REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO
DE YOPAL - SISTEMA ORAL

Yopal, veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Ref.: NRD. Fallo. Insubsistencia empleado en cargo de libre nombramiento y remoción, naturaleza del cargo, estabilidad laboral, inexistencia - Desviación de poder, ausencia de prueba Sentencia Desestimatoria

Demandante:	**OSCAR PÉREZ GONZÁLEZ**
Demandado:	**INSTITUTO PARA LA RECREACIÓN, EL DEPORTE, LA EDUCACIÓN EXTRA ESCOLAR Y EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE - INDERCAS**
Radicación:	**850013333002-2016-00225-00**
Juez:	**GLADYS GARCÍA BARRAY**

Procede el Juzgado Administra de Descongestión del Circuito de Yopal, a proferir sentencia que ponga fin a la instancia en el asunto de la referencia, habiendo sido agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, haciendo el examen de que los presupuestos procesales normativos estén satisfechos.

1. ANTECEDENTES

1.1. OBJETO DE LA DEMANDA: Se debate si la Resolución 010 del 20 de enero de 2016 expedida por el **INSTITUTO PARA LA RECREACIÓN, EL DEPORTE, LA EDUCACIÓN EXTRA ESCOLAR Y EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE** (de ahora en adelante **INDERCAS)** se encuentra viciada de nulidad y se ordene su consecuente restablecimiento del derecho.

1.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA: En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **OSCAR PÉREZ GONZÁLEZ**, por conducto de apoderado judicial (f. 44), solicita:

(i) Que se declare la nulidad del acto administrativo Resolución 010 del 20 de enero de 2016, por medio de la cual se declaró insubsistente al señor Oscar Pérez González del cargo de Técnico de Recursos Físicos Administrativo, código 401, grado 06, del INDERCAS.
(ii) Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada: a reintegrar al actor al cargo que ocupaba o a otro de mejor categoría, sin solución de continuidad; a reconocer y pagar todos los derechos laborales dejados de devengar tales como salarios junto con los incrementos legales durante el tiempo de la desvinculación, primas, bonificaciones, cesantías, vacaciones, intereses a las cesantías y demás emolumentos de la

asignación salarial correspondiente al cargo de Técnico de Recursos Físicos Administrativo, código 401, grado 06, que venía desempeñando en el INDERCAS, (cargo éste que venía desempeñando al momento de al momento de la declaratoria de Insubsistencia), hasta que se haga efectivo el correspondiente reintegro.
(iii) Que la liquidación de las anteriores condenas sea liquidada con sus respectivos intereses corrientes, moratorios e indexados y reajustes teniendo en cuenta como base el índice de precios al consumidor en concordancia con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.
(iv) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 192 CPACA.

1.3. HECHOS DE LA DEMANDA: el demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

i. Que fue nombrado mediante Resolución Administrativa No. 051 del 15 de marzo de 2004, en el cargo de Técnico de Recursos Físicos Administrativo, código 401, grado 06 del INDERCAS sin que especificara el tipo de vinculación que se le efectuaba "*luego ha de entenderse que por los años de permanencia en el cargo se encontraba vinculado en provisionalidad*" y del cual tomó posesión según acta de la misma fecha.

ii. Que con Resolución Administrativa No. 026 del 24 de enero de 2014, se modificó la clasificación y nomenclatura del cargo al de Técnico Administrativo código 367 Grado 10, de la Dirección Administrativa y Financiera.

iii. Que desde su nombramiento hasta la fecha que fue desvinculado del cargo conservo buen comportamiento, cumplió a cabalidad con los deberes, jamás fue objeto de llamado de atención o memorando en su hoja de vida, luego la prestación de servicios fue de excelente calidad, con alto compromiso institucional.

iv. Que iniciando un periodo gubernativo fue nombrado como gerente del INDERCAS, el señor Edgar Santiago Marín Gómez, quien, en actos de importunación política, decidió solicitarle verbalmente al demandante, la renuncia al cargo que venía desempeñando con la salvedad de que si no renunciaba al cargo lo declaraba insubsistente.

v. Que el accionante no accedió esa exigencia en atención a que requería de los servicios de salud que su empleo le proporcionaba, por ser paciente crónico que sufre de diabetes tipo dos, enfermedad que consecuente con ocasión al trabajo que venía desempeñando en el Instituto, generó perdida visual del noventa por ciento (90%) de su ojo izquierdo, el que con el paso del tiempo ha menguado su visión considerablemente.

vi. Que el actor, al sentirse presionado por su nuevo jefe quien le exigía renunciar al cargo, le radicó oficio el 18 de enero de 2016, explicándole sus problemas de salud y las razones por la que no accedía abandonar el cargo, entre otras por considerar que su salida era injusta y arbitraria.
vii. El día 20 de enero de 2016, mediante resolución No. 010 el Gerente de INDERCAS los declaro insubsistente del cargo.

1.4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Se invocan como tales:

Constitucionales: los artículos 2, 6, 25, 29.
Legales: artículo artículos 3 y 44 de la ley 1437 de 2011;

Reglamentarias: Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de la Protección Social. Jurisprudenciales: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. dieciocho (18) de mayo de dos mil seis (2006). Radicado número: 25000-23-25-000-2001-00140-01(4319-04).

Se indica que el acto de nombramiento es un acto administrativo en provisionalidad, por cuanto los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera y estos cargos hasta tanto se surta el concurso se suplen con provisionalidad; con excepción de los de libre nombramiento y remoción, y "que para el caso bajo examen el nominador al efectuar el nombramiento no determinó la nominación del cargo, luego ha de entenderse que el nombramiento mediante este acto administrativo no goza de la certeza jurídica de que sea un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aduce que existe en el nominador un abuso de poder por cuanto el acto que lo declara la insubsistencia del cargo fue arbitrario al no dar a conocer el régimen legal en el cual fundaba su decisión el gerente de INDERCAS, para dar por terminada la relación laboral, sin ninguna clase de justificación, ni motivación, y que el ente administrativo tenía que someterse a un mínimo de los procedimientos determinados en la ley; y como culminación de ellos, expedir el acto debidamente motivado.

Sostiene que la resolución atacada es arbitraria en el entendido que invoca facultades legales, sin indicar cuál es la ley que ampara su actuación, tan solo se ciñe a dos normas internas de la entidad que en nada tienen que ver con esta facultad discrecional y al tratarse de un supuesto acto discrecional sin procedencia de recursos en vía gubernativa, necesariamente se requiere el control de legalidad.

Afirma que la declaratoria de insubsistencia en un acto de desviación de poder ya que la actuación del Gerente de INDERCAS, jamás estuvo precedida por el buen servicio, pues en menos de veinte días que llevaba en el cargo de gerente, impuso su poder arbitrario como se lo manifestó al mismo funcionario donde le dijo que se iría a las buenas o a las malas, cumpliendo su cometido sin respetar el ordenamiento jurídico y sin consultar sobre el desempeño y labor que realizaba el actor para el Instituto.

Alega que el buen servicio no se vio afectado positivamente con la persona que llego a reemplazarlo en el cargo, pues a la funcionaría que lo reemplazo, fue capacitada por el funcionario saliente, con lo que queda demostrado que la facultad discrecional fue ejercida ilegalmente a los hechos que le sirvieron de causa, con lo que queda demostrado una vez más la desviación de poder del nominador.

2. RESUMEN DE ACTUACIÓN PROCESAL

Fecha	Actuación	Folio
29-06-2016	Se radica la demanda	12
10-08-2016	Ingreso por reparto al despacho del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal.	47
20-10-2016	Auto admite demanda	48 y vto
21-10-2016	Notificación demanda, anexos y auto Admisorio.	49, 50, 54,55
21-11-2016	Contestación demanda INDERCAS	66-84
30-05-2017	Traslado excepciones	719
30-10-2017	Auto tiene por contestada demanda y fija fecha para audiencia inicial	721 y vto

21-03-2018	Audiencia inicial, saneamiento del proceso, resolución excepción caducidad, conciliación fracasada, fijación del litigio, decreto pruebas	729-735
15-06-2018	Audiencia de Pruebas y auto traslado para alegatos	742-743
29-06-2018	Alegatos Entidad demandada	760-743
29-06-2018	Alegatos demandante	764-771
	Alegatos Ministerio Público	No hay
10-07-2018	Ingresa para fallo	772
09-08-2019	Se remite el proceso del Juzgado Segundo Administrativo de Yopal al Juzgado de Descongestión Administrativo de Descongestión.	780
12-08.-2019	Auto, se avoca conocimiento por el Juzgado Administrativo de Descongestión de Yopal.	781y vto
16-12-2019	Devolución expediente sin fallo Juzgado de Descongestión Administrativo de Yopal.	782
17-02-2020	Se remite el proceso del Juzgado Primer Administrativo de Yopal a descongestión.	785
20-02-2020	Auto, se avoca conocimiento por el Juzgado Administrativo de Descongestión de Yopal.	786 y vto
20-11-2020	Sentencia	787 y ss

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La entidad demandada por conducto de apoderada dio contestación a la demanda, tal y como se verifica en el expediente de este medio de control. (fs. 236-243). En cuanto a los hechos de la demanda manifestó: que 1, 3 y 4 son ciertos; 2 y 7 no es un hecho, 5 no le consta; 6 y 9 son parcialmente cierto

Se opone a las pretensiones de la demanda, aduciendo falta de sustento jurídico, que el acto administrativo demandado no contiene ilegalidad alguna, ni tampoco se observa abuso de poder y que el nominador actuó con la facultad discrecional y plena que tiene de nombrar y remover libremente sus empleados que no sean de carrera administrativa.

Que no se aportan pruebas de los supuestos tácticos que configuren la desviación de poder aludida frente al acto administrativo demandado; que al actor no hizo la entrega formal de unas graderías en aluminio de propiedad del instituto por lo cual se formuló en contra del actor denuncia penal por abuso de confianza, o la conducta que se tipifique para tal efecto, al igual que se inició investigación disciplinaria por la omisión al deber de custodia, seguimiento, y utilización indebido de los elementos en mención.

Refiere que el cargo existente en INDERCAS de técnico administrativo con funciones de almacenista con código 401 grado 06 es de libre nombramiento y remoción, por tal motivo y de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 5 de la Ley 443 de 1998, éste empleo no se enmarca dentro de los de carrera administrativa, lo que quiere decir, que la cesación definitiva de sus funciones se puede producir por la declaración de insubsistencia del nombramiento y sin la necesidad de motivar el acto, pues así se encuentra estipulado en el artículo 25 de la Ley 2400 de 1968

Que el cargo que ostentó el demandante es de aquellos que llevan intrínseco el elemento "confianza" entre la entidad y el titular que lo ejerza, dado que este lideraba un proceso importante para el instituto como es el de : " *administrar y manejar directamente los bienes y recursos físicos a cargo del instituto, constatar que los activos de la entidad y los bienes de terceros a su cargo estén debidamente custodiados y presenten la salvaguarda necesaria así, como la de responder por el*

adecuado manejo almacenamiento y conservación de los elementos depositados bajo su custodia y administración"

Estima que el acto Administrativo que declaro la insubsistencia del accionante no es un acto irregular como para que se declare nulo, pues la nómina se encuentra previamente definida por la junta directiva del instituto quien es el máximo órgano de esta entidad y es quien tiene determinada su planta de personal, es así que nos muestra que el demandante laboró en un cargo de libre nombramiento y remoción. Luego no se configura ninguna causal de nulidad, por lo que dicha demanda no debe prosperar pues está claro que el demandante no perteneció a uno de los empleos de carrera, luego bajo esa premisa se pudo declarar insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar el acto administrativo.

Considera que la desviación de poder argumentada por el demandante deberá desestimarse por encontrarse que el acto de insubsistencia, obedece al ejercicio legítimo del poder discrecional del nominador inherente al régimen de los cargos de libre nombramiento y remoción. Que si se revisa la hoja de vida, del demandante se encuentran pruebas que desdicen de la probidad que debe tener un servidor público, con lo que se presume que el demandante no se caracterizó por el cumplimiento a cabalidad del deber funcional tal como lo ordena la ley, todo lo cual muestra que no se trataba precisamente de un empleado modelo sino de alguien que debía ser removido para garantizar la eficacia del servicio confiado a su cargo

Formuló como excepciones: **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:** Fundamenta ésta en que el acto administrativo número 010 del 20 de enero 2016, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Óscar Pérez González y el acto de notificación del mismo, es de esa misma fecha (20-01-2016), luego ya han trascurrido más del término señalado para impetrar la presente acción de conformidad con lo señalado por la ley 1437 de 2011, en ese sentido sin mayor elucubración se puede corroborar que en la presente acción opera el fenómeno de la caducidad, por hacer sido presentada por fuera del término legal para tal efecto.

2.2. AUDIENCIA INICIAL: Se celebró el día 21 de marzo 2018, en ella se saneó el proceso, se resolvió la excepción de caducidad, tomándola como previa., la cual, luego del análisis del caso se declaró como no probada; igualmente en la audiencia se tuvo como fracasada la etapa de conciliación, se fijó el litigio, y se decretaron como pruebas las aportadas y solicitadas por las partes.

2.3. AUDIENCIA DE PRUEBAS: En virtud del artículo 181 del CPACA., se llevó a cabo el día 15 de junio de 2018 en ella se declaró la prueba documental recaudada como documentos material y jurídicamente incorporados al proceso luego de habérsele corrido en traslado a las partes, sin objetarla; el ministerio público no compareció.

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

2.4.1. Parte demandante: El apoderado de la parte demandada dentro del término legal presenta sus alegaciones, reiterando los fundamentos de su demanda y estima que la resolución 010 de enero de 2016, que declaró por parte del Instituto INDERCAS, la Insubsistencia del nombramiento de Oscar Pérez, después de más de 12 años de labores en la Entidad, cuyo cargo de técnico administrativo código 367, Grado 10, Es considerado por "INDERCAS" como de libre nombramiento y remoción, no obstante que dentro de las normas internas que rigieron la relación

con el servidor público; a saber la resolución 238 de 2.006 manual de funciones, modificado por la resolución 028 de febrero de 2015, ni en la resolución 026 del 24 de enero de 2.014 que modifico la categorización del cargo, pasándolo de grado 06 a grado 10, se especifica dentro del ítem de "*identificación del empleo*", la naturaleza del mismo, es decir si es de Carrera, temporalidad o de libre nombramiento y remoción.

Que la denuncia, presentada por "INDERCAS", a través de su Representante Legal, meses después del retiro del servicio del funcionario, no podría servir de sustento a la demandada; para justificar el acto arbitrario y el abuso del poder discrecional, en el que se produce la destitución del funcionario. Que no se encuentra en la hoja de vida en cuanto a las razones que desvirtúan la arbitrariedad del acto demandado y que se reclaman en esta acción, ninguna prueba que motivara la declaratoria de insubsistencia del demandante.

Concluye señalando: (i) *No está reglamentado en el manual de funciones de "INDERCAS", la designación específica del cargo técnico administrativo código 367, Grado 10, como de libre nombramiento y remoción, como lo exigen la Constitución y la Ley.* (ii) El acto Administrativo inmotivado, debe tener sustento en la mejora del servicio público, y para ello por lo menos debe documentarse en la hoja de vida del funcionario, cuáles fueron los actos del vinculado con la administración, que justifican o sustentan decisión de tal envergadura. (iii) La Declaratoria de insubsistencia de Oscar Pérez González efectuada mediante la Resolución No. 010 del 20 de enero de 2016, quince (15) días después del nombramiento de Edgar Santiago Marín Gómez, como Gerente de Indercas en el nuevo periodo gubernativo para administraciones locales, obedece a una desviación de poder y móviles políticos del funcionario director, que sin causa justificada y sin mejora del servicio público decidió destituir al funcionario; razón por la cual en el transcurso del proceso se solicitó como prueba la hoja de vida de la señora Lorena Martínez quien ocupó el cargo que venía desempeñando Oscar Pérez González, donde se evidencia que académicamente y laboralmente tiene menos experiencia que el funcionario destituido. (iv) Cuando se presentan situaciones en las cuales, el funcionario público se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, como en el caso concreto, por padecer una discapacidad física, (perdida visual y Diabetes Mellitus), entendida en el amplio sentido, dado por las Naciones Unidas y la Corte Constitucional, el Ente estatal debe motivar el acto por medio del cual, se produce la desvinculación del servidor público. (v) "INDERCAS", no está exento de cumplir la normatividad nacional vigente; en cuanto a los procedimientos de Salud ocupacional, con sus funcionarios. A Oscar Pérez González no se le practicaron ni los exámenes médicos pos incapacidad, que en el desarrollo del cargo son abundantes; según lo consignado en los documentos que hacen parte de la hoja de vida, ni mucho menos su examen médico de egreso.

2.4.2. Parte demandada: La apoderada del INDERCAS, dentro de la oportunidad legal presentó sus alegaciones, solicitando se nieguen las pretensiones y manifestando que el nombramiento del demandante, por la misma naturaleza del empleo y sus funciones desempeñadas o para las que fue nombrado con funciones de almacenista, no pudo, no puede, ni podrá en cumplimiento de la ley ser de carrera administrativa (ni en provisionalidad, ni en propiedad), por lo tanto el demandante no podría legislar y querer confundir a la administración de justicia, por el hecho de no haber determinado la nominación del cargo "luego ha de entenderse que el nombramiento mediante este acto administrativo no goza de la certeza jurídica de que sea un cargo de libre nombramiento y remoción".

Agrega que el empleo que ostentaba el demandante por su naturaleza misma era de libre nombramiento y remisión, que al momento del retiro del señor Pérez, se

encontraba vigente el Decreto 1083 de 26 de maye de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función pública" y por la naturaleza del mismo es de libre nombramiento y remisión, al ser una excepción de la carrera administrativa; tal .como se ha señalado, finalmente se determina que no requería motivar su retiro.

Reitera que es falso que las funciones de almacenista ejecutadas por el demandado hayan correspondido a un cargo en provisionalidad, ya que dicho empleo implica el manejo directo de bienes del Instituto por lo que la entidad tiene previsto este cargo como de libre nombramiento y remoción dada la condición de manejo y especial confianza que conlleva manejar los bienes de la entidad y controlar su manejo, así como custodiar y controlar su uso en esta entidad y demás funciones establecidas para el cargo de técnico de Recursos físico código 401, y contenidas en la Resolución 238 de 28 de diciembre de 2006, Resolución 078 de 05 de mayo de 2014 y Resolución No 423 de 05 de diciembre de 2003, de que trata la parte considerativa ce la Resolución 078 de 05 de mayo de 2014.

2.4.3. Alegatos del Ministerio Público: No se presentaron.

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS: Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Juzgado Administrativo de Descongestión de Yopal a decidir el caso sub examine.

3.1 COMPETENCIA Y OTROS ASPECTOS PROCESALES: Constatado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la CN, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal y al efecto declarar que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado. De igual manera, al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (artículo 155 numeral 6° del CPACA), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, procede a resolver los extremos de la litis planteada, en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem.

3.2 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA:

3.2.1 Por activa: Se halla documentada la legitimación en la causa de la parte demandante, quien actúa a través de apoderado judicial, mediante la presentación de las pruebas documentales del acto administrativo demandado el cual lo declaro insistente en el cargo que venía ejerciendo en el INDERCAS.

3.2.2 Por pasiva: Se trata del INDERCAS, entidad que profirió el acto demandado, siendo representada judicialmente por apoderado debidamente reconocido en el proceso.

3.3 CADUCIDAD Y OTRO: Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y la demanda donde se invoca el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, fue interpuesta en oportunidad para ello, si se tiene en cuenta lo decidido por el Juzgado Remisor frente a la excepción de caducidad planteada por la accionada en auto proferido dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de marzo de 2018, además que la suma estimada como pretensiones no supera los 50 SMLMV (folios. 11), Art. 156, 157 ídem así como siendo agotado el

requisito de procedibilidad que trata el 161 numeral 1 de la precitada norma (folios. 26-27).

3.4 PROBLEMA JURÍDICO DE FONDO: Se trata de determinar si el acto administrativo contenido en la Resolución No. 010 de 20 del enero de 2016, notificada al interesado en la misma fecha, proferida por el gerente del INDERCAS se encuentra viciado de nulidad y es procedente su restablecimiento del derecho solicitado en las pretensiones de la demanda en favor del accionante, o si por el contrario, dicha manifestación de la Administración está acorde con el ordenamiento jurídico.

3.5 NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

3.5.1 EXAMINADO MARCO NORMATIVO Y PRECEDENTE JUDICIAL. Debe tenerse en cuenta la siguiente normatividad:

Constitucionales: Artículos 125 de la Constitución Política.
Legales: arts. 3, 5 de la Ley 909 de 2004.
Jurisprudenciales: sentencias: C - 514 de 16 de noviembre de 1994, con ponencia del Magistrado: José Gregorio Hernández; de 9 de febrero de 2012, Consejo de Estado con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, con radicado interno (0389-09); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, expediente 2199-02, magistrado ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia de 19 diciembre de 2018 del Juzgado Primero Administrativo de Casanare Expediente: 85001-33-33-001-2016-00239-00, confirmada por fallo del 1° de agosto de 2019 del Tribunal Administrativo de Casanare, Magistrado Ponente: José Antonio Figueroa Burbano.
Doctrina: Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano. 17a ed., Bogotá, Tennis, 2011, págs. 312 y 313. Gustavo Humberto Rodríguez, Derecho Administrativo, 2ª edición pag-34

3.6 TESIS Y DESARROLLO CONCEPTUAL:

Para el desarrollo del problema jurídico éste Juzgado de descongestión abordará el análisis normativo el cual fue dilucidado en precedente jurisprudencial del Juzgado Primero Administrativo de Yopal, confirmado por el tribunal Administrativo de Casanare, en caso con diametral similitud argumentativa fáctica y jurídica, la cual se acogerá en extenso y aplicará mutatis mutandis.

En la Sentencia de 19 diciembre de 2018 del fallador de primera instancia antes citado, en lo que tiene que ver con la generalidad de los cargos de libre nombramiento y remoción, lo cual, en el presente asunto es tema basilar, se indicó:

> *"Sobre la provisión de los cargos en la administración pública, tenemos que el artículo 125 constitucional, dispone:*
>
> *"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, pero sin embargo, exceptuó de dicha regla general, aquellos empleos que se dicen de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que la ley determine..."*

En regla del anterior mandato constitucional, se emitió la Ley 909 de 2004[1] [2] (vigente para el momento en que se profirió el acto acusado), norma que en su artículo 3 fija su campo de aplicación, y en su artículo 5 fija la clasificación de los empleos públicos, al siguiente tenor:

(...)
ARTÍCULO 3°. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.
(...)
c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: ***departamentos,*** *Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;*
(...)".

Por su parte, el artículo 5° ibídem clasificó los empleos como de carrera administrativa, con las siguientes excepciones:

(...)
Artículo 5°. Clasificación de los empleos. 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 siguientes criterios:

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:(...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado"

(...) (Negrillas fuera del texto)

A su vez, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, respecto del retiro del servicio de los empleados de los cargos de libre nombramiento y remoción preceptúa:

« [...] ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

[...]

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. [...]»

Sobre la provisión de los cargos de Carrera administrativa, y los de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional, en sentencia C - 514 de 16 de noviembre de 1994, con ponencia del Magistrado: José Gregorio Hernández, refirió:

«Dedúcele de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente

---

1 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. 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.***
Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado (sic) del presidente de la República o en un ministro del Despacho.
Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el ***intuito personae» .***

Ahora bien, tenemos que la forma de desvinculación del empleado que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción es un acto discrecional donde solo opera la voluntad del nominador: sin embargo, dicha presunción legal, según criterio jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado, puede ser desvirtuado, demostrando en el proceso que no fueron por razones del servicio o motivos de interés general, los que llevaron al nominador a declarar la insubsistencia del nombramiento. Para el efecto, señalaremos la sentencia de 9 de febrero de 2012, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, con radicado interno (0389-09), donde sobre el enjuiciamiento de la decisión discrecional de remoción de un cargo de libre nombramiento, puntualizó:

"Así las cosas, la Sala reitera que el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera.

Sin embargo, esta presunción legal, desde luego, puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, los que indujeron al nominador a declarar la insubsistencia del nombramiento."
(subrayado del Despacho)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-443 de 1997, sobre la estabilidad precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción, concluyo:
"(...)la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera ***pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción,*** *"pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza* ***de cierta discrecionalidad*** *para decidir libremente sobre estos* ***asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.***

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) ***y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad),*** *hasta la estabilidad absoluta*

(reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta." (negrillas fuera de texto)
Por otra parte, tenemos que el Consejo de Estado, sobre los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en empleos de libre nombramiento y remoción, en lo que tiene que ver con la motivación[3] del retiro del cargo o declaratoria de insubsistencia, señaló:

«... 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, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional,*** *cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de los límites justos y ponderados.*

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.»

Conforme a la jurisprudencia puesta de presente, se tiene acreditado que para los cargos objeto de este debate legal, no media ningún tipo de estabilidad laboral, decantando entonces que es la voluntad del nominador el elemento que determina la permanencia en el cargo, contrario a los empleos de carrera administrativa en los cuales el correcto desempeño de las labores encomendadas garantiza la permanencia en el cargo; por tanto los cargos de libre nombramiento y remoción no gozan de una estabilidad laboral, menos reforzada; no obstante su presunción de legalidad podrá ser desvirtuada al interior del proceso con elementos probatorios suficientes.

En lo que atañe a la desviación de poder el citado precedente jurisprudencial horizontal señaló que la doctrina lo ha definido así:

«Se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión, (...) consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, "con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió".

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder. Por ejemplo, el alcalde de una ciudad expide una reglamentación sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentación tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual él tiene intereses económicos.

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual, si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será

---

[3] Sentencia del 30 de marzo de 2017, Secdón Segunda - Subsecdón A. Expediente número 41-001-23-33-000-2012- 00142-01 (0990-14), Demandante: Jorge Ernesto Rojas Montero. Demandado: Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila

¡legal. Por ejemplo, una ley reguladora de una contribución puede prever una exención para algún grupo determinado de personas, con la finalidad de estimular la actividad que desarrollan estas últimas. En este caso, frente a la finalidad particular o concreta del legislador respecto de la exención, la autoridad administrativa encargada de hacer efectiva la contribución no podría pretender cobrarla a las personas beneficiarías de la exención, así fuera aduciendo una finalidad de interés general, como sería la necesidad apremiante de completar los recursos para poder terminar las obras a las cuales está destinada la contribución, pues esa determinación sería ¡legal por cuanto ese fin es diferente del perseguido por la norma que consagró la exención.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o intemos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma no expresa la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma»4.

Por su parte, el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez5, puntualizo sobre el particular, que existe ***"desviación del poder*** *cuando los Fines del acto no corresponden o los fines de interés público perseguidos con la Ley".*

En atención a lo anterior, tenemos que la desviación de poder, consiste en el ejercicio de una atribución de funcionario con competencia, pero buscando, de manera consciente, un fin distinto del que permite o establece la norma, precisando que es necesario realizar unas consideraciones adicionales, dada la particularidad de la causal de nulidad analizada en el presente debate, esto es, la insubsistencia del nombramiento de un servidor público de libre nombramiento y remoción.

Establecida la parte general de la desviación de poder, en relación con la ***declaratoria de insubsistencia de servidores públicos que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción se tiene que*** *de acuerdo a la esencia misma de los cargos de libre nombramiento y remoción, el acto que desvincula al servidor público que lo ejerce, resulta ajustado a la legalidad siempre y cuando se atienda el mejoramiento del servicio por razones de confianza, siempre que la decisión no resulte arbitraria y que no se evidencie un grosero desmejoramiento del servicio.*

Pero en razón a esa presunción legal, que cobija a los actos administrativos "discrecionales", traslada la carga de probar a quien pretende la nulidad del acto que declara la insubsistencia del nombramiento, demostrar sin asomo de duda, que se produjo a partir de motivos que nada tienen que ver con el mejoramiento del servicio.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha precisado:

«Tratándose de presunciones de ley, el hecho presumido se entiende ocurrido y la contraparte tiene la carga de la prueba de hechos contrarios que desvirtúen su ocurrencia.

Para el caso presente, el hecho presumido es que la motivacián de la insubsistencia, se orientó por razones del buen servicio y debe el demandante -que considere que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso, con suficiencia, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio, que por ser tales, constituyen una desviación del poder que la ley otorga el funcionario nominador.

---

[4] Libardo Rodríguez Rodríguez, Derecho administrativo general y colombiano. 17ª ed., Bogotá, Tennis, 2011, págs. 312 y 313.

[5] libro Derecho Administrativo segunda edición pag-34

Ahora bien, para que la desviación del poder pueda entenderse acreditada como vicio del acto de insubsistencia discrecional, tratándose de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, ***debe soportarse en pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio: o de que el cambio de empleado generó o generará -con certeza-, una desmejora del servicio público.*** *Solo así se puede aceptar -causal o consecuencialmente- , que ocurrió una desviación del poder del nominador, situación que no es la del presente proceso.*

Los testimonios recaudados, por no ser prueba directa del hecho, carecen de la contundencia exigida tal como lo considera el salvamento de voto a la sentencia del a quo; y los documentos aportados sobre reconocimientos hechos al actor con anterioridad a la insubsistencia, por falta de pertinencia, pueden considerarse como un simple indicio. No se observa prueba alguna dirigida a demostrar -consecuencialmente- la desviación del poder, acreditando que quien reemplazó al demandante en el cargo tenía condiciones de formación, experiencia o actitud inferiores a las de éste, o acreditando que efectivamente el servicio disminuyó su eficiencia o eficacia con el cambio de funcionario.

Cuando en un proceso judicial se aduce un hecho que pretende desvirtuar una presunción legal, dicho hecho debe estar debida y suficientemente probado para que produzca el efecto pretendido. *Esta situación se hace especialmente rigurosa tratándose de empleados que ocupan cargos señalados en las normas, como de libre nombramiento y remoción para los cuales, el ejercicio de la facultad discrecional le permite al nominador designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones (facultad discrecional de nombramiento): y cuando no lo son, autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecúen a los requerimientos institucionales (retiro discrecional)»*[6].

Conforme a lo anterior, inequívocamente es de resorte del demandante,... demostrar la ***desmejora del servicio público****, más allá de toda duda, acreditando que el acto de desvinculación, obedeció a una intención oscura y alejada del buen funcionamiento de la administración, evidenciando que una vez tomada la decisión de apartarlo del cargo, resulto para el INDERCAS una evidente y grave desmejora en el servido.*

Con el anterior marco jurisprudencial aplicado al caso objeto de estudio estableceremos si se configuran los reproches que se hicieron en el libelo demandatorio al acto acusado.

3.7 DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ALLEGADOS AL EXPEDIENTE:

I. De la parte demandante.

Prueba Documental: se allegó las siguientes:

1. Resolución 051 de 15 de marzo de 2004 por medio de la cual se nombra al demandante como técnico de recursos físicos código 401 grado 06 (f.13 C.1)
2. Acta de Posesión de 15 de marzo de 2004 del cargo para el cual fue nombrado el accionante (f.14)
3. Resolución 028 por medio de la cual se modifica el grado del nivel técnico administrativo de la dirección administrativa y financiera contemplado en la resolución 238 del 28 diciembre 2006 quedando en nivel técnico denominación del empleo técnico administrativo código 367 grado 10

---

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, expediente 2199-02, magistrado ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

4. Manual de funciones del referido empleo el cual para el área almacén e inventario fijó como propósito principal "*controlar a través del medio más expedito la administración y manejo directo de bienes y recursos físicos a cargo del Instituto, suministrando oportunamente los elementos de consumo activos que le sean requeridos por los funcionarios para el normal funcionamiento de la organización*" y como descripción de funciones esenciales determinó: ***(1)*** *Administrar y manejar directamente los bienes y recursos físicos a cargo del Instituto.* ***(2)*** *coordinar y asegurar que se cumplan los procesos adaptados por el Instituto cortés en materia de administración de los recursos físicos de adquisición, almacenamiento, suministro, mantenimiento, registro, control y seguridad de bienes y servicios, y adoptar acciones de mejoramiento de los mismos.* ***(3)*** *Recibir, registrar y hacer entrega de los bienes tanto devolutivos como de consumo que adquiera la entidad.* ***(4)*** *Constatar que los activos de la entidad de terceros a su cargo estén debidamente custodiados y presenten las salvaguardas necesarias.* ***(5)*** *Evaluar los procedimientos definidos por la entidad para la realización de activos, verificar su cumplimiento y determinar que éstos se ajusten a las disposiciones legales vigentes que le regulan.* ***(6)*** *Participar directamente en la elaboración del plan anual de compras del Instituto para de su evaluación y posterior aprobación.* ***(7)*** *Realizar inspección ocular a la totalidad de bienes que adquiera el Instituto asegurándose que dichos bienes cumplan con todas las especificaciones consignadas en las órdenes y contratos respectivos.* ***(8)*** *Responder por el adecuado manejo almacenamiento y conservación de los elementos depositados Bajo su custodia y administración.* ***(9)*** *Tramitar todo lo relacionado con la obtención oportuna de las pólizas que amparen los bienes de la institución* ***(10)*** *Llevar y mantener actualizados las bases de datos en dónde se registren los movimientos de almacén y los inventarios de bienes devolutivos y de consumo* ***(11)*** *Mantener un sistema actualizado de registro y control de inventario de los bienes muebles e inmuebles del Instituto de Deportes.* ***(12)*** *Programar y supervisar las actividades de almacén personal que Integra su grupo de trabajo y refrendar los documentos que respalden los movimientos de almacén.* ***(13)*** *Tramitar el suministro de elementos y bienes que formulen las distintas dependencias en concordancia con el plan acordado.* ***(14)*** *Tramitar de acuerdo con las normas Fiscales el traspaso y baja de bienes y elementos de la entidad* ***(15)*** *Realizar estudios comparativos sobre el comportamiento de la demanda de los elementos y bienes de consumo.* ***(16)*** *Elaborar los inventarios generales del Instituto y en particular de bienes y elementos devolutivos, asignados a las dependencias y empleados, garantizando la oportunidad en su entrega y confiabilidad de los mismos.* ***(17)*** *Elaborar en coordinación con el superior inmediato el anteproyecto de presupuesto con base en el plan anual de compras y el consumo promedio de bienes equipos útiles y papelería de las dependencias* ***(18)*** *Preparar para la firma del director técnico del área administrativa y financiera los actos administrativos necesarios para dar de baja elementos por donación o destrucción y para la generación de bienes por el sistema de remate.* ***(19)*** *Planear, coordinar, dirigir las actividades y procesos de adquisición y suministro de bienes y servicios, y las demás de carácter administrativo a cargo de las diferentes dependencias del Instituto, velando por que oportunamente se efectúe su entrega* ***(20)*** *Autorizar el suministro de los bienes, muebles, útiles, equipos y papelería que requieran las diferentes dependencias para su normal funcionamiento.* ***(21)*** *Verificar que los elementos que se entran a las Bodegas obedezcan a la cantidad, calidad, especificidad y demás especificaciones detalladas en la las órdenes de compra o documentos pertinentes elaborando el comprobante de entrada y registrando el ingreso en el kardex o programa de inventario del almacén* ***(22)*** *Diligenciar y mantener actualizados las tarjetas de control de existencias valores y promedios* ***(23)*** *Controlar permanentemente la rotación de existencias e informar al ordenador del gasto para fines pertinentes* ***(24)*** *Garantizar que los bienes inmateriales de propiedad del instituto se organicen y conservan adecuadamente de acuerdo a técnicos vigentes sobre bodegaje* ***(25)*** *Coordinar y controlar la constitución de las distintas pólizas en los casos relacionados con la adquisición de bienes muebles e inmuebles en general de recursos patrimoniales verificando el cumplimiento de las garantías en Casos de ocurrencia de siniestros* ***(26)*** *Revisar y controlar el uso y destino de los bienes muebles e inmuebles del Instituto y llevar el inventario de los mismos* ***(27)*** *Rendir a la controlaría departamental y demás agentes de control, que lo requieran, el movimiento de los bienes del almacén* ***(28)*** *Realizar los pedidos con previa autorización y programación que sean necesarios para la prestación del servicio* ***(29)***

704

*Responder ante el ordenador del gasto por hurtos deterioro sustracción o pérdida ocasional de los elementos bajo su custodia de conformidad con las normas legales Fiscales y administrativas vigentes **(30)** Rendir los informes que le sean solicitados por el superior inmediato y demás autoridades competentes sobre el ejercicio de sus funciones **(31)** Presentar al Director Técnico del área administrativa y financiera informes semestrales sobre el desempeño de sus funciones **(32)** Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el gerente del instituto y superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área de trabajo* (f. 17 – 22)

5. Resolución 010 de 20 de enero de 2016 por medio de la cual se causan novedades de personal y en la que se resuelve declarar insubsistente al demandante en el cargo de técnico administrativo código 367 grado 10 (f. 23)
6. Diligencia de notificación personal de 20 de enero del 2016 de la resolución 010 al demandante (f. 24)
7. Carta de 15 de enero 2016 con fecha de recibido por la entidad 8 de enero de 2016 por el accionante y dirigida al gerente de la entidad demandada "Referencia: respuesta a solicitud verbal de petición de renuncia del cargo" y qué indica "*Me permito informarle que de acuerdo a su solicitud verbal donde me exige la renuncia al cargo que vengo desempeñando como almacenista del INDERCAS desde el 15 de marzo de 2004, le manifiesto que no es mi voluntad renunciar en el entendido que he adquirido enfermedad visual donde de acuerdo a el diagnóstico médico tengo un 90% de deficiencia visual en mi ojo derecho esto adquirido y desarrollado en los años de servicios prestados a la entidad donde mi salud se ha visto deteriorada considerablemente luego en estas condiciones Consideró que la solicitud presentada por usted tipifica actos de acoso laboral y persecución política toda vez que es sido un empleado eficiente con alto compromiso institucional y durante el tiempo laboral jamás he sido objeto de ningún memorando en mí hoja de vida pues he sido un servidor honesto y cumplidor de mis deberes para con la entidad así las cosas reiteró que no presentare carta de renuncia al cargo pues Consideró que la administración está haciendo arbitraria e injusta por lo que no aceptaré la petición solicitada*" (f. 25)
8. Resolución 238 de 28 de diciembre del 2000 (f 3-42 C. pruebas) por la cual se fija el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleados de planta de personal INDERCAS de la cual de folio 28 vuelto a 30 se advierten el mismo contenido de los ya transcritos y que fueron aportados por el demandante con el libelo y qué tiene estipulado es como requisitos de estudio y experiencia *formación académica dos semestres de formación Universitaria profesional en contaduría pública, economía, administración de empresas, administración pública o disciplinas afines* y experiencia laboral *un año de experiencia relacionada con las funciones del cargo* (f. 31 C. pruebas)
9. Resolución 078 de 6 de mayo de 2004 por el cual se modifica el manual de funciones y requisitos mínimos de la planta de personal del INDERCAS la cual en su numeral 2° dispone modificar el numeral 1 del acápite del artículo 11° de la resolución 423 de 5 de mayo de 2003 relativo al nivel técnico correspondiente a las funciones del cargo de técnico administrativo de presupuesto código 401 grados 06 adscrito al área administrativa y financiera de la entidad demandada el cual quedará así uno es pedir por solicitud del gerente la certificados de disponibilidad presupuestal (f. 43-44 C. pruebas)
10. Decreto 06 de 5 enero del 2016 por el cual se Acepta una renuncia y se hace el nombramiento del gerente de la entidad demandada (f.45. C. pruebas)

II. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA: se allegaron.

Documental:

1. Copia de la sentencia de 1a. Instancia de 14 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Yopal en la tutela con radicado No. 85-001 - 3704-002-2016-0012 la cual se declaró por improcedente (f.109-117).
2. Copia de la demanda de tutela instaurada por el demandante en contra INDERCAS (fs.119-127)
3. Copia del fallo de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal en la tutela con radicado 85-001-22-08-003- 2016.00012-01 (f. 128-139)

4. Resolución No. 010 del 20 de enero de 2016 por medio del cual se declara insubsistente al señor Óscar Pérez González y acta de notificación personal de fecha 20 de enero de 2016 por medio del cual se notificó personalmente la resolución de insubsistencia al demandante (f. 141-142)
5. Copia de la Resolución No. 041 del 19 de febrero de 2016, por medio de la cual reconoció a favor del accionante el pago de unas prestaciones sociales (f. 144-145)
6. Relación de los funcionarios de planta del INDERCAS vigencia 2015 en la cual se estipula forma de vinculación del accionante "libre nombramiento y remoción" (f. 147)
7. Relación de los funcionarios de planta del INDERCAS vigencia 2016 en la cual ya no obra actor y en los dos cargos figuran como nombradas en la misma condición de libre nombramiento y remoción las señoras Claudia Lorena Martínez Vaca y María Adíela Fagua (f. 148)
8. Certificación laboral del demandante de 8 d noviembre de 216
9. Copia de la Resolución 078 de 6 de mayo de 2004 por el cual se modifica el manual de funciones y requisitos mínimos de la planta de personal del INDERCAS (f. 152-153)
10. Copia de la resolución 238 del 28 de diciembre de 2006 por la cual fijo el manual especifico de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal del INDERCAS (f. 155-233)
11. Copia de la hoja de vida de la señora Claudia Lorena Martínez Vaca quien según la parte demandada remplazó en el cargo de almacenista al actor (f. 235-280)
12. Copia denuncia penal formulada en contra del actor por presuntos hechos ocurridos el 24 de diciembre de 2015 (f. 282-284)
13. Copia de la resolución 238 del 28 de diciembre de 2006 la cual fijo el manual especifico de funciones y competencias laborales para los empleados de la planta de personal del INDERCAS (f. 286-357)
14. Copia de la hoja de vida del demandante (f. 360-718)

3.8 PLANTEAMIENTO DEL CASO CONCRETO:

El objeto del presente litigio alude a determinar si el cargo que ejercía el accionante en la Administración corresponde a los de libre nombramiento y remoción para así arribar si el nominador estaba en la obligación de motivar la decisión adoptada en el acto demandado y si el retiro del servicio se encuentra motivado por alguna causa que pretenda una finalidad extraña al interés general y por ende se hace necesario su retiro del mundo jurídico.

En primer término frente a la naturaleza del cargo que ejercía el accionante en la administración se debe señalar que conforme a las disposiciones citadas de la ley 909 de 2004 esto es el artículo 5º numeral 2 literal C cuando señala que los empleos cuyo ejercicio implica la administración y manejo directo dineros y/o valores del estado corresponde a los de libre nombramiento y remoción, comparado conforme las reglas de la sana crítica l con el manual de funciones prefijos para el empleo de técnico administrativo código 367 grado 10, antes técnico de recursos físicos código 401 grados 06, es claro que en efecto este corresponde a tal denominación de libre nombramiento y remoción pues la primera de sus funciones es la de ***administrar y manejar directamente los bienes y recursos físicos a cargo del instituto*** por ende es la naturaleza de tales funciones la que arroja la condición o naturaleza del empleo y no otra como lo sostienen las afirmaciones del accionante en que al no tener ninguna estipulación este debió ser provisto en provisionalidad, pues se reitera, de conformidad con la ley 909 es el criterio dispuesto en el literal citado que le fija esa condición especial al cargo ejercido por el demandante.

De otro lado se debe tener en cuenta que para el ingreso a la administración el accionante no cumplió con otra condición más que la de ostentar los requisitos mínimos que se exigían para el ejercicio en el entonces cargo de técnico de recursos

295

encontraba vigente el Decreto 1083 de 26 de maye de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función pública" y por la naturaleza del mismo es de libre nombramiento y remisión, al ser una excepción de la carrera administrativa; tal .como se ha señalado, finalmente se determina que no requería motivar su retiro.

Reitera que es falso que las funciones de almacenista ejecutadas por el demandado hayan correspondido a un cargo en provisionalidad, ya que dicho empleo implica el manejo directo de bienes del Instituto por lo que la entidad tiene previsto este cargo como de libre nombramiento y remoción dada la condición de manejo y especial confianza que conlleva manejar los bienes de la entidad y controlar su manejo, así como custodiar y controlar su uso en esta entidad y demás funciones establecidas para el cargo de técnico de Recursos físico código 401, y contenidas en la Resolución 238 de 28 de diciembre de 2006, Resolución 078 de 05 de mayo de 2014 y Resolución No 423 de 05 de diciembre de 2003, de que trata la parte considerativa ce la Resolución 078 de 05 de mayo de 2014.

2.4.3. Alegatos del Ministerio Público: No se presentaron.

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS: Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Juzgado Administrativo de Descongestión de Yopal a decidir el caso sub examine.

3.1 COMPETENCIA Y OTROS ASPECTOS PROCESALES: Constatado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P., en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la CN, se ha encontrado acorde al ordenamiento procesal y al efecto declarar que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado. De igual manera, al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (artículo 155 numeral 6° del CPACA), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, procede a resolver los extremos de la litis planteada, en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem.

3.2 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y OPORTUNIDAD DE LA DEMANDA:

3.2.1 Por activa: Se halla documentada la legitimación en la causa de la parte demandante, quien actúa a través de apoderado judicial, mediante la presentación de las pruebas documentales del acto administrativo demandado el cual lo declaro insistente en el cargo que venía ejerciendo en el INDERCAS.

3.2.2 Por pasiva: Se trata del INDERCAS, entidad que profirió el acto demandado, siendo representada judicialmente por apoderado debidamente reconocido en el proceso.

3.3 CADUCIDAD Y OTRO: Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y la demanda donde se invoca el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, fue interpuesta en oportunidad para ello, si se tiene en cuenta lo decidido por el Juzgado Remisor frente a la excepción de caducidad planteada por la accionada en auto proferido dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de marzo de 2018, además que la suma estimada como pretensiones no supera los 50 SMLMV (folios. 11), Art. 156, 157 ídem así como siendo agotado el

3.9 CONCLUSIONES DEL DESPACHO. Corolario de lo hasta aquí expuesto con fundamento en los hechos que fueron probados, el marco normativo y los precedentes judiciales expuestos y aplicables, será del caso referir:

1. Que el accionante se vinculó a la administración en un cargo de libre nombramiento y remoción, dada la naturaleza de las funciones que cumplía.
2. Que la decisión de la administración estuvo fundamentada en la facultad discrecional que la ley le otorga frente a los cargos de libe nombramiento y remoción.
3. Que el buen desempeño de la parte demandante en el empleo no enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia.
4. Que no se probó en debida forma la desviación del poder que se le atribuye.
5. Que no se probó condición especial del actor que impidiese al nominador aplicar la facultad discrecional.
6. Que no son de recibo nuevos cargos planteados en el alegato de conclusión por vulneración del debido proceso y derecho de defensa.
7. Que no hay elementos facticos suficientes que permitan desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado y que impliquen su anulación
8. Que por todo se han de negar las pretensiones de la demanda.

3.10 OTRAS ACTUACIONES: El representante legal del INSTITUTO PARA EL DEPORTE, LA RECREACION, LA EDUCACIÓN EXTRA ESCOLAR Y EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE - INDERCAS señor EDGAR SANTIAGO MARIN GOMEZ, identificado con cédula de ciudadanía 80.407.242 de Bogotá, confiere poder a la abogada MARISOL NIÑO VARGAS, identificada con cédula de ciudadanía número 47.429. expedida en Yopal y Tarjeta Profesional No. 87.854 del C.S. de la J. para que represente judicialmente al Instituto en el proceso de la referencia, con las facultades conferidas en el poder. (flo.786), acorde con lo dispuesto en el artículo 76 del Código General del Proceso, es procedente tal petición.

3.11 COSTAS, si bien este Despacho ha optado por aplicar el criterio objetivo, es decir, tal como lo prevé el artículo 365 del Código General del Proceso, acogiendo la posición asumida en sentencia de 07 de abril de 2016, por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01, número interno: 3191-2014, también es cierto, que dicha posición no ha sido objeto de unificación alguna por parte de dicha Corporación.

Ahora bien, para guardar coherencia con la posición sistemática y reiterada asumida por el H. Tribunal Administrativo de Casanare[7], teniendo en cuenta el factor subjetivo conforme a la redacción del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el Juzgado no condenará en costas a la parte demandante toda vez que ésta no observó una conducta temeraria o de mala fe dentro de la actuación surtida.

3.12 DECISIÓN: El Juzgado Administrativo de Descongestión del Circuito de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

---

[7] Tesis del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No. 850012333002-2012-00201-00. Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs. DIAN. Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendivelso Vs. Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No. 850013333001-2012-00030-01.

796

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR por las razones expuestas en la parte motiva, las súplicas de la demanda incoadas por OSCAR PEREZ GONZALEZ, identificado con cedula de ciudadanía número 9.656.572 de Yopal.

SEGUNDO: NO Condenar en costas al demandante, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

TERCERO: ORDENAR la liquidación y posterior devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

CUARTO: **RECONOCER** personería a la abogada MARISOL NIÑO VARGAS, identificada con cédula de ciudadanía número 47.429.511 expedida en Yopal y Tarjeta Profesional No. 87.854 del C.S. de la J. en su condición de apoderado del INSTITUTO PARA EL DEPORTE, LA RECREACION, LA EDUCACIÓN EXTRA ESCOLAR Y EL APROVECHAMIENTO DEL TIEMPO LIBRE EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE - INDERCAS, conforme al poder conferido.

QUINTO: DÉSELE a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público, la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

SEXTA: **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia, de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo PCSJA20-11482 del 30 de enero de 2020. Cumplido lo anterior, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI", que adelanta esta jurisdicción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Gladys García Barray

GLADYS GARCIA BARRAY
Juez

[illegible] YOPAL
NOTIFICADO
EL AUTO ANTERIOR [illegible] POR ESTADO
#41 24 NOV 2020