

250



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Cartagena de Indias D.T y C, dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2018-00069-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>ADOLFO JOSÉ HERNÁNDEZ ROMERO</b>
<b>Demandado</b>	<b>DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS (DISTRISSEGURIDAD)</b>
<b>Tema</b>	<b>REINTEGRO CARGO LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN</b>
<b>Sentencia No</b>	<b>0162</b>

**1. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO dentro de la demanda presentada por **ADOLFO JOSÉ HERNÁNDEZ ROMERO**, a través de apoderado judicial, contra el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**.

**2. ANTECEDENTES**

**PRETENSIONES:**

1-Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 103-2017 de fecha 05 de octubre de 2017, por medio de la cual la señora **PIEDAD MERLANO CHAVEZ** – en calidad de Directora General de Distriseguridad (E), declaró insubsistente el nombramiento de Director Operativo, Código 009, Grado 002, que ocupaba el señor **ADOLFO JOSE HERNANDEZ ROMERO**.

2-Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al **DISTRITO DE CARTAGENA – DISTRISSEGURIDAD**, reintegrar al demandante al mismo cargo o a uno de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando, sin solución de continuidad.

3-Que se condene al **DISTRITO DE CARTAGENA – DISTRISSEGURIDAD**, a reconocer y pagar al demandante las siguientes pretensiones.

- a. Salarios dejados de percibir equivalentes a \$ 31.950.848.
- b. Prima de vacaciones, equivalentes a \$ 1.331.285.
- c. Bonificación de recreación, equivalentes a \$ 532.514.
- d. Cesantías, equivalentes a \$ 2.662.571.
- e. Prima de navidad, equivalentes a \$ 2.662.571.
- f. Prima de servicios, equivalentes a \$ 1.331.285.

Todas las anteriores pretensiones, por el periodo comprendido desde el 05 de octubre de 2017 al 02 de febrero de 2018 y los que a futuro se sigan causando.

4-Que se condene a la parte demandada, actualizar las sumas reconocidas de acuerdo al IPC o al por mayor.

5-Que se condene a la parte demandada a pagar intereses en los términos del artículo 192 del CPACA.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

6- Que se condene a la parte demandada a realizar a favor del demandante el pago de las cotizaciones en salud y pensión por el periodo que en no se hizo el mismo, y de acuerdo a la pretensión tercera.

7- Condenar a la parte demandada, a pagar el subsidio familiar de cada uno de los hijos del demandante, en los periodos en los cuales tuvieron derecho a recibirlo.

8- Condenar el costas y agencias en derecho a la parte demandada.

### **HECHOS**

Se tienen como hechos de la parte demandante los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se sintetizan así:

-El señor ADOLFO JOSÉ HERNANDEZ ROMERO, por medio de resolución No. 012-2013 fue nombrado en DISTRISSEGURIDAD – Cartagena, en un cargo de libre nombramiento y remoción, como Director Operativo, Código 009, Grado 002.

-De acuerdo a acta de posesión, el señor ADOLFO JOSÉ HERNANDEZ ROMERO, se posesionó en dicho cargo el día 01 de febrero de 2013.

-El señor ADOLFO JOSÉ HERNANDEZ ROMERO, mientras ocupó el cargo de Director Operativo en DISTRISSEGURIDAD, nunca fue sancionado, requerido, ni tuvo incidentes disciplinarios en su contra, ni ningún memorando por incumplimiento de sus funciones, es decir, desde el 01 de febrero de 2013, cuando se posesionó, hasta 05 de octubre de 2017, cuando fue declarado insubsistente.

-A través de memorando 01-001570 de fecha 05 de octubre de 2017, se le comunicó al señor ADOLFO JOSÉ HERNANDEZ ROMERO, que mediante Resolución No. 103-2017 del 05 de octubre de 2017, expedida por la doctora PIEDAD MERLANO CHAVEZ - en calidad de Directora Encargada desde el 29 de septiembre de 2017 -, se le declaró insubsistente del cargo de Director Operativo, Código 009, Grado 002.

-Que en remplazo del señor ADOLFO JOSÉ HERNANDEZ ROMERO, se nombró al señor AQUILES RODRIGUEZ RIBÓN – quien era un trabajador en provisionalidad -, y no a un trabajador de carrera u otro de Libre Nombramiento y Remoción.

### **- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES**

Considera el apoderado judicial de los accionantes que con la expedición del acto acusado los accionados han trasgredido las siguientes normas:

Con la expedición del decreto N°145 de fecha 07 de diciembre de 2015, infringieron los siguientes preceptos:

- 1- Constitucionales: Artículos 6, 121, 125 y 209
- 2- Artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004
- 3- Decreto 2400/68, art. 5 y 18; Decreto 1950/73, art. 58; Decreto 1227/05; Decreto 1083 de 2015;
- 4- Artículos 8 y 10 del decreto 1227 de 2005.

Como concepto de violación de las normas, en concreto, planteó lo siguiente:

**Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017**

**Página 2 de 19**



257



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Quien fungía como Directora General, encargada, carecía de competencia para declarar insubsistente al hoy demandante, pues la misma ostentaba nombramiento en provisionalidad, por lo que no podía ser encargada; a mas que la Resolución No. 103-2017 no tuvo por objeto la mejora del servicio en razón a que el designado para sustituir no cumplía con los requisitos de ley para ocupar dicho cargo, sumado a que no tenía mejor experiencia profesional que el señor Hernández Romero, a quien reemplazó.

**- CONTESTACIÓN**

**DISTRITO DE CARTAGENA:** El ente territorial se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento factico y jurídico, haciendo notar que el demandante pretende que se declare la nulidad de un acto que según su dicho atenta contra el ordenamiento legal, como fuera que la directora encargada no podía ocupar dicho cargo, y por ende todo acto expedido por ella dentro de sus funciones sería inexistente. Debiéndose decir que tal afirmación es atentatoria y alejada de toda realidad jurídica y fáctica, toda vez que tanto el acto que nombra a la directora encargada como el acto que ella suscribe para declarar la insubsistencia están amparados bajo el principio de legalidad y gozan de total apego al ordenamiento jurídico; destacándose que la interpretación que el accionante hace de la ley 909 está errada porque el hecho de estar nombrado en provisionalidad no excluye poder ser nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

**DISTRISEGURIDAD:** La entidad se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento factico y jurídico, indicando que todo el trámite administrativo para separar del cargo de libre nombramiento remisión que ocupaba el señor Adolfo José Hernández Romero como director operativo código 009 grado 02 en DISTRISEGURIDAD fue conforme a derecho y cumpliendo con todos los preceptos constitucionales y legales que dicha normativa le faculta al Director General para tomar este tipo de decisiones, por lo que no le asiste al demandante derecho para pedir la nulidad del acto administrativo.

**- TRÁMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada en la fecha 12 de abril de 2018, siendo admitida el 07 de mayo de dicha anualidad, y notificada al demandado por estado electrónico N° 057 de 2018.

Posteriormente fue notificada a las demandadas, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado Civil y al Ministerio Público el día 18 de mayo de 2018 de conformidad con lo establecido en el artículo 199 del CPACA.

Se fija en lista las EXCEPCIONES propuestas en la contestación de la demanda, por los términos de ley.

Se cita a las partes a audiencia inicial para el día 20 de noviembre de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA, y para la fecha 30 de enero y 16 de mayo de 2019 se celebró audiencia





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

de pruebas conforme a lo establecido en el artículo 181 del CPACA. Se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

#### - ALEGACIONES

**DEMANDANTE.** Reitera lo expuesto en el libelo demandatorio, esencialmente que a la señora PIEDAD MERLANO CHÁVEZ no podía ser encargada por no ostentan un cargo de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, por lo que carecía de competencia para la declaración de insubsistencia del demandante; así mismo que el designado como reemplazo no cumplía con los requisitos de ley para ocupar el cargo en el que fue designado.

**DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.** Itera lo dicho en su contestación de la demanda, destacando que la demanda se sustenta con base en unos hechos mientras que las pruebas aportadas demuestran la existencia de otros de mayor relevancia y trascendencia, y que no fueron tenidos en cuenta al momento de estructurarla, máxime cuando sus pruebas están encaminadas a demostrar que el señor Aquiles Rodríguez Ribón tenía menos experiencia que él, lo que aún no se encuentra demostrado, pero que además asumía el empleo en calidad de encargo mientras el mismo era provisto de forma ordinaria, y así fue cuando se efectuó el nombramiento de Jorge Ariel Ramos Mejía tal y como había sido anunciado en la Resolución No. 104-2017, las cuales reposan en el expediente.

**DISTRISEGURIDAD.** Insiste lo manifestado en su contestación de la demanda, esto es, que el trámite administrativo adelantado para la declaración de insubsistencia del señor Hernández Romero fue conforme a derecho y cumpliendo con todos los preceptos legales y constitucionales, pues quien fungía como director general actuó acorde a las facultades de ley.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público: no rindió concepto.

### 3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

### 3. CONSIDERACIONES

#### PROBLEMA JURÍDICO:

Los problemas jurídicos a dilucidar en este asunto son:

Le corresponde al despacho determinar la legalidad del acto administrativo Resolución No. 103-2017 de fecha 05 de octubre de 2017, por medio de la cual la señora PIEDAD MERLANO CHAVEZ – en calidad de Directora General de Distriseguridad (E), declaró insubsistente el nombramiento de Director Operativo, Código 009, Grado 002, que ocupaba el señor ADOLFO JOSE HERNANDEZ ROMERO, ya que a voces del demandante fue proferido sin competencia





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

para ello y sin la intención de mejorar el servicio, y si procede su reintegro a un cargo de igual o mejores condiciones al que venía ocupando a la fecha de su desvinculación.

### **TESIS DEL DESPACHO**

Luego de verificar el acto administrativo No. 103 de 2017, se constata que el mismo se funda en la facultad discrecional que le confiere el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, artículo 41 de la ley 909 de 2004 y lineamiento jurisprudencial de la sentencia C-1003 DE 2003 de la Corte Constitucional, esto es, existe la norma, y que la misma supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio, sin que tal presunción haya sido destruida, lo que determina en el presente asunto que la discrecionalidad se ejerció dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

De la misma forma, se puede concluir que el hecho de que el demandante se haya desempeñado con idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, ni constituye, por sí sola, causal de anulación del acto.

En este caso la entidad demandada no causó violación legal alguna, ya que es perfectamente legal y válido que por la naturaleza del cargo se procediera a la desvinculación a discrecionalidad de la entidad nominadora, reiteramos, esta es la característica esencial de este tipo de nombramiento; sin que por ello se haya causado violación a norma superior alguna ni se haya causado agravio injustificado al demandante como equivocadamente se sostiene por la actora, tal y como ocurrió en el presente caso, por lo que no hay vocación de prosperidad de las pretensiones de la demanda.

### **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **De la provisionalidad de la Ley 909 de 2004**

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

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

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad (art. 2 *idem*).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 *ibidem*<sup>1</sup>, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

<sup>1</sup> Conc. Art. 125 C.P.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

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 idem).

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.

Ahora bien, sobre la provisionalidad en el decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004. *Vinculación a los empleos de carrera, provisión de empleos:*

***Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."***

Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional. En el presente caso, se observa que en el nombramiento provisional del actor, no se especificó el término de duración del cargo para el cual fue nombrado, razón por la cual se entiende prorrogada en el término del tiempo.

Así también, conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 "Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado". Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen que se venía aplicando, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 y el Decreto reglamentario 1227 de 2005, como lo había expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto de 14 de julio de 2005, Radicación No. 1652<sup>2</sup>, se está en presencia de dos derogatorias expresas:

- 1.- La de la Ley 443 de 1998 por el artículo 58 de la Ley 909 y,
- 2.- La del Decreto 1572 de 1998 por el artículo 112 del decreto 1227 de 2005.

**Y, de una derogatoria tácita y parcial: La del artículo 107 del decreto reglamentario 1950 de 1973, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 41<sup>3</sup> de la ley 909 de 2004 y 10 del decreto reglamentario 1227 de 2005.**

Este Despacho, acoge la tesis del Consejo de Estado<sup>4</sup>, que en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento<sup>5</sup>, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad,

<sup>2</sup> En aquella oportunidad precisó esa Sala: "Los artículos 107 del decreto 1950 de 1973, reglamentario de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y 7º del decreto 1572 de 1998, reglamentario de la ley 443 del mismo año, que reconocían facultad discrecional a la administración para retirar del servicio a los empleados que desempeñaran un cargo de carrera en provisionalidad, fueron derogados implícitamente por los artículos 3º y 41 de la ley 909 de 2005 y el artículo 10º del decreto 1227 del mismo año que la reglamentó, conforme a los cuales tales nombramientos sólo podrán darse por terminados mediante resolución motivada."

<sup>3</sup> "ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- 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 2ºo. 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 2o. 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."

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

<sup>5</sup> Esto es. en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

Con respecto a la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, tenemos que la fecha de la desvinculación del actor ocurrió en vigencia de la Ley 909 de 2004, es así pues, que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO<sup>6</sup>, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>7</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Por su parte el decreto 760 de 2005, mediante el cual se establece el procedimiento a seguir para retirar del servicio a empleados aforados, en su artículo 24, establece:

*"No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:*

*24.1. Cuando no superen el período de prueba.*

*24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.*

***24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito***. (Subrayas y negrillas del despacho)

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien en sentencia C-1119 de 2005, manifestó lo siguiente:

*"En el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; **cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos**. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el*

<sup>6</sup> De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

<sup>7</sup> La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

254



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

*proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes. Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos". (Subrayas y negrillas del Despacho)*

Quiere decir lo anterior que no importa si el empleado goza de fuero sindical, pues en tratándose de proveer las vacantes ofertadas por aquellos concursantes que aprobaron el concurso de méritos y que se encuentran en lista de elegibles en firme, enviada por la comisión nacional de servicio civil; no es requisito *sine qua non* obtener autorización judicial para proceder a la desvinculación de aquel empleado aforado.

De otro lado, cuando la lista de elegibles está conformada por un número de aspirantes inferior al número de vacantes ofertadas en el concurso de méritos, se debe tener en cuenta para proveer dichos cargos si los empleados en provisionalidad gozan de protección especial. Es así como el parágrafo 2 del decreto 1894 de 2012, establece que:

*"Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

1. *Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
2. *Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
3. *Ostentar la condición de pre-pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
4. *Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical".*

Así mismo, para acreditar la condición de madre cabeza de familia es menester probar dentro del proceso que se cumplen las exigencias esbozadas por la jurisprudencia constitucional, las cuales a saber son: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) cuya responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) responsabilidad derivada no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; o (iv) cuya pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde, por algún motivo como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; y (v) que no reciba ayuda alguna por parte de los demás miembros de la familia o, recibéndola, que exista una deficiencia sustancial entre lo requerido para satisfacer el mínimo vital de los sujetos a su cargo y lo recibido, siendo, en la práctica, el sustento del hogar una responsabilidad exclusiva de la madre.

En cuanto a lo que implica la facultad nominadora, la contraloría emitió concepto Jurídico 50194 Septiembre 25 de 2006, en el cual aclaró que:





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

*“Para el cumplimiento de sus objetivos el Estado requiere la presencia y actividad de personas que realizan esas funciones dentro de un marco de organización administrativa. Esas personas, según el querer constituyente, deben tener unos atributos de mérito y calidad que el propio ordenamiento jurídico contempla. Para decidir y vincular al servicio público a las personas que cumplen los requisitos el Estado ha dotado de una especial confianza y capacidad jurídica a personas que tienen la facultad de nominar (elegir el nomen) a quienes van a engrosar las filas del servicio en el Estado. “La facultad nominadora es entonces entendida como la competencia que se le asigna al jefe o representante legal de una entidad para producir las decisiones de vinculación o retiro de empleados, trabajadores o funcionarios públicos”*

Sobre la naturaleza jurídica de los funcionarios en calidad de provisionales, y el contenido de la motivación del acto administrativo mediante el cual se desvincula a empleados en cargos provisionales, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia T-147/13, acotó lo siguiente:

#### **“NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS EN CALIDAD DE PROVISIONALES**

**4.3.1.** *La Constitución Política establece en su artículo 125 que los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se realizará mediante concurso, con el propósito de incentivar el mérito para acceder a la función pública. El mismo artículo precisa que el retiro se efectuará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.*

**4.3.2.** *Como el procedimiento para proveer un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito “el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad<sup>8</sup>, cuando la primera no pueda verificarse.”<sup>9</sup>*

**4.3.3.** *La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”<sup>10</sup>. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad<sup>11</sup>.*

**4.3.4.** *La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.*

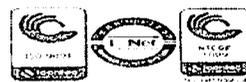
**4.3.4.1.** *Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de*

<sup>8</sup> Ver, entre otros, Decreto-Ley 2400 de 1968, Artículo 5; Ley 61 de 1987, Artículo 4; Ley 27 de 1992, Artículo 10; Ley 443 de 1998, Artículo 8; y la Ley 909 de 2004.

<sup>9</sup> Cfr. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>10</sup> Cfr. Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.

<sup>11</sup> Ibidem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



255



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

*pertenecer a un cargo de carrera*<sup>12</sup>. Sobre este punto, la Corte señaló en la *Sentencia T-251 de 2009*, que:

*“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”*<sup>13</sup>.

Posteriormente, en la *Sentencia SU-917 de 2010*<sup>14</sup>, se reiteró que para respetar y garantizar: (i) la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscriben la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; (ii) el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y (iii) el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido<sup>15</sup>; **es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado.**

**4.3.4.2.** En lo concerniente a los cargos de libre nombramiento y remoción debe recordarse que son una excepción dentro de la provisión de empleos, pues “no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades”<sup>16</sup>.

Ahora bien, no existe una ley mediante la cual se asimilen los cargos provisionales a los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia los nominadores no pueden desvincular a quienes se desempeñan en cargo provisionales con la misma discrecionalidad que tienen frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, sin asumir la obligación de motivar sus actos<sup>17</sup>.

**4.3.5.** En conclusión, los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos

<sup>12</sup> Ibidem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>13</sup> Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>14</sup> Ver, entre muchas otras, las Sentencias: SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-884 del 17 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-610 del 24 de julio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-597 del 15 de junio de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-031 del 21 de enero de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño, T-024 del 26 de enero de 2006. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-064 del 01 de febrero 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-007 del 17 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-011 del 16 de enero de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla, SU-917 del 11 de noviembre 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia C-514 del 16 de noviembre de 1994. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>17</sup> Sentencia T-800 del 14 de diciembre de 1998. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ibidem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

*que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero **tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción**, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción<sup>18</sup>; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación<sup>19</sup>.”*

### **Límites constitucionales y legales para ejercer la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción.**

Como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia<sup>20</sup>, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

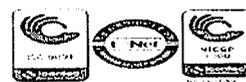
Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

<sup>18</sup> Ibidem. Sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>19</sup> Ibidem. Sentencia SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Ibidem. Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.



256



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2.º, contempla la facultad discrecional de remover a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>21</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Asimismo, la Subsección ha sostenido<sup>22</sup> que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza, y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa. Lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

**La desviación de poder**

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas no gozan de autonomía. Al contrario, el poder público es heterónomo, porque la normativa que regula dichas funciones prevé deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6.º de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

<sup>21</sup> Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia: expediente T-3.215.182.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16), M.P: William Hernández Gómez.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Conforme a ello, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»<sup>23</sup>.

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder<sup>24</sup> es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]»

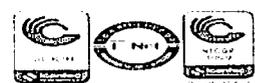
[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumental técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]»<sup>25</sup>

Así las cosas, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente responde la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales. Algunos incluso sostienen que en el derecho administrativo no es necesario hablar de la constitucionalización, porque por su naturaleza es constitucional.

<sup>23</sup> Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.

<sup>24</sup> La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.

<sup>25</sup> Eduardo García de Enterría: Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998. pp. 31 y 36.





257

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley<sup>26</sup>. En esos términos, al tratarse de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, el Consejo de Estado ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, desde esta misma óptica. Veamos la parte pertinente:

«[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse<sup>27</sup>.

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar<sup>28</sup>. [...]»

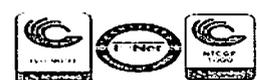
Cabe resaltar, que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluye que en este caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, esta corporación ha sostenido lo siguiente:

<sup>26</sup> Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

<sup>28</sup> *Ibidem*.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

«[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.[...]»<sup>29</sup>

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

### **CASO CONCRETO**

En el caso particular, encontramos que la inconformidad del demandante se origina por la actuación administrativa a través de la cual se da por terminado el vínculo laboral con DISTRISSEGURIDAD, dentro del cual, en su sentir, se trasgredió la Constitución Nacional y la ley 909 de 2004, por cuanto se declaró la insubsistencia por funcionario carente de competencia y contrariando la finalidad de mejora del servicio.

Así pues, teniendo en cuenta lo que se pretende, encuentra el Despacho dentro de la presente actuación que los elementos probatorios relevantes, son los siguientes:

- Resolución No. 012-2013, mediante la cual se designa en un cargo de libre nombramiento y remoción al señor ADOLFO JOSÉ HERNÁNDEZ ROMERO en DISTRISSEGURIDAD, acompañado de acta de posesión ( Fols. 16-17)
- Decreto No. 103-2017 de fecha 05 de octubre de 2017, por el cual se declara insubsistente al señor ADOLFO JOSÉ HERNÁNDEZ ROMERO (Fol. 18-19)
- Resolución No. 0007 de fecha 26 de enero de 2006, mediante la cual se nombra en provisionalidad a la señora PIEDAD PATRICIA MERLANO CHÁVEZ en DISTRISSEGURIDAD, acompañado de acta de posesión ( Fols. 32-33)
- Decreto 1312 de fecha 29 de septiembre de 2017, mediante el cual se hace el encargo de funciones, como Director General, a la funcionaria Piedad Patricia Merlano Chávez (Fols. 34)

Igualmente se recibieron los siguientes testimonios:

ADOLFO HERNÁNDEZ ROMERO (Min 08:08 – 11:27), quien reitera lo expuesto en el libelo.

PIEDAD PATRICIA MERLANO CHÁVEZ (Min 13:34 – 30:18), indica que efectivamente fue encargada como Directora General de DISTRISSEGURIDAD, siendo una de las funciones del cargo la de designar o revocar nombramientos, tal como lo indica el manual de funciones, y para ello no necesita autorización alguna de otra instancia; manifiesta que efectivamente luego de la declaratoria de insubsistencia del señor Hernández Romero se encargó al señor Aquiles Rodríguez en el empleo de Director Operativo, lo cual fue por el término de 30 días y luego de ese lapso se designó a Jorge Ramos; señalando que se dio una mejora en el servicio, y entre los varios proyectos que se manejaron destaca el de cámaras.

EDGAR DÍAZ MONTES (Min 32:38 – 48:03), este declara laboral en DISTRISSEGURIDAD desde hace aproximadamente 16 años; indicando que la designación del Director General de la entidad es potestad del alcalde mayor del Distrito, sin que exista un actuar interno respecto a dicho nombramiento, pues eso llega de la alcaldía, la que nos comunica; se encargó a Piedad Merlano por la renuncia de quien fungía en dicho empleo; a su vez la Resolución No. 104-2017 se expidió porque se declaró una insubsistencia, esa la proyectó jurídica, al igual que la Resolución por la que

<sup>29</sup> Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

se nombra a Jorge Ramos como Director Operativo; el señor Aquiles Rodríguez funge como Profesional Especializado en el área operativa desde el año 2009, y cumplía con los requisitos para ejercer en el cargo de Director Operativo.

Seguidamente se ha de indicar que al ser la declaratoria de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, una 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.

Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por el artículo 167 CGP, disposición aplicables al asunto por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

Claras las exigencias de nuestro ordenamiento respecto a la carga probatoria, teniendo en cuenta la naturaleza de la vinculación laboral, constatamos que en el libelo solo se aduce como causales de nulidad la falta de competencia de quien declaró la insubsistencia del demandante, y que la misma no tenía como objeto la mejora del servicio.

Respecto a la primera causa, esto es, la falta de competencia, se verifica que la señora PIEDAD PATRICIA MERLANO CHÁVEZ fue encargada como directora general de DISTRISSEGURIDAD por parte del alcalde mayor del Distrito de Cartagena mediante Decreto 1312 del 29 de septiembre de 2017, acto administrativo este que se arroja en la presunción de legalidad que la ley le confiere, destacando que el mismo nunca ha sido excluido del ordenamiento jurídico, pues nunca fue revocado o decretado nulidad alguna por parte del Contencioso Administrativo, relievándose igualmente que el mismo no fue atacado en la presente demanda. Siendo ello así, y luego de confrontar el Manual específico de funciones y competencias laborales de DISTRISSEGURIDAD se constata que dentro de las funciones del Director General, está la de expedir y ejecutar actos administrativos para la buena gestión administrativa; así como dirigir las relaciones laborales del establecimiento, para la buena gestión de los recursos humanos; al igual que proveer los cargos creados por la Junta Directiva y remover a los funcionarios respectivos, para la correcta atención de las necesidades del servicio; de lo anterior es claro que dicho cargo si ostenta la competencia para la declaratoria de insubsistencia de los empleados subalternos en la mentada entidad.

Ahora, si bien el apoderado de la parte demandante aduce que por el hecho de encontrarse vinculada en provisionalidad, la señora PIEDAD PATRICIA MERLANO CHÁVEZ no podía ser encargada, y ello afectaría de nulidad tal designación, el Despacho debe aclarar que tal circunstancia no puede ser estudiada en el asunto que nos ocupa, ello por cuanto como arriba se dijo el Decreto 1312 del 29 de septiembre de 2017 no fue demandado, y el mismo nunca ha sido excluido del ordenamiento, teniendo vigencia y plena aplicación en atención a la presunción de legalidad que pesa sobre él. Paralelamente es bueno recordar la reiterada jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en cuanto a que el planteamiento de los cargos, constituye el marco de acción del juez, quien deberá resolver sobre la validez del acto demandado dentro de esos precisos límites establecidos en la demanda, y se itera el Decreto 1312 no es materia de estudio en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otro lado, en lo relativo a que la declaratoria de insubsistencia no tenía como objeto la mejora del servicio, no se encuentra prueba en el expediente que demuestre tal hecho, por el contrario en su declaración la señora PIEDAD PATRICIA MERLANO CHÁVEZ (Min 13:34 – 30:18), adujo que se dio una mejora en la prestación del servicio, verificándose que no reposa elemento probatorio que contrarie ese dicho.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Paralelamente relevamos que el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico. En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”.

Luego de verificar el acto administrativo No. 103 de 2017, se constata que el mismo se funda en la facultad discrecional que le confiere el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, artículo 41 de la ley 909 de 2004 y lineamiento jurisprudencial de la sentencia C-1003 DE 2003 de la Corte Constitucional, esto es, existe la norma, y que la misma supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio, sin que tal presunción haya sido destruida, lo que determina en el presente asunto que la discrecionalidad se ejerció dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

De la misma forma, se puede concluir que el hecho de que el demandante se haya desempeñado con idoneidad para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, ni constituye, por sí sola, causal de anulación del acto.

En este caso la entidad demandada no causó violación legal alguna, ya que es perfectamente legal y válido que por la naturaleza del cargo se procediera a la desvinculación a discrecionalidad de la entidad nominadora, reiteramos, esta es la característica esencial de este tipo de nombramiento; sin que por ello se haya causado violación a norma superior alguna ni se haya causado agravio injustificado al demandante como equivocadamente se sostiene por la actora, tal y como ocurrió en el presente caso, por lo que no hay vocación de prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Conforme los fundamentos fácticos y jurídicos antes expuestos, concluye este Despacho judicial que la parte accionante no logró demostrar la supuesta ilegalidad que se expuso en la demanda, y así se declarará en la resolutive de esta providencia.

### **COSTAS**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00069-00**

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

“.....

*8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la parte demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

### 5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** No condenar en costas.

**TERCERO:** Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ  
Juez