde todos los actos administrativos, oficios, certificaciones, informes, circulares, memorandos, suministros y demás documentos relacionados con las actividades propias del despacho del Alcalde, disponiendo su registro debidamente ordenado y actualizado e informando al superior cualquier novedad sobre el particular.</i>• <i>Informar al superior inmediato, en forma oportuna, sobre las inconsistencias o anomalías relacionadas con los asuntos, actividades o documentos encomendados.</i>• <i>Actuar como secretaria en juntas, comités y reuniones que se le requiera.</i>• <i>Velar por la correcta organización de la dependencia, el efectivo y oportuno cumplimiento de las funciones a cargo, y/o disponiendo en tiempo real según el caso, los ajustes o modificaciones que considere necesarios e inherentes a la misión de la misma.</i>• <i>Las demás que se le asignen y que correspondan a la naturaleza del empleo y al área de desempeño.</i>	<p><i>municipal en asuntos administrativos y logísticos esenciales para la entidad.</i></p> <ul style="list-style-type: none">• <i>Brindar buen trato y comunicación con la comunidad en general.</i>• <i>Las demás que determine el funcionario directivo encargado, ya que se constituye en un servicio.</i>
--	---

De la prueba relacionada, el objeto del contrato bien podía coincidir con algunas de las funciones correspondientes al empleo que ocupaba la demandante, lo cual puede resultar necesario cuando no es posible cumplirlas con el personal de planta, al punto que, como se dijo el contrato con el señor Briñez Cetina fue suscrito desde antes del momento en que se produjo el retiro de la demandante, es decir, se cumplieron las funciones del cargo y el objeto del contrato concomitantemente, desde el mes de febrero hasta el mes de abril, sin que la actora haya probado que tal simultaneidad implicó el interés o el despojo de sus labores.

Tampoco existe en el plenario prueba que acredite que las funciones que desempeñaba la demandante fueron asumidas por el señor Erick Briñez; como se dijo, el contrato de prestación de servicios contenía funciones de carácter asistencial pero **no eran las mismas que ejercía la actora**; si la demandante consideraba que la circunstancia era otra, debió allegar el material probatorio pertinente y útil como, verbigracia, los informes mensuales que debía presentar el contratista sobre el apoyo y acompañamiento realizado, en los cuales pudiera

evaluarse la alegada igualdad de las funciones, que no se deriva de forma precisa en la tabla antes reseñada.

En suma, no puede afirmarse que se desmejoró el servicio, primero, porque el señor Briñez Cetina **no fue nombrado en reemplazo de la demandante** y segundo, porque dada la naturaleza del cargo, el Alcalde podía disponer el retiro cuya presunción de legalidad por necesidades del servicio, no fue desvirtuada.

Finalmente, el que la actora desempeñara las funciones como secretaria del Despacho del alcalde con diligencia y cumplimiento, tampoco desvirtúa las razones del servicio, ni es prueba de la existencia de móviles ocultos por parte del nominador²¹. El buen desempeño en el servicio no enerva la facultad discrecional con que cuenta el nominador **ni genera fuero de estabilidad⁵** al empleado, dado que tal comportamiento es el que cabe esperar de todo servidor público, sin perder de vista que en la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción está inmersa la discrecionalidad en la medida sin, por supuesto, admitir la arbitrariedad o fines ajenos al servicio pero, se insiste, es quien demanda el responsable de probar estos elementos.

Entonces el cumplimiento de las funciones y el tiempo en el empleo como Secretaria Ejecutiva adscrita al Despacho del Alcalde **no le otorgaba inamovilidad, no le otorgaba fuero. Menos aun cuando su nombramiento inicial fue en provisionalidad**, es decir, nunca superó un concurso de méritos.

²¹ La Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre las condiciones excepcionales del empleado²¹, ha reiterado lo siguiente:

“El Consejo de Estado ha sostenido en reiterados pronunciamientos²¹ que el buen desempeño de un empleo es lo que cabe esperar del funcionario y, por lo tanto, ello no genera fuero de estabilidad, amén de que toda una vida profesional correcta puede resultar cuestionada por una irregularidad posterior.”²¹

La circunstancia aducida por la apelante no enerva la facultad discrecional del nominador ya que la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor comporta un deber para el ejercicio del cargo y no, en principio, un fuero o condición excepcional del servidor. En consecuencia, sólo las condiciones excepcionales de un empleado, su vasta experiencia, su excelente hoja de vida y, en general, la existencia de elementos ajenos a la simple prestación eficiente del servicio, pueden generarle estabilidad en el empleo...” (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia de Veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10), Actor: MARÍA EUGENIA BRÍÑEZ NIÑO.)

⁵ “...en lo que respecta al buen desempeño del actor, durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador, fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examine, la que se presume ejercida en aras del buen servicio.”. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 31 de julio de 1997, radicado 16128, actor Manuel Salamanca.

Por las razones expuestas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

6. Costas:

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia".

²² "ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

El criterio expuesto fue reiterado recientemente por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 12 de abril de 2018, proferida en el proceso con radicación 05001-23-33-000-2012-00439-02(0178-17) y ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, en la cual consideró:

"Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público. Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad." (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, conforme al artículo 361 del CGP, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho.

Comoquiera que el recurso de alzada fue resuelto desfavorablemente, la parte demandante pagará las costas y agencias en derecho de esta instancia, las cuales serán tasadas por la primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. Confirmar** la sentencia proferida el 27 de febrero de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama que negó las pretensiones de la demanda presentada por María Excelina Cetina Sanabria contra el Municipio de Tipacoque, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- 2. Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, líquídense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.**

3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Excelina Cetina Sanabria
Demandado: Municipio de Tipacoque
Expediente: 15238-33-33-002-2016-00246-01