



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO-SUCRE

Sincelejo, veintiséis (26) de septiembre del año dos mil trece (2013)

**JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPÍTIA**

Medio de Control      **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Radicado:                **70001.33.33.005.2012.00027.00**  
Demandante:            **MÁXIMO MANUEL CALDERON CALIZ**  
Demandado:             **DEPARTAMENTO DE SUCRE**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por el señor **MÁXIMO MANUEL CALDERON CALIZ** mediante apoderado judicial, contra el **DEPARTAMENTO DE SUCRE**.

### **I. LA DEMANDA**

#### **A - PRETENSIONES**

1 – Que se declare la nulidad del Decreto No. 0033 del 11 de enero de 2012, expedido por el gobernador del departamento de Sucre, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del cargo que desempeñaba el señor Máximo Manuel Calderón Cáliz.

2 – Que como consecuencia de la anterior declaración se restablezca el derecho del señor Máximo Manuel Calderón Cáliz, quien deberá ser reintegrado al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración.



3- Que se ordene a título de indemnización, el pago de los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, prima técnica y todas las demás prestaciones sociales y otros emolumentos percibidos con los aumentos legales anuales causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que se haga efectivo su reintegro.

4. Que se declare que no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante el tiempo que estuvo separado del servicio.

5. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le dé fin al proceso dentro de los términos establecidos en la ley.

6. Ordenar el pago de los intereses previstos en el artículo 177 del antiguo CCA hoy artículo 192 y 195 de la ley 1437 de 2011, y demás normas concordantes. Que se ordene al demandado al pago de los intereses previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Ordenar el pago del ajuste del valor previsto en la ley 1437 de 2012.

8. Que se reembolse, los aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensiones), por todo el tiempo de servicios o en su lugar se envíen a un fondo de pensiones y E.P.S, respectivamente, donde disponga el accionante.

9. Que se condene a la entidad demandada en costas (expensas judiciales y agencias en derecho) que se causen como resultado de la iniciación y trámite del proceso.

## **B – FUNDAMENTOS DE HECHOS**



Expresa la parte actora que el señor Máximo Manuel Calderón Cáliz fue vinculado al departamento de Sucre a través de contratos de servicios desde el día 1° de agosto de 1998 hasta el mes de agosto de 2002.

Que luego fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Asesor código 105 grado 01, adscrito a la Secretaría de desarrollo y medio ambiente de la gobernación de Sucre, a través del Decreto No. 0066 del 04 de febrero de 2003 y tomó posesión el día 04 de febrero del mismo año.

Que el día 07 de marzo de 2005, el gobernador del Departamento de Sucre expidió la Resolución No. 0539 de 2005, mediante la cual se trasladó al señor Máximo Manuel Calderón Cáliz a la Secretaría de Planeación.

Que mediante Resolución No. 0385 del 19 de febrero de 2007, expedida por el gobernador del departamento de Sucre se concedió comisión de servicio al señor Máximo Manuel Calderón Cáliz para ocupar el cargo de Director Ejecutivo de la Corporación Incubar.

Que a través de Decreto 1068 del 1° de diciembre de 2011, se ajustó la planta de personal de la gobernación de Sucre, y mediante Decreto 1069 del 1° de diciembre de 2011 el señor Máximo Calderón fue incorporado al cargo de Asesor código 105, grado 01, y posteriormente declarado insubsistente a través de Decreto No. 0033 del 11 de enero de 2012.

Que en la hoja de vida del demandante no se dejó constancia de los hechos o razones que sirvieron de causa para poder declarar la insubsistencia, como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

Que la excelente hoja de vida del señor Máximo Calderón Cáliz es indicativo de que la razón de la insubsistencia no fue el mejoramiento del servicio, sino que más bien obedeció a fines diferentes.



Que el señor Máximo Calderón Cáliz al momento de retiro percibía una remuneración mensual de \$2.566.320, más las prestaciones sociales y otros emolumentos.

Que con el retiro del demandante se produjo una violación a derechos fundamentales Constitucionales y legales.

### **C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones: Constitucionales: Preámbulo, y artículos 1, 2, 25, 53, 83, 90, 123, 125 y 209; Legales: 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.

Expresa el apoderado del demandante que el acto administrativo demandado desconoce la obligación social que con relación al trabajo le asigna la Constitución a las autoridades ya que el administrador público es el primer obligado a respetar las normas que regulan la función pública, lo cual no hizo el jefe de la administración del departamento de Sucre.

En lo que respecta a la violación del decreto ley 2400 de 1968 señaló que si bien el artículo 26 establece que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un cargo del servicio civil que no pertenezca a una carrera puede declararse insubsistente, y sin motivación alguna, debe dejarse constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Para ello, citó a apartes de sentencias proferidas por la Corte Constitucional referidas a que la no motivación del acto que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es una excepción al principio general de la publicidad de los actos administrativos.



En cuanto a la desviación de poder, manifestó que la administración incurrió en desviación de poder cuando profirió el acto acusado ya que el empleo de asesor, código 105, grado 01, cumple unas labores esenciales en el funcionamiento interno de la entidad como son las que se describen en el manual de funciones. Además, señaló que la persona que reemplazó al demandante en el cargo que él ocupaba ciertamente fue vinculada como asesor pero se le asignaron funciones que no corresponden a las asignadas a dicho empleo. Estimó que si la administración consideraba que las funciones que desempeñaba el señor Manuel Calderón eran innecesarias, debió procederse a la supresión o eliminación y no preservar sin modificación alguna el manual de funciones, por lo que existe una desviación de poder no por el camino de las calidades de la persona que reemplazó al demandante, sino en virtud a que aquel no cumple las funciones establecidas en el respectivo manual, y en esos términos no existe proporcionalidad entre la medida de insubsistencia adoptada con los hechos antecedentes a la decisión discrecional tomada.

Adicionalmente, expresó que no puede dejarse de lado el indicio de que el demandante pertenece a un movimiento distinto al del Gobernador del Departamento de Sucre, los despidos masivos surtidos en la gobernación desde el 1° de enero de 2012 hasta la fecha, el sinnúmero de contratos de prestación de servicios suscritos en los que se vinculó a profesionales del derecho para desarrollar muchas de las funciones permanentes que ejercía el demandante, lo cual indica que el despido no estuvo inspirado en el mejoramiento del servicio público.

Alude también a que otro motivo determinante de la desviación de poder es que la declaratoria de insubsistencia fue producto de la falta de confianza injustificada por parte del jefe de la administración departamental, alejándose del objetivo normativo fijado por el Estado, como lo es la prestación del servicio, ya que el señor Manuel Calderón Cáliz tenía 18 años de servicios en la entidad, prestando sus servicios a diferentes administraciones debido al eficiente desempeño en sus funciones.



Finalmente, hizo referencia a pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la materia.

## II. TRAMITE PROCESAL

**A – ADMISIÓN:** La demanda fue admitida mediante auto de fecha 12 de septiembre de 2012, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público el día 13 de septiembre de 2012, y a la entidad demandada el 17 de octubre de 2012, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 73 y 79 del expediente.

**B – LA CONTESTACIÓN:** La entidad demandada, Departamento de Sucre, a través de apoderado judicial, presentó contestación de demanda mostrándose de acuerdo con los hechos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° 8°, y 10°, referidos al nombramiento en provisionalidad en el cargo de Asesor código 105, grado 01, adscrito a la Secretaría de Desarrollo y Medio ambiente de la Gobernación de Sucre; al traslado del señor Manuel Calderón a la Secretaría de Planeación; a la comisión concedida al demandante, para ocupar el cargo de Director Ejecutivo de la Corporación Incubadora de Empresas, “Incubar” en calidad de aporte de servicio del Departamento de Sucre; al ajuste de la planta de personal de la Gobernación de Sucre, en virtud de la cual se incorporó al demandante al cargo de Asesor código 105, grado 01; a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento; a la no motivación del acto administrativo acusado; a que no se dejó constancia en la hoja de vida del actor de los hechos o razones que le sirvieron de causa para dar paso a la declaratoria de insubsistencia; y al monto del salario devengado por el demandante. Así mismo, mostró desacuerdo en los hechos 1°, 9° y 11°, referidos a la vinculación del señor Máximo Manuel Calderón Cáliz desde el 1° de agosto de 1998 hasta el mes de agosto de 2002; a la excelente hoja de vida del actor y la presunta violación de sus derechos fundamentales Constitucionales y legales, respectivamente.



Solicitó negar las súplicas de la demanda en razón a que el acto acusado no está viciado de nulidad ya que cuando se trata de funcionarios que no son de carrera sino de libre nombramiento y remoción, puede el nominador declarar libremente la insubsistencia sin motivar el acto; y que el hecho de no dejar constancia en la hoja de vida no puede tenerse como una causa de nulidad ya que el Consejo de Estado ha interpretado que dicha anotación o constancia no hace parte del acto administrativo.

Por último propuso las siguientes excepciones:

**b.1 Falta de causa para pedir:** Fundada en que el acto administrativo acusado no está viciado ya que las dos causas alegadas, falta de motivación y el no haber dejado anotación en la hoja de vida, no constituyen nulidad de conformidad a los pronunciamientos del Consejo de Estado citados en su escrito de contestación.

**b.2 Las que resulten probadas en el curso del proceso.** Solicitó que con fundamento en el artículo 306 del C.P.C se declare a favor del Departamento de Sucre cualquier otra excepción no propuesta que resulte probada.

**C –AUDIENCIA INICIAL.** – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de 11 de marzo de 2013, celebrada el día 16 de mayo de 2013, a las 09:30 AM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente acta obrante a folios 97 al 102, y la respectiva grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 103 del expediente.

**D –AUDIENCIA DE PRUEBAS.** – Estando en audiencia inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se fijó el 18 de junio de 2013, a las 09:30 AM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma



fue celebrada en la fecha estipulada con el recaudo de las pruebas testimoniales, y posteriormente continuada el 25 de junio de 2013, y finalizada el 14 de agosto de la misma anualidad, recopilando la totalidad de las documentales decretadas, tal como consta en las correspondientes actas de registro visible a folio 118 al 119, 121 al 125, 210 al 211, y en las grabaciones de audio y video, las cuales se encuentran incorporadas a folios 120, 132 y 212 del expediente.

**E – ALEGACIONES.** – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y Juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 del C.P.A.C.A. Así, dentro del término concedido la parte demandante alegó en los siguientes términos:

El apoderado del demandante expresó que está demostrado que el demandante desempeñó varios cargos en la administración departamental de Sucre, siendo el último el de Director ejecutivo de Incubar; que con la copia de la hoja de vida aportada se demostró que no se dejó constancia de la declaratoria de insubsistencia; que en el asunto no se acreditó cuáles fueron las razones que conllevaron a retirar al demandante ni cómo se pretendía mejorar el servicio, y que a contrario sensu éste si demostró que con su desempeño laboral se garantizaba la prestación de un buen servicio.

Alegó que se demostró que el señor Manuel Calderón Cáliz era un funcionario eficiente y que cumplía a cabalidad con las funciones asignadas, que nunca se le hizo un llamado de atención, lo cual fue corroborado con lo expresado por los testigos.

Sostuvo que el acto acusado es nulo porque fue proferido persiguiendo objetivos distintos a los fijados por la Ley; que el acto de retiro es un castigo



por no pertenecer a la compañía política del hoy gobernador del departamento de Sucre.

La entidad demandada, Departamento de Sucre no alegó de conclusión; y el Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

### III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

**A – EXCEPCIONES:** Se propuso la excepción de falta de causa para pedir, la cual por referirse al fondo del asunto, será resuelta al momento de desatar el litigio. Así mismo, se propusieron todas aquellas que resulten probadas en el proceso, la cual se declarará en la medida que se encuentre probado algún hecho que constituya excepción.

**B. EL PROBLEMA JURÍDICO.** –Consiste en determinar si se ajusta o no a derecho la decisión proferida por el representante legal del departamento, materializada en el Decreto No. 0033 del 11 de enero de 2012, que declaró la insubsistencia del nombramiento señor Máximo Manuel Calderón Cáliz, quien desempeñaba el cargo de Asesor código 105, grado 01; y en consecuencia establecer si al demandante le asiste el derecho o no a ser reintegrado a un cargo igual o de superior categoría, previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan contra el acto acusado.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: **1.** Normatividad aplicable. **2.** Del retiro discrecional de los empleados vinculados bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, **3.** Material probatorio, y **4.** El caso concreto.

**1. Marco Normativo.** Como quiera que se trata de un empleado del nivel territorial, cuya desvinculación se produjo en el año 2012, corresponde dar aplicación a 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*, la cual



en su Art. 1º, establece que de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los empleos:

- Empleos públicos de carrera
- **Empleos públicos de libre nombramiento y remoción**
- Empleos de período fijo
- Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

En ese orden, el artículo 125 de la Constitución Política consagra 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”.

Al efecto, la ley ut supra en su artículo 5º, establece:

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

1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- **Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:**

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

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



- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.
- f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”

A su turno, el artículo 23 de la Ley en cita, señala:

**CLASES DE NOMBRAMIENTOS.** Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

**Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario,** previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

Lo anterior traduce, que por regla general el acceso a los cargos públicos se realiza mediante procedimientos inherentes al ingreso a la carrera, salvo las excepciones señaladas; y que los parámetros utilizados para identificar la naturaleza de un empleo como de libre nombramiento y remoción son determinar en primer lugar la naturaleza de la entidad y como segundo verificar si la labor desempeñada corresponde a la directriz fijada por la Ley 909 de 2004.

**2) Del retiro discrecional de los empleados nombrados en libre nombramiento y remoción,** El título VII, trata el tópico del retiro de los empleados públicos, y en el artículo 41 establece:



**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;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) <Literal INEXEQUIBLE>
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 50. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 10. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 20. 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.

Con relación a éste tópico, el Tribunal de Cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>1</sup> ha reiterado que:

*“La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.”<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> Sección segunda, subsección B, C. P, Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 24 de marzo de 2011, Rad. número: 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09), actor: Alberto José Torres.

<sup>2</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.



*No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”<sup>3</sup>.*

*Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su supresión, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo que aduce como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A.”*

Así mismo, la Corporación citada, a través de sentencia de 23 de febrero de 2011, expediente número: 170012331000200301412 02(0734-10), actor: Gonzalo González Gálvis, en referencia a la discrecionalidad existente en los empleos de libre nombramiento y remoción, expresó:

*“Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de los empleos de libre nombramiento y remoción, en los que se exige una especial confianza<sup>4</sup>:*

*"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.*

*(.....)*

*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.*

<sup>3</sup> DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 7 de julio de 2005, Número Interno 2263-2004, Accionante Lilia Elvira Sierra Reyes, Consejera Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero.



*Lo que quiere decir, que una potestad es discrecional siempre y cuando el ordenamiento jurídico no establezca cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar; por lo tanto, "para que el ejercicio de una potestad sea discrecional administrativa no es necesario que sean discrecional es los tres aspectos indicados bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos<sup>5</sup>". Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen o hayan de perseguirse por cada potestad estén taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico.*

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar la insubsistencia a los empleados de libre nombramiento de remoción, mediante la facultad discrecional que le otorga la ley, persiguiendo el buen servicio y los fines del Estado en general, sin necesidad que el acto administrativo que contenga la decisión sea motivado.

**3. MATERIAL PROBATORIO.-** Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

- a. Copia autenticada del Decreto No. 0066 de 2003, mediante el cual se hizo un nombramiento en provisionalidad al señor Máximo Calderón Cáliz como asesor, grado 01, código 105, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Económico y Medio Ambiente de la Gobernación de Sucre, y la correspondiente acta de posesión. (Folios 23 y 24)
- b. Copia de la Resolución No. 0539 de 2005, mediante la cual se resolvió trasladar al señor Máximo Calderón Cáliz, a la secretaría de Planeación. (Folio 25)
- c. Copia de la Resolución sin número y sin fecha, del año 2007, a través de la cual se resolvió comisionar al señor Manuel Calderón Cáliz que para ocupar el cargo de Director Ejecutivo de Incubar, en calidad de aporte de servicio del Departamento de Sucre; y la respectiva comunicación de fecha 20 de febrero de 2007, (Folios 27 y 26).
- d. Comunicación de fecha 01 de diciembre de 2011, mediante la cual se informó al señor Manuel Calderón Cáliz que a través de Decreto



- No. 1068 del 1º diciembre de 2011, se ajustó la planta de personal de la gobernación de Sucre, y que a través de Decreto No. 1069 de la misma fecha se incorporó a los funcionarios a sus respectivos cargos. (Folio 28)
- e. Copia autenticada del Decreto No. 0033 de 2012, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Máximo Calderón Cáliz, en el cargo de Asesor, código 105, grado 01 de la planta de personal de la gobernación de Sucre; y su respectiva comunicación. (Folios 29 y 30)
  - f. Certificación expedida por la asesora de Recursos Humanos del departamento de Sucre, en la cual indica que el señor Manuel Calderón Cáliz prestó sus servicios desde el 04 de febrero de 2003 hasta el 12 de enero de 2012, en el cargo de código 105, grado 01; el valor de último salario devengado y prestaciones devengadas. (Folio 31).
  - g. Copia de la hoja de vida del señor Manuel Calderón Cáliz. (Folios 35 al 64)
  - h. Acta de audiencia de conciliación intentada ante la Procuraduría 103 Judicial I Administrativo; y la respectiva constancia. (Folios 65 y 66)
  - i. Constancia suscrita por la líder del programa de recursos humanos de la Gobernación de Sucre, en la cual se indica que en la hoja de vida del señor Manuel Calderón Cáliz reposa el Decreto 0033 de 11 de enero de 2012, por medio del cual se declaró la insubsistencia en el cargo de Asesor código 105, grado 01 de la planta de personal. (Folio 116)
  - j. Copia del Decreto No 0020 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elisa Monsalve Gómez, en el cargo de auxiliar de servicios generales, código 470, grado 01 de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 126).



- k. Copia del Decreto No 0019 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Aris Moya Gutiérrez, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 33 de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 127).
- l. Copia del Decreto No 0018 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jorge Martínez Paternina, en el cargo de Asesor 105, grado 06, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 129).
- m. Copia del Decreto No 0027 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Berenice Benjumea Tuirán, en el cargo de Asesor 105, grado 06, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 130).
- n. Copia del Decreto No 0021 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Osvaldo Torres Díaz, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 06, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 131).
- o. Copia del Decreto No 0032 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Marfa Guerra Anaya, en el cargo de asesor, código 105, grado 05, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 186).
- p. Copia del Decreto No 0021 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Jairo Gándara Tirado, en el cargo de asesor, código 105, grado 02, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 188).
- q. Copia del Decreto No 0030 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Estrada Hernández, en el cargo de asesor código 105, grado 02, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 189).
- r. Copia del Decreto No 0028 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Eder Valeta López



Oswaldo Torres, en el cargo de asesor código 105, grado 07, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 190).

- s. Copia del Decreto No 0034 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Pablo Salcedo Causado, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 06, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 131).
- t. Copia del Decreto No 0035 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Pedro Acosta Causil, en el cargo de asesor código 105, grado 02, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 193).
- u. Copia del Decreto No 0026 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Ariel Aduen Ángel, en el cargo de asesor código 105, grado 06 de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 194).
- v. Copia del Decreto No 0017 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Alvaro Montes Sevilla, en el cargo de asesor, código 105, grado 07, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 195).
- w. Copia del Decreto No 0016 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Erika Medina Rivera, en el cargo de asesor código 105, grado 02, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 196).
- x. Copia del Decreto No 0037 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Viviana Cury Guerrero, en el cargo de asesor código 105, grado 02, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 198).
- y. Copia del Decreto No 0022 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elsy Eljaude Castro, en el cargo de profesional especializado, código 222, grado 29, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 203).



- z. Copia del Decreto No 0023 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Catherine Henríquez Leyva, en el cargo de asesor código 105, grado 02, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 204).
- aa. Copia del Decreto No 0025 de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Gabriel Barraza Farak, en el cargo de profesional especializado, código 222, grado 20, de la planta de personal de la gobernación de Sucre. (Folio 205).
- bb. Copia del manual específico de funciones y competencias laborales. (Folios 136 al 157).
- cc. Copia del acta de posesión de fecha 28 de diciembre de 2011, en la cual se incorporó al señor Manuel Calderón Cáliz, al cargo de asesor código 105, grado 01 de la planta global de la gobernación de Sucre. (Folio 172)
- dd. Copia del contrato estatal de prestación de servicios profesionales suscrito por el señor Manuel Calderón González y el Departamento de Sucre, en agosto de 1998. (Folio 175 al 176).
- ee. Copia del contrato estatal de consultoría sin formalidades plenas, suscrito por el señor Manuel Calderón González y el Departamento de Sucre, el 01 de enero de 1999. (Folio 177 al 178).
- ff. Copia del contrato estatal para establecimiento de cultivos agroforestales, suscrito por el señor Manuel Calderón González y el Departamento de Sucre, el 31 de marzo de 1999. Folio 180 al 182).
- gg. Copia del contrato estatal de consultoría sin formalidades plenas, suscrito por el señor Manuel Calderón González y el Departamento de Sucre, el 06 de julio de 1999. (Folio 183 al 184).
- hh. Testimonios rendidos por los señores Ramón Emiro Muskus Dumar, Jorge Martínez Paternina y Ariel Aduén Ángel. ( Acta visible a folio 123 y 124, y el respectivo DVD)



**4.- CASO CONCRETO** – En el sub.lite se pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 0033 del 11 de enero de 2012, expedido por el gobernador del Departamento de Sucre, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Máximo Manuel Calderón Cáliz, en el cargo de asesor, código 105, grado 01, ello con el fin de obtener el restablecimiento del derecho concretado en el reintegro del demandante a un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento en que fue ilegalmente retirado del servicio, y el consecuente pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, prima técnica y todas las demás prestaciones sociales y otros emolumentos, causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que se haga efectivo su reintegro.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que la historia laboral del señor Máximo Manuel Calderón Cáliz con el departamento de Sucre, es la siguiente:

Fue nombrado a través de Decreto No. 0066 de 2003, en el cargo de Asesor grado 01, código 105, adscrito a la Secretaría de Desarrollo Económico y Medio Ambiente de la Gobernación de Sucre, de ello da cuenta el acto de nombramiento y posesión que obran a folios 23 y 24. Que posteriormente, en el año de 2005, mediante Resolución No. 0539 el gobernador de Sucre resolvió trasladar al señor Máximo Calderón a la Secretaría de Planeación en el mismo cargo que venía desempeñando. Luego, a través de Resolución sin número, de 2007 el referido señor fue comisionado para ocupar el cargo de Director Ejecutivo de “Incubar”; y finalmente en atención a la expedición de Decreto 1069 de fecha 1º de diciembre de 2011, -proferido como consecuencia del Decreto 1068 de 2011, por medio del cual se ajustó la planta de personal de la Gobernación de Sucre-, fue incorporado al cargo que venía desempeñando.

Es de precisar que a folio 172 del expediente obra copia del acta de posesión del señor Máximo Calderón Cáliz de fecha 28 de diciembre de 2011,



en la cual se indica que la misma obedece a una incorporación. Por tanto, es claro que cuando se declaró la insubsistencia, el cargo que ocupaba el demandante era el mismo para el cual había sido nombrado en el año 2003, esto es, Asesor, código 105, grado 01, lo cual se corrobora en la parte resolutive del Decreto No. 0033 de 2012, que hoy se enjuicia.

Ahora, el acto primigenio-Decreto No. 066 de 2003, señala “*por el cual se hace un nombramiento en provisionalidad*”, es decir que de acuerdo al contenido del acto, el cargo pluricitado corresponde a la categoría de carrera administrativa, toda vez que la provisionalidad es una figura utilizada para realizar nombramientos cuando el empleo es de carrera y éste se encuentra vacante de manera transitoria o definitiva, o cuando aún no ha sido sometido a concurso de méritos, de allí a que su duración esté sometida a un término máximo. Sin embargo, advierte este despacho que el departamento de Sucre, en cumplimiento a la prueba documental decretada allegó copia del manual de funciones y de competencias laborales en el cual se indica:

**MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS  
LABORALES**

<b>I. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO.</b>	
<b>Nivel:</b>	Asesor
<b>Denominación del Empleo:</b>	Asesor
<b>Código:</b>	105
<b>Grado:</b>	01
<b>Número de Cargos:</b>	6
<b>Dependencia:</b>	Despacho del gobernador
<b>Cargo Jefe Inmediato</b>	Quien ejerza la supervisión directa

**I. PRÓSITO PRINCIPAL:**

Asesorar, asistir y evaluar proyectos sociales y económicos de corto, mediano y largo plazo, orientados a propiciar el desarrollo socio-económico de los diferentes sectores, municipios y subregiones del Departamento, tendientes a incrementar la productividad y competitividad territorial.



Así que al observarse también el acápite de “descripción de las funciones esenciales” contenidas en el manual, concretamente las señaladas en los numerales 2, 3, 6, 8, 9, 11 se tiene que las mismas además de consistir en asesorías en un alto porcentaje, son propias de un cargo que reclama confianza y manejo. Además, de que aparece acreditado que el cargo dependía del despacho del gobernador, por lo que el empleado estaba al servicio directo de aquel, y adscrito a una Secretaría, en este caso de Planeación.

Ante esas circunstancias se considera que la naturaleza del cargo que ostentaba el señor Máximo Calderón Cáliz era de libre nombramiento y remoción, y no en provisionalidad como erradamente lo indica el acto administrativo de nombramiento. En apoyo de lo aquí concluido, se tiene que amén de no estar expresamente consignado en el escrito de demanda (petitum y causa petendi), el concepto de violación desarrollado por la parte demandante da cuenta de que se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción, toda vez que hace alusión a la innecesariedad de motivar el acto y propende como causal de nulidad la falta de constancia en la hoja de vida sobre los hechos que conllevaron a la declaratoria de insubsistencia, aspectos éstos que no son analizados en tratándose de cargos desempeñados en provisionalidad. También, el apoderado de la entidad demandada en su memorial de contestación expresó que el cargo ocupado por el demandante es de libre nombramiento y remoción. (Folio 89). Así mismo, el tercer testigo, Señor Ariel Aduen Ángel, quien a juicio de este despacho rindió una declaración clara, puntual y concisa sobre los hechos que se le interrogaban, y en virtud de sus años de experiencia laboral dentro de la entidad, manifestó que las personas que ocupaban los cargos de asesor eran vinculadas bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción.

Hecha la anterior precisión, referida a que el cargo de Asesor, código 105, grado 01, que ocupaba el demandante señor Máximo Manuel Calderón Cáliz en la planta de personal de la Gobernación de Sucre, es de libre nombramiento y remoción, se procederá a estudiar los cargos de nulidad



invocados por la parte demandante, para de esta manera determinar si el acto administrativo acusado es contrario o no a derecho, para finalmente definir sobre la prosperidad o no de las pretensiones.

1. Violación del decreto Ley 2400 de 1968 (Artículo 26 y 61). Dispone el artículo 26.- Fundada en que “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.”

Este primer cargo lo propuso la parte demandante por considerar que el acto administrativo acusado es violatorio del anterior precepto legal, toda vez que en su criterio, la entidad demandada no cumplió con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del señor Máximo Calderón de los hechos que motivaron la decisión de declarar la insubsistencia de su nombramiento.

Pues bien, una de las pruebas documentales decretadas fue precisamente la referida a oficiar al Jefe de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre a fin de que enviara certificación en la cual se indicara si había dejado o no constancia en la hoja de vida del demandante con relación a la declaratoria de insubsistencia. Al respecto, a folio 116, se observa certificación suscrita por la Líder de Programa de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre, cuyo contenido es el siguiente:

*“Que revisado (sic) la hoja de vida del (sic) Máximo Manuel Calderón Cáliz, se puede constatar que a folio 114, se observa el Decreto 0033 de 11 de enero de 2012,*



*por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Máximo Manuel Calderón Cáliz, en el cargo de Asesor, código 105, grado 01 de la Planta de Personal de la Gobernación de Sucre.”*

Leída la anterior certificación se considera que la misma no corresponde en manera alguna a la constancia exigida por el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 ya que aquella se limitó a indicar que en la hoja de vida del señor Máximo Calderón obra el acto administrativo que lo declaró insubsistente; siendo que lo pedido por este despacho consistió en que manifestara si dejó o no constancia en la hoja de vida de los hechos o razones que tuvo en cuenta la administración para tomar la decisión de declarar la insubsistencia. Pedimento que no fue atendido en debida forma por la Líder de Recursos Humanos, lo cual resulta inexcusable como quiera que el cargo que ésta desempeña presupone tener conocimiento pleno en materia de trámites, procedimientos, conformación de expedientes e historia laboral de cada uno de los empleados, y de la normatividad que en general debe aplicarse en cada caso. En estos términos, se colige que le asiste razón al demandante cuando afirma que la entidad demandada, Departamento de Sucre, incumplió con el deber de dejar la constancia en la hoja de vida del demandante. Conclusión que se obtiene de la respuesta dada al oficio petitorio de la prueba referida, y porque es un hecho aceptado en la contestación de la demanda. (Folio 89).

Ahora, se procede a determinar si la omisión en la que incurrió el ente territorial configura la nulidad del acto impugnado.

Al respecto, conviene traer a colación la posición del Consejo de Estado<sup>5</sup> sobre la materia:

*“Sea la oportunidad para recordar, que si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, determinó que se debe anotar en la hoja de vida el motivo que da lugar a un retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, no puede*

<sup>5</sup> Sección segunda, subsección B, sentencia de fecha 27 de octubre de 2011, Rad. (1148-11), actor Carlos Zamudio Prieto. M.P Víctor Alvarado Ardila.



*dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas.*

*En efecto, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida que realiza normalmente el Jefe de Personal o su equivalente, se efectúa con posterioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el nominador.*

*Esta ha sido la tesis reiterada de esta Corporación, en sentencia del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda, Subsección “A”, quien sostuvo:*

*“La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda.”*

*Quiere decir lo anterior, que si bien en el plenario no aparece probado que se haya dejado anotación en la hoja de vida sobre el motivo que dio lugar al retiro del demandante, tal hecho no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que, además, no constituye elemento de aquél.*

También, cabe hacer cita de un pronunciamiento<sup>6</sup> aunque anterior al ya transcrito, reviste importancia para el asunto:

*“Las anotaciones mencionadas y el registro posterior que se hace con fundamento en ellas no tiene relación alguna con la existencia y validez del acto declaratorio del retiro del servicio y menos con la operancia de la presunción de legalidad de que el retiro se decreta en aras del mejoramiento del servicio.*

*La anotación citada en la hoja de vida del empleado desvinculado del servicio, antes que dar paso a la presunción de legalidad de la decisión administrativa, llevaría a desnaturalizar la facultad discrecional que en algunos casos tienen las autoridades y que ejercen, porque le impondría la expresión de las causas del retiro cuando la misma ley lo faculta para expedir el acto sin motivación expresa.*

*Se repite, la presunción de legalidad del acto de desvinculación del servicio del empleado sin estabilidad no opera por la expresión de los antecedentes del hecho de*

<sup>6</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, sentencia de fecha 09 de octubre de 2003, Rad. Num.: 25000-23-25-000-1997-7281-01(3290-02), Actor: Alfonso Maldonado Pinto



*su retiro en su hoja de vida y el posterior registro de los mismos en otro archivo estatal, pues dicha actuación ordenada por la ley no se ha establecido para deducir la finalidad o el mejoramiento del servicio, ni para verificar la ocurrencia de unos hechos antecedentes; tal como ya se expresó, esa actividad se proyecta a la prestación del servicio presente, posterior y al futuro, a la finalidad y operancia de lo que es la facultad discrecional y sus consecuencias jurídicas”.*

Conforme a lo anterior, se tiene que la falta de constancia en la hoja de vida no constituye un hecho previo a la expedición del acto acusado el cual contiene la decisión de declarar la insubsistencia del nombramiento, sino que por el contrario tal constancia es una obligación de tipo procedimental que surge con posterioridad al acto mismo. Así, dado que las causales de nulidad de los actos administrativos deben por razonamiento lógico, ocurrir de manera anterior a su expedición, mal podría entenderse que la falta de constancia en la hoja de vida siendo un trámite posterior, vicia de nulidad el acto. En estos términos, el cargo endilgado no tiene vocación de prosperar.

Desviación de Poder: Se propuso este cargo alegando que el acto acusado se expidió sin tener en cuenta la buena gestión realizada por el demandante durante todo el tiempo en que prestó sus servicios, en que la persona que se designó como reemplazo cumple funciones distintas al cargo encomendado, y que además se atendió a razones de índole político apartándose así a los motivos distintos del buen servicio.

Ciertamente se probó a través de las declaraciones rendidas por los señores Ramón Muskus Dumar y Ariel Aduén Ángel, que el demandante se caracterizó por ser un buen empleado, conocedor de los programas que adelantaba con ocasión de sus funciones, que nunca tuvo tacha o llamados de atención en su hoja de vida. Empero, decantando esta ya por el Tribunal de Cierre que en tratándose de empleados vinculados bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, el buen o excelente desempeño en el ejercicio de sus funciones es un comportamiento que deviene de una obligación adquirida, y en ese orden es también un resultado esperado por la administración; así aquel no es un obstáculo al momento de decidir la declaratoria de



insubsistencia, habida cuenta que por la naturaleza del cargo y por disposición legal el acto de retiro o de desvinculación puede proferirse de manera discrecional, sin motivación alguna, esto es queda a criterio del nominador, con la salvedad que en ningún caso puede obedecer al capricho o la arbitrariedad, evento en el cual el empleado desvinculado tendrá la carga de probar los supuestos de hecho que endilguen tal comportamiento.

Por tanto, en el asunto se estima que el hecho de dejar de lado el buen desempeño del señor Máximo Calderón en el cargo que ejercía, no es una razón válida en términos jurídicos para abstenerse de declarar la insubsistencia de su nombramiento, y mucho menos para que una vez materializada la decisión ésta se vea afectada de nulidad por esa causa, pues se reitera que tal actuación de la administración yace en su potestad discrecional y no se enmarca dentro de lo caprichoso o arbitrario.

Alega también el demandante que el señor Ramiro Salazar Ramos fue vinculado mediante orden de prestación de servicio en la Secretaría de Planeación, en el cargo de Asesor pero que sin embargo a éste no se le asignaron las funciones propias de dicho cargo sino que se le encomendaron otras, por ello considera que no hubo reemplazo, sino que el cargo quedó acéfalo, y que si la administración consideraba que las funciones que se venían realizando eran innecesarias debió suprimir el cargo y no proceder a declarar la insubsistencia. Respecto a esta causal, el despacho no entrará a hacer el respectivo estudio en atención a que no se demostró si en el cargo de asesor código 105, grado 01, se vinculó otra persona y si ésta cumple o no las funciones inherentes al mismo, habida cuenta que en el plenario no existe prueba alguna que demuestre lo manifestado por el actor en este aspecto, lo cual era una carga procesal suya de conformidad con el art. 177 del C.P.C. aplicable por remisión del art. 211 del C.P.A.C.A. Adicionalmente, si en gracia de discusión se diera paso a la presente causal, se estimaría que la circunstancia alegada estaría lejos de lograr la nulidad del acto toda vez que el nominador en su discrecionalidad puede nombrar a quien a su juicio reúna también los



requisitos exigidos para el cargo, y será él quien designe sus funciones dentro del marco de la ley así como del reglamento.

Finalmente, se invocó la desviación de poder indicando que para la fecha en que se declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante se produjo un despido masivo de otros empleados en cargos similares, y que todo ello obedeció al cambio de administración.

Frente a lo planteado, y partiendo de la base de que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, se considera que si lo pretendido es desvirtuar aquella teniendo como causal la desviación de poder, no basta con expresar que se presentó una situación de despidos masivos o persecución política sino que es indispensable probar tal afirmación, lo cual no se hizo en el sub.judice, ya que si bien al proceso se aportaron copias de sendos actos administrativos a través de los cuales se declaró la insubsistencia de diversos nombramientos, el despacho no tiene plena certeza de que se hayan expedido atendiendo a razones políticas, ya que no existe una prueba que lo corrobore de manera fehaciente sino que parecieran ser solo conceptos subjetivos. Ello, se soporta también con la respuesta dada por uno de los declarantes señor Ariel Aduén Ángel, quien a la pregunta referida a que si sabía de manera certera o si le constaba las razones por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, respondió que no le constaba pero que suponía que fue por motivos políticos. Así, dado que el Juez debe basar su juicio en hechos plenamente probados y no en suposiciones o consideraciones personales, no puede esta instancia judicial tener como cierto lo declarado sobre ese aspecto. El testigo señor Ramón Muskus respondió en el mismo sentido que el anterior, también bajo suposiciones teniendo menor credibilidad este último ya que el declarante manifestó estar desvinculado de la entidad con notable anterioridad a la fecha de retiro del demandante, por lo que el conocimiento del caso no lo obtuvo de manera directa sino transversal. De igual forma, se estima que no se probó mediante prueba documental que con la desvinculación del demandante se hubiese desmejorado el servicio, así



como tampoco a través de prueba testimonial, toda vez que el testigo Ariel Aduén expresó que él desconocía si el servicio había sido desmejorado ya que para poder responder a esa pregunta era indispensable conocer las cualidades personales y el perfil de la nueva persona, y desde luego saber qué tanto se ha avanzado en el desarrollo de los programas que adelantaba en su cargo el demandante, señor Máximo Calderón.

En lo concerniente al testimonio rendido por el señor Jorge Martínez Paternina, es de anotar que el mismo fue tachado de sospechoso por el apoderado de la entidad demandada en la respectiva audiencia de pruebas. Tacha que el despacho encuentra procedente ya que el mismo testigo asintió en que promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por hechos similares contra el departamento de Sucre, en ese sentido se estima que la imparcialidad del testigo puede verse afectada. En razón a ello su testimonio no será valorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 217 y 218 del C.P.C, aplicable por remisión del art. 211 del CPACA.

En ese orden, es claro que el acto administrativo cuestionado, Decreto No. 033 del 11 de enero de 2012, conserva su presunción de legalidad dado que no se logró probar que la actuación del representante legal del departamento de Sucre haya provenido de una intención arbitraria y desviada de las razones del buen servicio, ya que con ocasión de una nueva administración, el cambio de empleados que ostentan cargos de libre nombramiento y remoción no debe entenderse como un capricho o una actuación mal intencionada sino como el ejercicio de la actividad potestativa y discrecional de carácter legal conferida al empleador quien con miras a la consecución de los logros y objetivos trazados al inicio de su gestión gubernamental y administrativa requiere rodearse de un equipo de trabajo que a su consideración le ofrezca el máximo grado de confianza, por lo que es evidente y válido que propenda por el nombramiento de estas personas.



Visto así las cosas, el cargo de desviación de poder invocado por la parte demandante, no tiene vocación de lograr la nulidad impetrada, de esta manera se declarará probada la excepción de falta de causa para pedir, propuesta por el apoderado de la entidad accionada, Departamento de Sucre.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Declárase probada la excepción de falta de causa para pedir, propuesta por el apoderado de la entidad demandada, conforme la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Deniéguense las súplicas de la demanda.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**LUZ ELENA PETRO ESPITIA**

Jueza