



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013)

REF. **Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado N°: 700013331003-2012-00026-00
Demandante: Berenice María Benjumea Tuiran
Demandado: Departamento de Sucre

Tema: Cargo de Libre Nombramiento Y Remoción – Declaratoria De Insubsistencia - Reintegro

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **sentencia de primera instancia.**

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA (fls. 1 al 24).

1.1.1. Partes.

- Demandante. Berenice María Benjumea Tuiran, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 33.082.041 expedida en Galeras - Sucre, y actuó a través de apoderado judicial (fl.25).
- Demandada: **Departamento de Sucre.**

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad del Decreto **No. 0027 del 11 de enero de 2012**, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del cargo que desempeñaba la Dra. Berenice María Benjumea Tuiran, expedido por la Gobernación de Sucre.
- Que como consecuencia de la declaración anterior se restablezca el derecho de la demandante, quien deberá ser reintegrada al cargo que venía desempeñando o a uno igual, similar o de superior categoría y remuneración.
- Que se ordene a título de indemnización, el pago de los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, prima técnica y todas las demás prestaciones sociales y emolumentos percibidos con los aumentos legales, anuales,

causados durante el tiempo que estuvo separada del servicio hasta que se haga efectivo su reintegro.

- Que se declare que no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante el tiempo que estuvo separada del servicio.
- Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le de fin al proceso dentro de los términos establecidos en la ley.
- Que se ordene el pago de los intereses previstos en el artículo 177 del antiguo C.C.A hoy artículo 192 y 195 de la ley 1437 de 2011.
- Que se ordene el pago del ajuste del valor previsto en la ley.
- Que se reembolse a la actora lo aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensión), por todo el tiempo de servicio o, en su lugar, se envíe a un fondo de pensiones y EPS., respectivamente, donde disponga la ccionante.
- Que se condene a la entidad demandada en costas.

1.1.3. Hechos.

- La demandante fue nombrada mediante decreto N° 070 del 23 de febrero de 1993, para desempeñar el cargo de REVISOR de la oficina de control interno, adscrita al despacho del gobernador del departamento de sucre, del que tomo posesión el día 24 de febrero del mismo año.
- Que la demandante, posteriormente fue nombrada para desempeñar el cargo de Revisor de Auditoria Interna, adscrito al despacho del gobernador de sucre, mediante el decreto N° 0107 del 11 de marzo de 1994, tomando posesión el mismo día.
- Que el 10 de noviembre de 1998, fue incorporada mediante decreto 0567, al cargo de auxiliar administrativo código 550 grado 18 del cual tomo posesión el día 24 de noviembre del mismo año, mediante acta N° 12772.
- Que mediante Decreto 0006 del 4 de enero 2002, fue encargada del cargo de profesional universitario código 340 grado 04, el cual tomo posesión el día 4 de enero de 2002 mediante acta N° 14316.
- Que la actora posteriormente fue nombrada para desempeñar el cargo de asesor código 105 grado 06, adscrito a la planta de personal de la gobernación de sucre.
- Que mediante resolución N° 0512 de marzo de 2006, fue incorporada al cargo de Asesor código 105 grado 6, del cual tomo posesión en debida forma.

- Que el día 24 de enero de 2012, fue notificada que mediante Decreto N° 0027 del 11 de enero de 2012, su nombramiento fue declarado insubsistente.
- Que el acto administrativo mediante el cual retiran del servicio a la actora fue proferido sin motivación alguna.
- Que la excelente hoja de vida de la actora, es indicativo de que la razón de la insubsistencia no fue el mejoramiento del servicio, si no que mas bien obedece a fines diferentes y en consecuencia, teniendo en cuenta la trayectoria de la actora y la ausencia de motivos, se desvirtúa la presunción de legalidad el acto acusado y por tal razón se debe proceder a su anulación.
- Que durante todo el tiempo que la demandante estuvo al frente del cargo, lo desempeño con idoneidad, eficiencia, honestidad y el más alto criterio de funcionario público, hasta cuando se produjo el acto de retiro.
- Que la actora al momento de su retiro percibía una remuneración mensual de **(\$4.855.900.00)**, mas las prestaciones sociales y otros emolumentos.
- Que La hoja de vida personal del accionante, nos demuestra el fiel y cabal cumplimiento de sus deberes.
- Que la administración del Departamento de Sucre no dejo constancia en la hoja de vida de la señor **BERENICE MARIA BENJUMEA TUIRAN**, sobre los hechos que le sirvieron de causa para poder declarar la insubsistencia tal como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.
- Que Se agoto el requisito de procedibilidad, ante la Procuraduría Delegada ante los Juzgados administrativo, conforme a lo preceptuado en la ley.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

Normas violadas.

Constitucionales: Preámbulo, Art 1, 2, 25, 53, 83, 90, 123, 125, y 209.

Legales: Artículos 2, 36 y 84 del C.C.A., Decreto Ley 2400 de 1968, Ley 443 de 1998, Decreto 1572 de 1998, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

Concepto de la violación. Señala que se quebrantaron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas, de dar protección al trabajo, como derecho de los administrados, "Los empleados públicos" tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las desvinculaciones de sus servidores se hagan, con plena observancia de las normas que regulan la Función Pública, pues de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el caso sub lite, donde la autoridad que expidió el acto administrativo referido, no sujeto sus atribuciones a los cánones supraleales.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 1 de agosto de 2012 (fl.70).
- Se admitió el día 15 de agosto de 2012 (fls. 80).
- Este auto se les notificó a las partes a través del estado electrónico N°009 del 16 de agosto de 2013 (fl. 82).
- El 10 de septiembre se surte la notificación personal de la demanda a todas las partes, como consta en los folios 84 al 89.
- El diez (10) de abril de 2013, se celebro la audiencia inicial, en la que se surtieron las etapas pertinentes de acuerdo al caso concreto folio 208.
- El dos (2) de mayo de 2013, se celebro audiencia de pruebas, folio 232.
- El 8 de mayo de 2013, a través de auto se ordeno a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión (fl. 237).

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1 Departamento de Sucre (fls. 98102)

Frente a los hechos se pronuncia así:

-Hecho primero, segundo, tercero, cuarto, séptimo, undécimo y décimo cuarto: Son ciertos.

-Hecho Quinto: es cierto, pero aclara que, desde el momento que la demandante acepto su nombramiento para desempeñar el cargo de Asesor Código 105, Grado 06, aceptó ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción del Gobernador.

-Hecho Sexto: es cierto, y aclaro, desde el mes de marzo de 2006, cuando la actora se incorporó en el cargo de Asesor Código 105, Grado 06, acepto ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción.

-Hecho Octavo: es cierto y aclaro, el Gobernador no estaba obligado a motivar el acto administrativo mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento de

la demandante, por cuanto el cargo de Asesor Código 105, Grado 06,, es un cargo de libre nombramiento y remoción.

-Hecho Noveno: No es cierto. El hecho de que la demandante tenga una excelente hoja de vida como aquí se afirma, no trastoca el cargo de libre nombramiento y remoción, en cargo de carrera o en inamovible ni le da ningún fuero especial que impida al nominador remover cuando lo considere conveniente y en ejercicio de la potestad jurídica que le otorga la Constitución nacional, a quien ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción.

-Hecho décimo: Técnicamente este no es un hecho sino un juicio subjetivo del gestor judicial de la actora, respecto del comportamiento de su representada.

-Hecho Décimo Segundo: No es cierto, sin desconocer la formación académica que sustenta la demandante con su hoja de vida, no es cierto que este hecho sirva para demostrar que la actora ha cumplido con sus deberes, pues es esa la obligación de todo trabajador, independientemente de la hoja de vida que tenga.

-Hecho Décimo Tercero: No me consta. Sin embargo manifiesto que la decisión del Gobernador de nombrar y remover libremente a los funcionarios de ostentan esta calidad es un acto discrecional que no esta sometida a ninguna restricción, dicho acto corresponde a los que la Constitución atribuye al nominador.

Propone las excepciones de: falta de causa para pedir, y las que resulten probadas en el curso del proceso.

Frente a la excepción de "Falta de causa para pedir" por tratarse directamente con el problema jurídico a plantear se resolverá con el fondo del asunto.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- De la parte demandante.

Esta demostrado en el proceso que la demandante desempeño varios cargos en la administración departamental de Sucre y que el ultimo que ocupo fue el de ASESOR.

Se apoya nuevamente en lo estipulado en los fundamentos jurídicos de la demanda, en las normas violadas y el concepto de violación, y luego de su estudio manifiesta que la entidad demandada no demostró cuales fueron las razones del servicio que lo llevo a retirar a la demandante, ni como pretendía mejorar el servicio con la insubsistencia. Pero la demandante si demostró con las pruebas arrojadas al proceso y con lo dicho por los testigos. Igualmente, manifiesta que para la desviación de poder debe existir una ley que fije o determine el fin así como la demostración de la desviación del dicho fin. De tal manera, que el elemento normativo así como su criterio subjetivo de quien expide

el acto constituyen dos elementos en el entendido de esta institución, y hacen que el interés general sea definible o, cuando menos, constatable en sede de control. En el aspecto subjetivo trasciende a las personas naturales que llevan su representación, es decir, en la subjetividad del autor del acto, que implica desde luego la demostración del Inter desviatorio para quien lo alega como causal de anulación.

El segundo argumento esta referido al desmejoramiento del servicio, que se sustenta en que se reemplazo a la actora con una persona que no tenía sus mismas calidades, aunque debe advertirse que en el cargo no se soporta en que no reunía las condiciones mínimas, sino en que el reemplazo no era del mismo alto perfil. Así las cosas, parece claro y razonable, que se demande a la administración, desde la perspectiva del control judicial, que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de congruencia y coherencia, no solo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que además, el ejercicio de la discrecionalidad corresponda a una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia. Por ende, si bien la desviación de poder esta llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también es cierto que el acto por medio del cual fue declarada insubsistente la actora, adolece de esta causal de nulidad.

Como consecuencia de todos y cada uno de los planteamientos, que anteceden, solicito una vez más, al despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

- De la parte demandada.

Fundamenta sus alegatos en el artículo 177 del C.P.C., norma aplicable en este proceso por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, pues establece:

“carga de la prueba, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Significa lo anterior, que corresponde al actor probar los vicios que afectan de nulidad el acto administrativo demandado. En esta forma procesal tiene concordancia con el artículo 1757 del Código Civil, que dice:

“A quien incumbe probar.- incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas”. De tal manera que en este proceso le corresponde a la demandante probar las causales de nulidad que vician el acto administrativo demandado, las cuales centra el actor en dos vicios según lo expone en los hechos de la demanda.

En primer lugar, presume el actor por la redacción del hecho noveno, que existe vicio de nulidad consistente en la desviación de poder. Sin embargo, en el proceso no existe ninguna prueba de este vicio, que no corresponde a un mero juicio de legalidad, sino que se requiere acreditar mediante prueba conducente

que la intención del nominador era diferente a la facultad discrecional que le otorga la ley para declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, lo que impide acceder a la pretensión por este supuesto vicio.

En segundo lugar, se ataca el acto administrativo por no haber dejado la administración departamental de Sucre la constancia en la hoja de vida de la demandante, sobre los hechos que le sirvieron de causa para declarar la insubsistencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968. Con relación a este supuesto vicio, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011, se pronunció con respeto de eso.

La anterior jurisprudencia aclara el panorama legal sobre la causal y sin mayores esfuerzos de hermenéutica jurídica, se advierte que el acto administrativo acusado no está viciado de nulidad, en razón a que dicha anotación o constancia, como lo ha interpretado el Consejo de Estado "No hace parte del acto administrativo si la ley permite la remoción del empleado sin consignar los motivos (en el acto administrativo) mal puede ser causa de anulación no dejar registradas las razones para declarar la insubsistencia".

No obstante lo expuesto, se tendrá en cuenta que la circunstancia de ser la demandante una funcionario de libre nombramiento y remoción, le permite al nominador amparado en el artículo 125 de la Carta Constitucional, y en el artículo 107 del decreto N° 1950 de 1973, que es norma posterior al artículo 26 del decreto 2400 de 1968, ejercer la potestad discrecional de poner fin a la relación laboral sin motivar el acto.

- **Del Ministerio Público.** La señora Agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho Judicial, en esta oportunidad no alegó de conclusión.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. PROBLEMA JURIDICO POR RESOLVER.

Corresponde al Despacho determinar si el Departamento de Sucre, incurrió en irregularidades en la expedición del acto acusado, si se encuentra ajustado a derecho o en su expedición se obró con desviación de poder.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

La parte actora persigue la nulidad del Decreto N° 0027 del 11 de enero de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora BERENICE MARÍA BENJUMEA TUIRAN en el cargo de Asesor, Código 105, Grado 06,

de la planta de personal de la Gobernación de Sucre¹, y como consecuencia de ello el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración; pagarle todos los salarios, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que se hizo efectiva su desvinculación hasta cuando sea reintegrada; declarara que no ha existido solución de continuidad; reajustar los valores y dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 del antiguo C.C.A., hoy 192 de la ley 1437 del 2011.

Invoca la parte actora como causales de nulidad del acto administrativo demandado, dos causales a saber: i) Violación de los Artículos 25 de la Constitución Política y 61 del Decreto Ley 2400 de 1968, respecto de los cuales sostiene que el acto administrativo acusado desconoce la obligación social que le asigna la Constitución a las autoridades de la República en relación con el trabajo y respecto a la segunda norma citada, resalta que no se dejó constancia en la hoja de vida de la demandante, del hecho y de las causas que ocasionaron el acto administrativo inmotivado, y ii) Desviación de poder. Centra su argumentación en que el acto administrativo acusado está viciado por desviación de poder por cuanto su finalidad no fue el mejoramiento del servicio, sino más bien obedece a fines diferentes. Adicionalmente plantea que no existió motivo alguno para ser retirada del servicio ya que desempeñó su cargo con idoneidad, eficiencia, honestidad y el más alto criterio de funcionario público.

Para determinar la procedencia o no de la causa de la Parte Demandante, es prudente abordar el estudio del marco normativo que regula la vinculación y desvinculación de los empleados denominados "DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN", en relación a su vinculación y forma de desvinculación.

2.3 NATURALEZA DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

Sobre la clasificación de los empleos de las entidades del Estado, el artículo 125 de la Constitución Política establece, lo siguiente:

"Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

Al respecto, apoyado en el artículo 125 de la C.N., la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado:

"sólo el legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el servicio de sus servidores".

¹ Ver folio 32.

La Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", señala

"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: (...)". Negrillas fuera de texto.

De conformidad con estas disposiciones, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, lo que implica que, salvo las excepciones señaladas, el acceso a los cargos públicos se rige por procedimientos inherentes al ingreso a la carrera.

Adicionalmente, para determinar la clasificación del empleo como de libre nombramiento y remoción, la administración debe observar la naturaleza de la entidad y establecer si la labor o actividades desempeñadas corresponden a los criterios señalados por la Ley 909 de 2004, siendo estos los parámetros para determinar la naturaleza de un empleo.

Así mismo, la precitada Ley 909 de 2004, señala:

"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:(...) párrafo 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" (Negrillas fuera de texto).

En concordancia con ello, la citada ley reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y deberá efectuarse mediante acto motivado, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante acto no motivado.

2.4. ACTO DEMANDADO. DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA.

Visto el marco normativo y jurisprudencial pertinente, para resolver el problema jurídico planteado, se procederá a revisar el material probatorio allegado al proceso, con el objeto de extraer de los datos objeto del litigio, indicios reales para la solución.

La actora, pretende la anulación del acto administrativo Decreto N° 0027 del 11 de enero de 2012, por ser violatorio del artículo 26 del Decreto ley 2400 de 1968, fundando su petición en dos causales de anulación según lo expone en la demanda, uno relacionado con la supuesta violación a los Artículos 25 constitucional y artículos 26 y 61 del decreto ley 2400 de 1968, normas que

considera violadas por no proteger el derecho al trabajo según la norma constitucional, y por la falta de motivación del acto administrativo que la declaró insubsistente a la actora, y por no haber dejado constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la hoja de vida, y en segundo lugar, argumenta la desviación de poder.

En cuanto a la norma constitucional invocada, considera el despacho que no existe violación a la misma, en razón a que la constitución en norma posterior, Artículo 125 constitucional, como precedentemente se dijo, establece que *"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley"*. En relación con la **"falta de motivación del acto"**, debe observarse que la norma citada dice: *"el nombramiento hecho a una persona para ocupar un cargo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia"*, (subrayas del despacho), pues de lo contrario querría decir que todos los servidores públicos estarían amparados por el fuero de la inamovilidad relativa que estatuyen las normas sobre servicio civil y carrera administrativa; pero es sabido que para adquirir esos derechos se requiere que el empleado haya ingresado a esta última, por concurso o por los medios que expresamente determine la Ley. Ahora bien, respecto de aquellos que no figuran como en carrera o en provisionalidad, la Administración conserva la facultad discrecional de nombrarlos y removerlos, libremente, sin ningún procedimiento previo.

Para este puntual caso, es conveniente recordar la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, según la cual la Administración, cuando tiene la facultad de libre nombramiento y remoción de funcionarios públicos no necesita motivar sus providencias, pero si lo hace, los hechos que las fundamenten, deben ser ciertos.

En el presente juicio, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y con las propias afirmaciones de la demanda, se infiere que el cargo que venía desempeñando la actora al momento de la declaratoria de insubsistencia, era un cargo de libre nombramiento y remoción. De manera que, el demandado podía en cualquier momento utilizar la facultad discrecional que le otorga la ley para removerla, pues no estaba obligado a manifestar los motivos que tuviera para tomar su determinación, por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción.

El Consejo de Estado en Sentencia 0481-10 de fecha noviembre 11 de 2010, C. P. Dr. Víctor H. Alvarado Ardila, se pronunció así:

"La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no ser de carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado:

"En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica

que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador".

De otro lado, el artículo 107 del Decreto No. 1950 de 1973, otorga al nominador la potestad discrecional de poner fin a la relación laboral; dispone la norma que:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados."

Esa facultad discrecional permite que los empleados de libre nombramiento y remoción puedan ser retirados de sus funciones, con el fin de garantizar el buen servicio público, es decir, ese vínculo no genera ningún tipo de estabilidad, a excepción de la existencia de una limitación de orden legal, la cual debe ser alegada y demostrada, cuando el asunto transita al examen de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De otro lado, al ser de libre nombramiento y remoción su ingreso se dio de manera discrecional, y en consecuencia, su retiro del servicio no exigía motivación alguna, por la misma razón.

En cuanto al segundo aspecto, de **"no dejar constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la hoja de vida"**, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de 1 de septiembre de 2005², precisó:

"La sala no comparte el planteamiento de que el acto de retiro está viciado de ilegalidad por que no se dejó constancia en la hoja de vida del actor de las causas que ocasionaron la remoción, (...) una omisión como la indicada no puede generar efectos respecto de los actos que se impugnan por que la anotación en la hoja de vida es un acto posterior que, en consecuencia, no puede dar lugar a vicios en el acto demandado porque se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas. En este orden de ideas la Sala concluye que como la constancia en la hoja de vida sobre los motivos del retiro no constituye elemento del acto administrativo sino un acto posterior, debe desestimarse el cargo formulado..."

Acorde a lo destacado, si bien no obra constancia en la hoja de vida de la accionante sobre los motivos o causa por la cual se declaró insubsistente su nombramiento, considera el Despacho que tal anotación constituye un hecho posterior a la decisión de la administración de desvincular al empleado del servicio, circunstancia que no afecta la validez del acto de retiro.

Finalmente, en lo referente a la **desviación de poder**, la demandante considera que el acto acusado está viciado por desviación de poder, y que su retiro obedece a fines diferentes, por cuanto no persiguió el mejoramiento del servicio,

² Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, Sentencia de 1 de septiembre de 2005, Radicación número: 2542-04.

ya que ella desempeñó el cargo con idoneidad, eficiencia, honestidad, además de contar con una excelente hoja de vida, lo que implica que no era necesario su cambio.³

La desviación de poder, no corresponde a un mero juicio de legalidad como ocurre con otras causales de anulación de los actos administrativos, sino que es necesario que quien alegue la nulidad de un acto administrativo invocando este vicio, acredite los elementos probatorios suficientes para demostrar que efectivamente que el acto fue guiado por fines diferentes e ilegales, para con ello desvirtuar la presunción de legalidad del acto, situación que no fue demostrada por parte de la demandante dentro de éste proceso.

Sin embargo, esa causal de desviación de poder presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como lo que se busca es demostrar la finalidad con la que se expidió el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión⁴.

Evaluará el Juzgado los testimonios solicitados por la parte demandante, se extracta de las exposiciones rendidas por:

MARTHA DEL CARMEN GARCIA DIAZ: abogada trabajó con la demandante en la Gobernación, manifestó que la demandante se destacó en el desempeño de sus funciones trabajaba en la oficina jurídica y soporte en la Secretaría de Educación (Min 8:35) trabajo con varias administraciones, considera que fue móvil político porque salieron varios profesionales asesores en la misma época (Min 9:22) manifiesta que el cargo si era de libre nombramiento y remoción (15:35) considera que no se mejoró el servicio, porque la persona que se encuentra en el mismo cargo no se desempeña en la misma oficina, las funciones son inherentes al cargo y las desempeña cada funcionario en donde esté, que le consta porque acude a esa oficina. No habló con el actual gobernador antes de la expedición del acto acusado.

JORGE LUIS MARTINEZ PATERNINA: se pronuncia en el mismo sentido que la anterior testigo, declara que él también fue víctima pues su cargo fue declarado insubsistente, manifiesta que no habló con el gobernador antes del pronunciamiento del acto acusado (min 36:11), no considera que haya mejorado el servicio que al parecer la persona que reemplazó a la demandante fue nombrada para un cargo pero ejerce otro. Al ser interrogado si tiene contacto directo con la persona que ejerce el cargo actualmente manifestó que no (37:52).

NURYS ISABEL FLOREZ RAMIREZ: persona vinculada a la administración del Departamento de Sucre, manifiesta que considera que no se ha desmejorado el servicio (6:52) que las funciones son generales independiente de donde se encuentre el asesor. La planta de personal es global cumple con las funciones asignadas de acuerdo al manual de funciones, en donde quiera que se encuentre, brinda conceptos y asiste donde lo delegue el gobernador.

De los testimonios solicitados por la parte actora, no puede deducir el Despacho, que se haya acreditado con sus exposiciones, el fin que perseguían: demostrar la

³ Relato en los hechos 8, 9 y 10 de la demanda.

⁴ Sobre aplicaciones del concepto de desviación de poder, véanse C.E. Sent. 31 de enero de 1991.

desviación de poder y que no se mejoró el servicio. Destaca esta Judicatura que dos de ellos estuvieron vinculados con la administración y fueron declarados insubsistentes situación que los hace sospechosos por encontrarse en la misma situación de la parte actora de acuerdo a lo establecido en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, pero se evalúan sus declaraciones teniendo en cuenta las circunstancias pues a pesar de ello no se deduce de sus afirmaciones que hubo desviación de poder, pues no desconocían que los cargos ocupados eran de libre nombramiento y remoción, no manifestaron que se hubiera demeritado el trabajo realizado por la demandante o que públicamente se hubiese manifestado la intención de declararla insubsistente. Frente a lo manifestado en cuanto haber trabajado con varias administraciones no implicaba necesariamente que tuviera que seguir en el cargo por la misma condición de libre nombramiento y remoción. Igualmente preguntados si hablaron directamente con el Gobernador manifestaron que no lo hicieron. En consecuencia deduce el Despacho que no se puede predicar que el acto administrativo acusado tuviera fines diferentes a los cuales se profirió.

Considera esta colegiatura que si bien el acto administrativo demandado fue expedido por la administración en razón al libre poder de decisión frente al contenido del acto, esto es, frente a la declaración de insubsistencia de la demandante BERENICE MARIA BENJUMEA TUIRAN, no se puede predicar de éste que haya sido proferido de manera arbitraria que sea violatorio de las disposiciones legales invocadas en el libelo, pues en el presente caso la actora no demostró la desviación de poder del acto acusado como tampoco que se desmejoró el servicio no se acreditó incompetencia de la persona que fue nombrada en el cargo como tampoco que se haya desmejorado la calidad del servicio, razones por las cuales no se accederá a las pretensiones de la accionante.

Refuerza los argumentos esbozados en precedencia, lo dicho por nuestro Tribunal de Cierre, en sentencia calendada trece (13) de mayo de dos mil diez (2010), así:

“De las pruebas testimoniales y las documentales antes relacionadas se colige que, efectivamente, al cambiar la administración, como es costumbre en ese Departamento, ello implica un cambio en el gabinete, que trae como consecuencia un cambio del personal directivo, pero estos ajustes están dentro de las potestades del nominador.

En el proceso sólo se demostró que, efectivamente, el cambio de administración al designar al Gobernador militante del partido liberal, conllevó la remoción de muchos empleados del partido conservador, pero lo que no se probó fue que su retiro hubiese buscado fines torticeros o ajenos al servicio público.

En otras palabras, el nuevo nominador tenía plenas facultades para conformar su equipo de trabajo con miembros de su propio partido político y esto no constituye ninguna falta; empero, lo que si implicaría un uso desviado es que esa fuese la única razón o que, eventualmente, hubiese nombrado a personas no idóneas, pues así se pondría en riesgo el servicio.

En el mismo sentido resalta la Sala que los señores Mario Botia Sánchez, Saul Edilberto Briceño Acosta, Manuel Antonio Sandoval Sánchez, Abel Fuentes Galvis, Francisco Díaz Bonilla y Arnulfo Lizarazo como lo señalan en sus deposiciones, fueron, supuestamente, víctimas de esa denominada “barrida política” lo que hace que su dicho tenga un sesgo de favorecimiento a los intereses del demandante; en otras palabras, sus declaraciones no son

imparciales y procuran hacer causa común o solidarizarse con la situación que ellos mismos padecieron.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en relación con los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza, lo siguiente:

"Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso de la demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

(...) Por ello resulta como una medida acorde con el buen servicio el retiro de la funcionaria que se encuentre en tales circunstancias. Y el anterior razonamiento se hace más exigente para los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, pues es sabido que la alta dignidad de un empleo implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso el Alcalde, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios, como se dijo anteriormente.". (negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto, la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues, respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo"⁵.

Bastan estos razonamientos al Despacho, para deducir que con el acto acusado la administración no incurrió en violación de derechos de la demandante o afectación del servicio público, sólo hizo uso la administración de su poder discrecional para designar una persona cercana y de su absoluta confianza, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

Condena en costas.

Siguiendo las voces del artículo 188 del C.P.A.C.A. se condenará en costas a la parte vencida siguiendo las normas del Código de Procedimiento Civil.

⁵ Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01226-02(1293-08)

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la parte demandante; por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARASE probada la excepción de Falta de causa para pedir.

TERCERO: Condénase en costas a la parte demandante.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA LEONOR MEDELLIN DE PRIETO
JUEZ