



Consejo Superior
de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja,

03 DIC 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CLAUDIA LUCÍA BARRERA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
EXPEDIENTE: 15001333300620170009700

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ, a través de apoderado y en ejercicio de acción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011-, acudió a esta jurisdicción a instaurar demanda contra el "DEPARTAMENTO DE BOYACA", con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto No. 033 del 19 de enero de 2017 expedida por el señor Gobernador de Boyacá, por medio de la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ en el cargo de Asesor – Código 105 Grado 01 adscrito al Despacho del Gobernador de Boyacá. Como consecuencia de la nulidad pretende que se ordene el reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía y se condene a la demandada: (i) al pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de la insubsistencia hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda, cuyas sumas resultantes se deberán indexar en la forma indicada en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. (ii) a cancelar a favor de la demandante por perjuicios morales la cantidad de 100

SMLMV derivados del presunto sufrimiento padecido por la persona declarada insubsistente. Además deprecó se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Fundamentos fácticos

La situación fáctica¹ que narra la demanda, se resume en que la actora tramitó proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Departamento de Boyacá (expediente Rad. 2011-0051) del que tuvo conocimiento este juzgado y dentro del cual se profirió sentencia de fecha 31 de mayo de 2012 en la cual se declaró la nulidad del acto administrativo de fecha 9 de septiembre de 2010² proferido por el entonces Gobernador de Boyacá, por el cual se declaraba insubsistente el nombramiento de la demandante en el empleo de Asesor Código 105 Grado 03 adscrito al Despacho de la Secretaría de Cultura y Turismo de Boyacá, la nulidad del oficio por medio del cual se comunicó a la demandante dicho acto administrativo y se ordenó al ente territorial el reintegro sin solución de continuidad de la señora CLAUDIA LUCIA, al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o a uno similar o equivalente categoría y el pago a la entonces demandante de sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos causados y dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones antes señaladas.

Señaló el apoderado de la demandante, basado en constancia laboral emitida por la entidad demandada, que la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ fue reintegrada al empleo de Asesor Código 105 Grado 1, empleo distinto al que ocupaba cuando fue desvinculada incumpliendo con ello la sentencia que ordenó tal reintegro.

Recalcó en el libelo introductorio que el empleo al que fue reintegrada exigía una experiencia relacionada inferior a la que exigía el empleo que antes ocupaba. Informó que su representada fue objeto de reubicaciones dentro de la misma planta de personal.

¹ Folio 5 y siguientes

² Decreto No. 01262 del 9 de septiembre de 2010

Expresó que la entidad demandada a través de acto administrativo de ajuste del manual específico de funciones y competencias de la planta de personal de la Administración Central del Departamento de Boyacá modificó tanto las funciones como el perfil y los requisitos del empleo que ocupaba su mandante restándole requisitos de estudio y experiencia, en especial suprimiendo el requisito de posgrado, señaló que dicha modificación no se basó en estudios técnicos ni en ninguna herramienta de la función pública.

Recuerda que mientras se desempeñó la demandante en el cargo al que fue reintegrada fueron contratadas por la administración del Departamento a través de la modalidad de prestación de servicios personas y empresas para realizar labores similares a las funciones del empleo que ocupaba.

Señala que en múltiples ocasiones tuvo su representada que cumplir las tareas que habían sido contratadas con terceros. Expresa la parte demandante que en el empleo que ocupaba antes de su retiro del servicio fue nombrado el señor JOHN HENRY BARRERA CHAPARRO quien a juicio del libelista no tenía la experiencia suficiente para desempeñarse en el reseñado empleo, sustenta su afirmación en comparación que hace de las hojas de vida del nuevo funcionario con la de su representada.

Dice que los resultados logrados por la Secretaría de Cultura y Turismo durante el desempeño del nuevo funcionario fueron inferiores a los logrados por dicha cartera cuando quien se desempeñaba en el empleo referido era su poderdante. Refiere que el retiro de su representada se produce cuando ella se encuentra en periodo de vacaciones y con posterioridad al receso concedido por la entidad en el mes de diciembre de 2016.

Aclara que para la fecha de presentación de la demanda el señor JHON HENRY BARRERA CHAPARRO fue retirado del servicio lo que según el libelista se dio por incumplimiento de metas del cargo.

1.3. Las normas violadas y el concepto de su transgresión³

El demandante señaló que el acto acusado fue expedido con desviación de poder, y los vicios de nulidad.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Admisión y etapas del proceso

La demanda fue admitida con providencia del 3 de agosto de 2017 (fls.330 y siguientes) y una vez notificada la entidad accionada contestó la misma en forma extemporánea (fls. 367 y siguientes).

Posteriormente mediante auto del 2 de febrero de 2018 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl.493).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 27 de febrero de 2018, según consta en el acta que reposa en el expediente y que consta a folios 495 y siguientes, en la cual se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día 9 de abril de 2018, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (folios 522 y siguientes), diligencia en la que fueron incorporadas todas las pruebas, se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.2. Oposición a la demanda

³ Folio 18 y siguientes.

La entidad demandada dentro de la oportunidad legal prevista no contestó la demanda, su respuesta fue radicada con posterioridad al término legalmente previsto para ello, por lo que en audiencia inicial celebrada el 27 de febrero de 2018 se le hizo saber a las partes que tal presentación fue extemporánea, asunto que fuera discutido en trámite incidental de nulidad que fue fallado en forma adversa al solicitante por encontrar que la contestación de la demanda fue presentada en forma inoportuna.

2.3. Alegatos de conclusión

Surtidas las etapas a que se refieren los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011 las partes presentaron sus alegatos de conclusión así:

2.3.1. Parte demandante:

Señaló en su escrito el apoderado judicial de la parte demandante que la falta de competencia es el principal indicio probado de desviación de poder del acto acusado y de contera causal de nulidad del mismo, aduce que a una servidora pública que ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción solo podría separársele del cargo con el fin de mejorar el servicio, lo que exigía una ponderación de su desempeño por parte del nominador. Señala que solo su nominador, esto es el titular del cargo, tenía la discrecionalidad para disponer el retiro en aras del buen servicio o de su mejoramiento, facultad y posibilidad que a su juicio resulta indelegable. Expresa que esa actividad "mínima evaluativa" tendiente al mejoramiento del servicio no pudo realizarse al momento en que se dispone el retiro de la demandante, puesto que la decisión de retiro fue tomada por un funcionario encargado por un tiempo corto de las funciones de Gobernador, quien según el apoderado de la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ no conocía la actividad desplegada por su representada, pues dicho funcionario era titular de una secretaría que no tenía ningún vínculo con la cartera a la cual pertenecía la demandante.

Expuso que la circunstancia de haber sido su representada reintegrada producto de un fallo judicial conllevó para su nominador limitación para disponer del cargo, recuerda que la señora BARRERA RODRIGUEZ fue reintegrada a un cargo distinto al que ocupaba, el cual señala como de menor jerarquía, en donde ella resulta devengando una remuneración menor a la correspondiente en el cargo que ocupaba.

Plantea el togado representante de los intereses de la demandante que existió una estrategia tendiente a restarle importancia al empleo que ocupaba su mandante, señalando como circunstancias de dicha estrategia la modificación de las funciones, perfil y experiencia del empleo que ocupaba sin contar tal modificación con un estudio técnico previo; constantes rotaciones de su mandante dentro de secretarías y despacho del gobernador; el encargo de tareas que posteriormente eran presentadas por contratista o por la Secretaría de Cultura como propias; y lo que denominó degradación del cargo por haber disminuido los requisitos lo que según el apoderado conllevó desmejoramiento del servicio.

2.2. Entidad demandada:

El representante judicial del Departamento de Boyacá, que había presentado en forma extemporánea el escrito de contestación de demanda, circunstancia que fue ratificada por el despacho a través de auto del 15 de junio de 2018 a través del cual se negó la solicitud de nulidad presentada por dicho togado, aportó con el título de alegatos de conclusión memorial contentivo de parte de lo que en su momento fue la contestación de la demanda, la que como se recordó fue presentada en forma inoportuna, específicamente las excepciones propuestas, dicho documento dista mucho de la estructura discursiva de un alegato de finalización, el alegato como variante de la argumentación jurídica que formulan las partes en un proceso antes de la adopción de una decisión que pone fin al proceso, debe contener una presentación sistemática y persuasiva de una versión fáctica y jurídica del objeto del litigio, actividad discursiva de la que está lejos el documento aportado por la entidad demandada, por lo que no resulta necesario hacer alusión al mismo, más cuando no contiene ninguna reconstrucción fáctica la

luz de las pruebas decretadas y recaudadas y mucho menos un análisis jurídico en relación con dicha reconstrucción.

En fecha 21 de mayo de 2018 el apoderado judicial del Departamento de Boyacá radicó memorial que denominó como complementación a los alegatos de conclusión, dicho documento al tenor de lo previsto en el inciso 3º del artículo 181 del C.P.A.C.A. y de lo señalado en audiencia llevada a cabo el 9 de abril de 2018 fue presentado en forma extemporánea, esto es por fuera de los diez (10) días siguientes a la fecha de realización de la audiencia de pruebas de que trata el citado artículo 181, por lo cual no será considerado por el despacho como elemento procesal a tener en cuenta al momento de decidir.

III. CONSIDERACIONES

Agotadas como se encuentran las etapas a las que alude el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja procede a proferir fallo de primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual tiene en cuenta lo siguiente:

3.1. Problema Jurídico

En el presente caso el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el acto administrativo contenido en el Decreto 033 del 19 de enero de 2017, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Boyacá mediante cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ, en el cargo de Asesora Código 105 Grado 01, se expidió con vicios que afectan su validez y con desviación de poder.

El demandante esbozó como tesis argumentativa que el acto administrativo a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento de su prohijada fue proferido en forma irregular por ser a su juicio resultado de una cadena de

“abusos y arbitrariedades” y por haber sido tomada la decisión por funcionario que por su interinidad en el cargo de Gobernador “nunca tuvo elemento alguno de valoración que permitiera deducir un servicio deficiente”. Aduce que el acto administrativo demandado fue dictado con falsa motivación y con desviación de poder, sustentando su dicho en la que denominó falta de competencia del funcionario que profirió el acto atacado y en la evidencia probatoria recaudada en donde se verifican indicios de maniobras tendientes a procurar el retiro de la demandante.

La entidad demandada a lo largo del proceso y dentro de las oportunidades que tuvo para efectuar una defensa técnica acorde con la controversia propuesta por el apoderado de la demandante, no lo hizo, presentó la contestación de la demanda en forma extemporánea, presentó alegatos de conclusión carentes de una actividad discursiva exigida para este tipo de intervenciones y argumentación extemporánea por lo que aludir a su tesis resulta inane.

El despacho resolverá la litis negando las pretensiones de la demanda por considerar que no se acreditó la ocurrencia de los hechos que permitieran vislumbrar que el acto administrativo demandado se haya proferido con vicios de legalidad o desvío de poder aducido por la parte demandante.

Para abordar el estudio del problema jurídico planteado, el análisis que realizará el Despacho tendrá en cuenta: i) El régimen del retiro del servicio en el marco del empleo público; ii) Algunos Aspectos de la Carta Iberoamericana de la Función Pública desarrollados por la Ley 909 de 2004; iii) Empleados de libre nombramiento y remoción; iv) Retiro o causas de desvinculación del servicio; v) La declaratoria de insubsistencia; vi) La desviación del poder; vii) Desmejoramiento laboral; viii) El ejercicio del *ius variandi* en las plantas de personal globales y flexibles.

3.2. Argumentos y subargumentos

3.2.1. El régimen del retiro del servicio en el marco del empleo público

3.2.1.1. El servidor público en nuestra legislación

Servidor público es aquella persona que desempeña una función pública en cualquiera de las hipótesis planteadas por el artículo 123 constitucional.

El artículo 123 aludido dispuso:

"Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio"

El artículo 125 ibídem enseñó:

"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. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público".

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: 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. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."

De la lectura de las normas citadas se entiende que dentro del género de servidor público se tienen como tales a los empleados públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los trabajadores oficiales, los docentes, entre otros.

Los empleados públicos son aquellos que se vinculan a la Administración Pública mediante una relación legal y reglamentaria a través de un acto administrativo de nombramiento, estos cumplen funciones establecidas en los respectivos reglamentos, las cuales se comprometen a cumplir cuando toman posesión del respectivo empleo.

La Constitución de 1991 dedicó varios artículos a la regulación del empleo público y específicamente a la carrera administrativa, consagrando en el citado artículo 125 que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, con las excepciones que señala la misma Constitución y las que prevea la ley, y que el ingreso el ascenso y la permanencia se harán de manera exclusiva con base en el mérito, y el retiro se efectuará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por las demás causales que determine la ley.

En efecto el legislador superando una situación de interinidad creada por la declaratoria de inexecutable de varias de las disposiciones de la Ley 443 de 1998 que regulaba la carrera administrativa promulgó la Ley 909 de 2004 a través de la cual se diseñó un sistema de empleo en el cual la carrera administrativa se desarrolla a través de la estructura de cargos cuya creación y provisión se enmarque en planes anuales de necesidades y donde los criterios de mérito se puedan extender a los empleos de naturaleza gerencial, incorporando de esa manera los principios a los que alude la Carta Iberoamericana de la Función Pública aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, de junio de 2003 y Respalda por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Resolución N° 11 de la "Declaración de Santa Cruz de la Sierra") de noviembre de 2003, la que busca la consolidación de una administración pública moderna y eficiente en los países iberoamericanos.

3.2.2. Algunos Aspectos de la Carta Iberoamericana de la Función Pública desarrollados por la Ley 909 de 2004

3.2.2.1. Profesionalización de la administración pública

3.2.2.1.1. El ingreso y permanencia en los empleos públicos se dará previa comprobación del mérito.

En la ejecución de los procesos se acogen los principios que desarrolla la Carta Iberoamericana, así: Mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección, garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procesos de selección, confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencia de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera, eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo, eficiencia en los procesos de selección⁴.

3.2.2.1.2. Gerencia pública.

Por primera vez en Colombia y siguiendo los postulados de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, en una ley sobre empleo público, sin olvidar su naturaleza de libre nombramiento y remoción y, por lo tanto, sin lesionar los márgenes de discrecionalidad que los caracteriza, se establecen normas que buscan garantizar que sea la competencia profesional el criterio que prevalezca para el nombramiento de los gerentes públicos y se da inicio a la implantación de una cultura de evaluación del mérito, la capacidad y la experiencia para el desempeño de tales empleos. Igualmente, se introducen como instrumentos de evaluación de la gestión de los gerentes públicos los "acuerdos de gestión" en los

⁴ Cartilla Ley de Empleo Público, Carrera Administrativa y Gerencia Pública- Decretos Reglamentarios, Departamento de la Función Pública

cuales se concretarán los compromisos del gerente al comenzar su gestión y los resultados que de él se esperan⁵.

3.2.2.1.3. Perfiles ocupacionales definidos por competencias.

En línea con la Carta Iberoamericana y teniendo en cuenta la importancia que representa para las organizaciones modernas el desarrollo de la gestión por competencias laborales, la Ley 909 de 2004 define el empleo como el núcleo básico de la función pública, precisa orientaciones a tener en cuenta en su diseño e incorpora el concepto de competencias laborales que deberá desarrollarse como metodología para la gestión del mismo empleo y del talento humano, lo cual permitirá superar la lectura del requisito básico, permitiendo así garantizar al Estado que quien va a desempeñar un empleo público lo haga con base no sólo en sus conocimientos, sino en sus habilidades, destrezas, aptitudes y actitudes, llegando a tener no sólo ingreso por competencia sino evaluación y capacitación desarrollada bajo este mismo criterio⁶.

3.2.2.2. Flexibilidad en la organización y gestión

3.2.2.2.1 Organización del trabajo

Como un instrumento de gestión de recursos humanos la Ley 909 de 2004, siguiendo los lineamientos de la Carta Iberoamericana, define el empleo como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo. Es así como los empleos en la administración pública Colombiana están organizados por niveles jerárquicos, incluyendo código, grado y la respectiva denominación. Cada empleo se deberá identificar de acuerdo con el perfil de competencias que se requieren para ocuparlo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia. Antes de la expedición

⁵ Ibídem

⁶ Op.Cit

de la Ley 909 de 2004 los empleos se identificaban teniendo en cuenta únicamente las funciones y requisitos⁷.

3.2.2.2.2. Plantas globales

Para responder a un modelo moderno y eficiente de la administración pública, principal objetivo de la Carta Iberoamericana, se consagra en la Ley 909 de 2004 el sistema de planta global y flexible, permitiendo agrupar los empleos de acuerdo con las denominaciones para ser distribuidos en las diferentes dependencias y áreas de trabajo, según las necesidades cambiantes de la administración.

3.2.3. Empleados de libre nombramiento y remoción

El artículo 125 de la Carta dispone que los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de la regla general consistente en que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa. Incluso, dichos cargos se caracterizan esencialmente por la discrecionalidad del nominador para vincular y retirar al servidor de la administración. Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha advertido que la excepción en comento guarda una relación especial con la naturaleza de las funciones que debe asumir el funcionario, habida cuenta que los cargos de libre nombramiento y remoción son por regla general empleos de dirección y confianza.⁸

La Corte Constitucional en esta materia ha mantenido una posición pacífica y reiterada, ha señalado por expreso mandato constitucional, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. En concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ese principio cumple importantes propósitos que guardan una fuerte conexión con los valores y principios que inspiran el Estado social de derecho y, por tanto, constituye la regla general para la provisión de empleos en la administración. Sin embargo, en virtud de la propia Constitución, los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de esa

⁷ *Ibíd*em

⁸ Entre otras, las sentencias C-553 de 2010, C-230 A de 2008, C-161 de 2003, C-1177 de 2001, C-368 de 1999, C-306 de 1995, C-037 de 1996, C-195 de 1994, C-129 de 1994, C-023 de 1994, C-391 de 1993 y C-479 de 1992

regla general. Ahora bien, la validez constitucional de definir un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones⁹: (i) esa denominación tiene fundamento legal, lo que en el caso de la carrera judicial implica que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por el legislador de manera expresa, pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, (iii) para el ejercicio del cargo se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas.

3.2.4. Retiro o causas de desvinculación del servicio

La Constitución Nacional atribuyó la competencia para determinar las causales de retiro de los servidores públicos al legislador. En efecto en la Ley 909 de 2004 se mantuvieron las causales tradicionales de retiro y se incorporó una como la de retiro por razones de buen servicio, la que fuera declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-501 de 2005.

3.2.4.1. El Concepto de Retiro del Servicio

El retiro del servicio implica la cesación definitiva en el ejercicio de sus funciones. En principio el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción no tiene límites distintos a los que tiene el poder discrecional del nominador, pudiendo por regla general declararse el nombramiento insubsistente en cualquier momento¹⁰.

La forma de retiro del servicio depende de la calidad de vínculo que se tiene con el Estado. Si por ejemplo se tratare de un empleado público de libre nombramiento y remoción, todo va determinado según los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 197345, a su vez reformados en parte por la Ley 909 de 2004, al cual las causales

⁹ Sentencia de Unificación No. 539 de 2012 Corte Constitucional MP:L.E.V.S.

¹⁰ Los empleos de libre nombramiento y remoción están taxativamente enumerados en los artículos 189 numerales 1o., 2o. y 13, 125, y 305 numeral 5o. de la Constitución Política, Ley 909 de 2004, artículo 5 numeral 2°.

determinadas en su artículo 41 le son aplicables, exceptuando la declaración de insubsistencia como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación de desempeño y la destitución, que le son aplicables a los empleados públicos de carrera administrativa.

3.2.4.2. El retiro de los empleados públicos en la Ley 909 de 2004

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 dispuso como causales de retiro las siguientes:

“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 5o. 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” (Las negrillas son del despacho).*

3.2.5. La declaratoria de insubsistencia

3.2.5.1. Marco jurídico

Como se vio en punto precedente está consagrada como causal de retiro en la Ley 909 de 2004, artículo 41, literal a, la declaratoria de insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, y es el resultado del ejercicio de la facultad discrecional del Estado.

La declaratoria de insubsistencia procede bajo dos expresiones jurídicas distintas, la primera es la reglada para empleos pertenecientes a la carrera y procede en los eventos de calificación insatisfactoria de los servicios, al vencimiento del periodo de prueba, regulado en el Decreto 1222 de 1993, en su artículo 10 y el Decreto reglamentario 2339 de 1995, en el artículo 46. La segunda es la discrecional, que es para los empleados de libre nombramiento y remoción. También se debe incluir los acuerdos de gestión, ya que su incumplimiento conlleva a la motivación de la decisión del retiro del servicio, no del acto.

3.2.5.2. Análisis doctrinal y jurisprudencial de la insubsistencia

Según la doctrina la insubsistencia es una institución del derecho administrativo laboral que le permite a la administración retirar del servicio a un empleado público, para ello solo es necesaria la voluntad de la administración, por tratarse de una facultad discrecional cuando se trata de servidores públicos que ocupan empleos de la naturaleza de libre nombramiento y remoción¹¹.

La declaración de insubsistencia se manifiesta mediante un acto administrativo, expresado de acuerdo al Decreto Reglamentario 1950 de 1973, en su artículo 107, según el cual *"en los empleos de libre nombramiento y remoción, la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña"*; los actos administrativos expresos no requieren de motivación, así está estipulado en el Decreto Ley 2400 de 1968 en su artículo 26. Esta norma fue

¹¹ Villegas Arbeláez, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Legis. 2010

declarada exequible en la sentencia de 3 de noviembre de 1983, en donde la corte sostiene que el gobierno estaba autorizado para legislar por vía extraordinaria sobre este particular. En el mismo sentido, en la Ley 909 de 2004 en el artículo 41 inciso 5, donde se expresa que en el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, la declaración de la insubsistencia es discrecional y se efectúa mediante acto administrativo no motivado. Además se debe tener en cuenta que dicho acto goza de presunción de legalidad y puede ser desvirtuado cuando se demuestre que se realizó con motivos y fines distintos al buen servicio¹², es decir, que se realizó con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió. También puede ser anulada por incompetencia del funcionario que la decreta¹³.

Respecto al retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleados designados en cargos de libre nombramiento y remoción, el criterio jurisprudencial gestado por el Consejo de Estado ha sido uniforme y reiterativo en punto a reconocer cierto margen de discrecionalidad al nominador, sin que en todo caso el ejercicio de tal facultad derive en abuso o desviación de poder.

Así, respecto a las distintas formas de vinculación del servicio público, la Sección Segunda del Alto Tribunal ha expresado:

“El artículo 125 de la Carta Política establece como regla general, que los servidores del Estado deben ser incorporados mediante el sistema de méritos, y que permanecerán en los cargos de carrera mientras no se presenten las causales de retiro previstas de modo específico por el legislador. No obstante, la Constitución también prevé que los directores y responsables de las instituciones pueden rodearse de personas de su entorno más próximo, es decir, de toda su confianza, quienes están llamadas a materializar las políticas del director o nominador. Sobre este particular, es pertinente expresar que el manejo de este grupo especial de personas de confianza del director o nominador, debe ser lo suficientemente flexible, pues en últimas esos funcionarios se erigen en un complemento insustituible para ejecutar la idea institucional, la misión y las metas del director o responsable de la entidad. Por lo que acaba de decirse, la Constitución y la ley han previsto que, a pesar de reconocer de modo general la estabilidad de los servidores públicos, algunos cargos deben ser de libre

¹² Dueñas Quevedo, Clara Cecilia. Derecho administrativo laboral: tendencias jurisprudenciales, doctrina y legislación. Grupo Editorial Ibáñez. 2008. 338p

¹³ Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis. 2009. 763p.

nombramiento y remoción, lo cual implica que su permanencia responde a la discrecionalidad del presidente, director, responsable o gerente”¹⁴.

También resulta ilustrativa la tesis expuesta en el citado proveído, que desde el criterio organizacional contribuye a identificar los motivos por los cuales los servidores de carrera administrativa están cobijados por la garantía de estabilidad en el empleo público, frente a aquellos que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción; al efecto el pronunciamiento expresó:

“Como ya se dijo, es cierto que los empleados de carrera gozan del privilegio de estabilidad, porque así lo dispone el artículo 125 de la Constitución, no obstante, debe recordarse que los sistemas de carrera tienen previstos unos mecanismos de ingreso por mérito, así como de permanencia y estabilidad, pero, en todo caso, subordinadas a evaluaciones periódicas rodeadas de la rigurosidad de las calificaciones favorables. A ello se añade que por disposición de los diferentes regímenes de carrera, la calificación y evaluación del desempeño son un sistema rigurosamente reglado. En conclusión, la evaluación del servicio, de la que depende la permanencia y la estabilidad de los funcionarios inscritos en la carrera administrativa, es asunto minuciosamente reglado, por lo mismo, no puede admitirse sin más, que la evaluación reglada que se hace a los servidores de carrera, sea sustituida por el simple buen desempeño como factor de estabilidad, en este caso para los funcionarios de libre nombramiento y remoción; a estos no se les puede atribuir el privilegio de estabilidad del que carecen y hacerlo a partir de su buen desempeño, como si éste fuera un equivalente forzoso de la calificación satisfactoria que se hace periódicamente a los funcionarios de carrera. Es cierto que la discrecionalidad no puede conducir a la cruda arbitrariedad, pero la discrecionalidad no puede ser menguada, lo que pasaría si se crea una especie de sistema paralelo de “calificación de servicios” para los empleos de libre nombramiento y remoción, de modo que su buen desempeño pueda impedir por sí solo la desvinculación, o crear estabilidad en el empleo, sin perjuicio de que el éxito en la función, sumado al fracaso del sustituto o al bajo perfil del nuevo funcionario, puedan ser indicativos de un caso de abuso de la discrecionalidad.

Por todo ello, el simple mérito personal y las ejecutorias aunque son elementos valiosos para juzgar el posible abuso de la arbitrariedad, no son por sí solos fuente de inmunidad contra el uso de la discrecionalidad por parte del nominador, sin perjuicio de que ese buen servicio se vea menguado con el ingreso del reemplazo, y que en casos excepcionales pueda tomarse como un indicio que, junto con otras manifestaciones y señales, constituyan la prueba de la desviación de poder. Entonces, aunque no debe descartarse que pueda haber desviación de poder en el uso de la facultad discrecional por el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, su configuración es asunto más exigente de lo que se piensa, pues la responsabilidad del nominador en el éxito de su gestión, depende en gran medida de la posibilidad de ejecutar sus políticas por el círculo más cercano de sus colaboradores que se identifican con ellas y que por ser de confianza se mantienen en una relación laboral siempre precaria”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”; Consejero ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila; Sentencia de 2 de septiembre de 2010; Radicación número: 25000-23-25-000-2001-12130-02(1972-07).

En cuanto a la potestad discrecional que ostenta el nominador sobre los empleos de libre nombramiento y remoción, se tiene que en sentencia de 10 de febrero de 2011, la Sección Segunda - Subsección "A" del Honorable Consejo de Estado con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, definió claramente el alcance del ejercicio de esta competencia que frente al caso tratado resulta pertinente reproducir:

“A folios 92, 110, 118, 143, 144 y 168 a 170, del cuaderno de pruebas obran los actos administrativos de encargo, nombramiento y traslado como Director de los Hospitales de Mercaderes, Cajibío, Miranda, Corinto y Piendamó. Todos ellos, firmados por el Director de Salud del Cauca y no por el Gobernador del Departamento. En el mismo cuaderno, reposan todos los antecedentes de la Hoja de vida del actor, sin ninguna referencia a proceso alguno de selección, ni concurso de méritos.

Lo anterior indica, que en el nombramiento y retiro del actor se ejerció la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, legalmente estatuida por el legislador para los propósitos que cumple la función pública.

La singularidad de las circunstancias dentro de las que se ejerce el poder discrecional, obliga a apreciar desde diferentes perspectivas las razones del servicio que justifican la declaración de la voluntad administrativa al arbitrio de la autoridad pública para cada asunto en concreto, lo cual significa que dichas razones del servicio están circunscritas a los factores de oportunidad y conveniencia sujetos a la apreciación del operador público al momento de adoptar la decisión.

De modo que si el ejercicio de la atribución discrecional resulta inoportuno o inconveniente porque se aparta del cumplimiento de la finalidad pública, se configura una falla en el proceso de declaración de la voluntad de la autoridad administrativa, denominada por la doctrina como desviación de poder.”¹⁵

Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba en este tipo de casos, el Consejo de Estado refrendó la tesis según la cual esta obligación procesal corresponde al afectado con la decisión, bajo la premisa que el juzgador debe tener 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, de suerte que la sola afirmación de que la administración no actuó ajustada a derecho no es suficiente y en consecuencia, resulta necesario presentar ante el juez los

¹⁵ Sentencia de 29 de febrero de 2016 proferida dentro del proceso radicado bajo número 05001-23-33-000-2012-00285-01(3685-13), con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve

elementos de juicio de los cuales pueda deducir que en la referida desvinculación del servicio el nominador no actuó conforme a derecho¹⁶.

3.2.6. La Desviación de Poder

La desviación de poder no encuentra prevista en texto legal, es decir, no ha sido definida por la ley. La definición de esta causal de anulación de los actos administrativos ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia.

Sobre el particular, la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha dicho:¹⁷

“...La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser (...).”

En otro pronunciamiento, la misma corporación¹⁸, enseñó:

“(...) En este punto se torna necesario destacar, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido, que el fin que este persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera que este vicio, tal como se anticipó en apartado precedente, se reconoce cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, pero en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, tal como la finalidad inherente al buen servicio, aunque en apariencia el acto parezca inobjetable, porque a simple vista en el mismo no se vislumbre violación primaria de la ley al reunir las formalidades propias que le son exigibles y se haya proferido por el funcionario competente. La búsqueda de esa intención torcida y alejada de la legalidad, impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente volitiva de las personas que representan a la administración, situación que implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación. Debe entonces 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...” (Se subrayó).

Sobre el mismo asunto, la Corte Constitucional,¹⁹ ha referido:

“El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Dr. Silvio Escudero Castro, Expediente No 13913, fecha: 4 de marzo de 1999; Actor: Sandra María del Pilar Urazán Correcha.

¹⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 26 de septiembre de 2012. Actor: José Antonio Salinas González; demandado Municipio de Miranda – Cauca.

¹⁹ Sentencia C- 452 de 1998 Septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).- Actor: Manuel José Cepeda Espinosa- Magistrado Ponente Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: Nº 15001-33-33-006-2017-00097
 Demandante: Claudia Lucía Barrera Rodríguez
 Demandado: Departamento de Boyacá

procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

De acuerdo con lo anterior, la causal de nulidad de los actos administrativos, por desviación de poder, conforme al artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, se presenta cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tiene en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, esto es, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa.

La desviación poder debe ser probada por quien la plantea, pues, no basta el solo dicho de quien afirma la ocurrencia de la conducta para que ésta se configure y se acceda a ella anulando el acto al que se le endilga tal causal de nulidad, es decir, de acuerdo con el artículo 167 del CGP, vigente para la época de los hechos y aplicable en esta jurisdicción, de conformidad con el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 incumbe a las partes la carga de la prueba; y para el *sub lite*, es deber de la parte actora probar la conducta desviada de la administración al momento de declararlo insubsistente.

3.2.7. Desmejoramiento laboral

La figura del “desmejoramiento laboral”, fue tratada ampliamente en la sentencia 715 de 1996 en los siguientes términos²⁰:

“En algunas sentencias, la Corte ha sostenido que la expresión “desmejoramiento de las condiciones laborales” tiene un significado amplio y no puede entenderse como referida únicamente al puesto de trabajo, en forma aislada del contexto en el que se presenta. Así, en la sentencia C-356 de 1994 (M.P. Fabio Morón Díaz), se manifiesta que al estudiar la prohibición de desfavorecer las condiciones de trabajo a través de un traslado se ha de tener presente que éstas “pueden ser tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, estas últimas relacionadas con obligaciones familiares o especiales circunstancias personales o sociales, y, aquellas, que involucran el salario, la categoría de los empleos o las condiciones materiales del empleo. Adicionalmente, el movimiento de personal comentado no proviene de un poder discrecional o arbitrario de la administración, puesto que de una parte se debe consultar “necesidades del servicio”, y, de otra, no puede implicar condiciones menos favorables para el empleado”.

²⁰ Sentencia T-288 de 1998 Corte Constitucional MP. Dr. Fabio Morón Díaz

Igualmente, en la sentencia T-483 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) se expresa:

"Ha advertido esta Corte que el llamado jus variandi -entendido como la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores- está "determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa" (se subraya) y que de todas maneras "habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-407 del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez).

"El jus variandi no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono.

"Esto no implica, desde luego, la pérdida de la discrecionalidad que la ley confiere al patrono, oficial o privado, sino que representa un uso razonable de la misma, acorde con los propósitos de flexibilidad y ajuste que ella persigue. Para el campo de la administración, ello tiene aplicación según el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

"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".

De las sentencias citadas se deduce que la administración goza de discrecionalidad para modificar las condiciones materiales de sus funcionarios, pero que dicha facultad no puede ser utilizada en forma arbitraria.

3.2.8. El ejercicio del *ius variandi* en las plantas de personal globales y flexibles.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el *ius variandi* es "una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados"²¹, que se concreta en la facultad de variar o de modificar las condiciones en las que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, las condiciones de modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo.

²¹ Sentencia T-797 de 2005, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

Dentro de los aspectos susceptibles de variación a través de esta figura, está el del cambio de lugar de ejecución del contrato laboral el cual debe obedecer a razones objetivas y válidas que lo hagan ineludible o, al menos, justificable.

En el caso de las entidades que hacen parte del sector público, en particular en aquellas que cuentan con una planta de personal global y flexible, la Corte Constitucional ha señalado que el margen de discrecionalidad con el que cuenta el empleador para ejercer la facultad del *ius variandi* es más amplio, en la medida en que debe privilegiarse el cumplimiento de la misión institucional que les ha sido encargada sobre los intereses particulares de los afectados, todo con miras a atender de la mejor manera las necesidades del servicio.

Así, ha indicado la Corte Constitucional que:

“las plantas de carácter global y flexible, facilitan movimiento de personal con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y en virtud de ellas, les asiste a las entidades un mayor grado de discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de trabajadores cuando así lo demande la necesidad del servicio, lo cual no riñe en sí mismo con preceptos superiores.”²²

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que la facultad de modificar las condiciones de los trabajadores, aún en este tipo de entidades, no tiene carácter absoluto, sino que ella se encuentra limitada por las disposiciones de orden superior que protegen al trabajador de manera que éste desarrolle sus funciones en condiciones dignas y justas (artículos 25 y 53 C.P.)²³. En ese sentido, el empleador no goza *“de atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”²⁴.*

A partir de esa consideración, la Corte Constitucional ha señalado que al momento de adoptar una decisión de traslado, la entidad debe considerar los siguientes aspectos: “a) el traslado debe efectuarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las

²² Sentencia T-770 de 2005, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

²³ Sentencias T-407 de 1992, Corte Constitucional M.P. Simón Rodríguez Rodríguez ; T-026 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett ; y T-165 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁴ Sentencia T-483 de 1993, Corte Constitucional Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

consecuencias que él puede producir para la salud del funcionario; y c) en circunstancias muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo²⁵.

De manera que, si bien el traslado geográfico o locativo es parte de la facultad que tiene la entidad pública de variar algunos aspectos de la prestación del servicio por parte del trabajador, ella debe ser ejercida consultando las necesidades reales que plantea la misión institucional a cargo del empleador público, y bajo el entendido de que ese traslado no puede significar ni el desmejoramiento de las condiciones laborales del servidor ni tampoco la afectación de sus derechos y garantías fundamentales²⁶.

Conforme a lo anteriormente expuesto se procede a revisar las pruebas relevantes obrantes en el proceso,

3.3. Las pruebas

3.3.1. Documentales

Con la demanda se allegaron lo siguientes documentos:

1. Decreto 2063 del 24 de diciembre de 2008 del Gobernador de Boyacá por el cual se nombra a la demandante en el empleo de Asesor Código 105 Grado 03 adscrito al Despacho de las Secretaría de Cultura y Turismo.
2. Copia de Acta de Posesión del 13 de diciembre de 2009 de la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ en el empleo de Asesor Nivel Asesor Código 105 Grado 03 adscrito al Despacho del Secretario de Cultura y Turismo de Boyacá²⁷.

²⁵ Sentencia T-770 de 2005, Corte Constitucional Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ Sentencia T-565/14 Corte Constitucional Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁷ Folios 34 y 93

3. Certificados de la Dirección de Gestión de Talento Humano del Departamento de Boyacá en donde consta fecha de vinculación y empleo que desempeña²⁸.
4. Páginas 219 y siguientes del Decreto No. 0188 del 17 de marzo de 2014 del Departamento de Boyacá en donde consta información del empleo de Asesor Código 105 Grado 03 del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la planta de personal de la Administración Central del Departamento de Boyacá²⁹.
5. Decreto No. 203 del 15 de marzo de 2015 del Gobernador de Boyacá mediante el cual se reubica el empleo de Asesor Código 105 Grado 01, Cargo de Libre Nombramiento y Remoción, adscrito al Despacho de la Secretaría de Cultura y Turismo al Despacho del Gobernador- Oficina de Comunicaciones y Protocolo³⁰.
6. Oficio de fecha 29 de diciembre de 2016 de la Secretaria de Cultura y Turismo dirigido al Gobernador de Boyacá en donde informa de la realización de un diagnóstico de desempeño y sus resultados en el que como colofón se señala³¹:

“...y muy respetuosamente solicito poner en consideración la necesidad de redefinir el equipo de comunicaciones de la Secretaría, involucrando los perfiles con la capacidad y experiencia para generar un Plan Estratégico de Comunicación que se articule con la estrategia organizacional y que este en coherencia con la línea de Gobierno para posicionar al Departamento de Boyacá como uno de los destinos turísticos más importantes del país y que este a la vanguardia con las herramientas tecnológicas necesarias para una comunicación efectiva”.

²⁸ Folios 35, 36 y 46

²⁹ Folios 38 y siguientes

³⁰ Folios 47 a 49

³¹ Folio 51

7. Documento sin firma de emanado de la firma CANOKAMEDIA y dirigido a la Secretaria de Cultura y Turismo de Boyacá cuyo asunto se titula *"Diagnóstico sobre comunicaciones de la entidad³²"*
8. Páginas 148 y siguientes del Decreto 1365 del 31 de diciembre de 2015 por el cual se ajusta el manual específico de funciones y competencias laborales de la planta de personal de la Administración Central del Departamento de Boyacá en donde consta información atinente al empleo de Asesor Código 105 Grado 01 dentro del área funcional de Comunicaciones y Protocolo³³.
9. Oficio de fecha 26 de enero de 2016 en donde se informa a la señora CLAUDIA LUCIA BARRERO RODRIGUEZ por parte de la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Boyacá que debe desempeñar sus funciones en la Secretaría de Cultura y Turismo³⁴.
10. Decreto No. 033 del 19 de enero de 2017 mediante el cual el Gobernador de Boyacá encargado declara insubsistente el nombramiento hecho a la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ en el cargo de Asesor Código 105 Grado 01 y comunicación del 30 de enero de 2017 en donde se le informa tal declaratoria de insubsistencia³⁵.
11. Oficio con número de radicado 20176900102391 del 29 de marzo de 2017 suscrito por el Director de Gestión de Talento Humano de la Secretaría General del Departamento de Boyacá en el que da respuesta a petición efectuada por la demandante e informa³⁶:

"...Por otro lado, en lo que respecta al punto 5, referente a la manifestación por escrito de "las razones de hecho y/o de derecho que se tuvieron en cuenta para mi insubsistencia", me permito señalar que su retiro del servicio

³² Folios 52 a 57

³³ Folios 58 a 60

³⁴ Folio 61

³⁵ Folios 62 y 63

³⁶ Folio 68

por insubsistencia se debió al ejercicio de la facultad discrecional del nominador en pro de garantizar el cumplimiento de las directrices plantadas en el Plan Departamental de Desarrollo de Boyacá 2016-2019 y de procurar el mejoramiento del servicio de la Gobernación”.

12. Decreto No. 01262 del 9 de septiembre de 2010 mediante el cual el Gobernador de Boyacá declara insubsistente en el empleo de Asesor Código 105 Grado 03 a la demandante³⁷.
13. Acta de reintegro de fecha 2 de enero de 2013 en donde consta que la demandante fue reintegrada a la planta de la Administración del Departamento de Boyacá en el empleo de Asesor Código 105 Grado 01 como consecuencia del haberse proferido Decreto No. 00002 del 2 de enero de 2013 en cumplimiento a lo ordenado en el fallo proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión³⁸.
14. Fallo del 31 de mayo de 2012 emanado del Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja a través del cual entre otras disposiciones ordenó el reintegro de la demandada al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o de equivalente categoría³⁹.
15. Copia de oficio de fecha 17 de marzo de 2015 emanado de la Directora de Gestión de Talento Humano en donde le informa a la demandante que por Decreto No. 203 del 13 de marzo de 2015 el empleo de Asesor Código 101 Grado 01 adscrito a la Secretaría de Cultura y Turismo dependerá en el futuro directamente del Gobernador- Oficina de Comunicaciones y Protocolo⁴⁰.

³⁷ Folio 98

³⁸ Folio 109

³⁹ Folios 134 a 148

⁴⁰ Folio 188

16. Resolución No. 00002910 del 18 de noviembre de 2016 por el cual se conceden 15 días de vacaciones a la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ comprendidos entre el 10 de enero y el 30 de enero de 2017
17. Copia del título profesional de comunicador social- periodista conferido por la FUNDACION UNIVERSITARIA DE BOYACA a la señora BARRERA RODRIGUEZ⁴¹.
18. Copia del título de especialista en Gestión Pública conferido por la Escuela Superior de Administración Pública a la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ.⁴²
19. Certificados de experiencia expedidos por entidades públicas y privadas en donde consta experiencia relacionada de la demandante en relación con las funciones que desempeñaba en el empleo que ocupó⁴³.
20. Copia de título profesional de Comunicador Social otorgado al señor JOHN HENRY BARRERA CHAPARRO por la Universidad de Boyacá.
21. Copia del título de especialista en Marketing Político y Estrategias de Campaña otorgado por la Universidad Externado de Colombia al señor BARRERA CHAPARRO.
22. Copia de título de especialista en Gerencia de Empresas, Servicios y Productos de la Música otorgado por la Universidad EAN al señor BARRERA CHAPARRO.
23. Copia de certificaciones y constancias de actividades y labores llevadas a cabo por el señor JOHN HENRY BARRERA CHAPARRO, copia del Decreto

⁴¹ Folio 203

⁴² Folio 204

⁴³ Folios 205 a 224

051 del 31 de enero de 2017 proferido por el Gobernador de Boyacá y acta de posesión No. 014 del 3 de febrero de 2017⁴⁴.

La entidad demandada con la contestación presentada en forma extemporánea aportó documentos relacionados con los antecedentes administrativos que ya habían sido aportados por la parte demandante y que aparecen relacionados en puntos precedentes.

3.3.2. Testimoniales

Se solicitó⁴⁵ en la demanda la práctica del testimonio de los señores Alexandra Ruiz, Patricia Vergara Duarte, Flor Esperanza Cuellar, Mariela Ruiz Peña y Yecid Medina.

Mediante el auto de fecha 27 de febrero de 2018 proferido en la audiencia inicial llevada a cabo en dicha fecha lo que consta en acta No. 27⁴⁶, se decretaron pruebas documentales y las testimoniales de las señoras Patricia Vergara Duarte y Mariela Ruiz Peña, entre otras solicitadas, las que se incorporaron y practicaron en audiencia realizada el 9 de abril de 2018 de lo que da cuenta el acta No. 051 que aparece en el plenario⁴⁷. En relación con los testimonios de los señores Alexandra Ruiz, Flor Esperanza Cuellar y Yecid Medina estos no fueron rendidos por desistir de ellos el apoderado de la parte demandante con la aquiescencia de la parte demandada en la audiencia de pruebas.

1. La testigo BERTHA PATRICIA VERGARA DUARTE en su deposición manifestó que es funcionaria del Departamento de Boyacá como profesional universitaria adscrita a la Secretaría de Cultura y Turismo y que labora específicamente en la Dirección de Cultura, señaló que conoce a la demandante hace más de 16 años, y que actualmente tienen una relación de amistad lo que le permite conocer su núcleo familiar incluyendo a su

⁴⁴ Folios 258 a 274

⁴⁵ Folio 31

⁴⁶ Folio 495

⁴⁷ Folio 522 a 525

mamá quien padece una enfermedad por lo que la señora CLAUDIA LUCIA debe estar al pendiente de su progenitora. Mencionó que cuando se desempeñó la demandante como Asesora en el Departamento fue una aliada permanente de la Dirección de Cultura en lo que atañe a la difusión de las actividades que se realizan, expresó que durante todo el tiempo en que la demandante estuvo en el Departamento recibió colaboración y apoyo para con ella y con la dependencia en donde trabajaba, apoyo con el que ahora no cuentan por la desvinculación de la que denominó aliada. Dijo haber estado sorprendida cuando conoció el retiro de dicha funcionaria. En relación con el funcionario que fue designado en el empleo que ocupaba la parte actora antes de su desvinculación, señaló que no tuvo relación laboral con él puesto que no apoyaba a la Dirección de Cultura. Expresó que el señor conocido como John H. estuvo muy poco tiempo en el cargo y que lo cambiaron una vez culminó el Festival de la Cultura. Manifestó que conocía que la demandante tenía una buena relación con el Gobernador, que por ello le causó sorpresa el retiro de la señora BARRERA RODRIGUEZ.

2. La testigo MARIELA RUIZ PEÑA dijo en su intervención que labora hace ya 10 años en el canal de televisión denominado "El Canal" al frente del Magazín de la programación habitual del medio de comunicación y en la parte comercial, expresó que el canal para el que trabaja no tiene una relación directa contractual con el Departamento, que sin embargo la empresa comercial de su esposo contrata pautas publicitarias con dicha entidad territorial. Manifiesta que la relación de ella con el Departamento tiene que ver con los aspectos inherentes a la comunicación social y a la información que se produce para ser difundida a través de su medio de comunicación. Señaló que en la época en la que la demandante laboró en el Departamento la información era fluida, le era suministrada en forma permanente información en boletines, coordinación de invitados al programa y se permitía la participación de su medio en las distintas actividades como las llevadas a cabo en el marco del Festival de Cultura. Expresó que dejó de recibir boletines, invitados y que la información que le suministraba la Secretaría de Cultura y Turismo iba mermando motivo que

le permitió percatarse del retiro de la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ. Acotó que en el Festival de la Cultura el canal para el que laboraba no tuvo vinculación, expresa que con posterioridad al retiro de la mencionada funcionaria y con el remplazo a quien denomina John H. Barrera, el trato a los medios "fue horrible". Refirió que conoce a la demandante hace muchos años inclusive antes de estar trabajando en la Secretaría de Cultura y Turismo, dijo que ella siempre es muy activa con todos los medios que su trabajo es impecable y la relación con los medios es buena. Manifestó que con la desvinculación de la señora BARRERA RODRIGUEZ hubo un desmejoramiento total, señala que el trato que le dieron en los eventos como el Festival de la Cultura no fue el adecuado, privilegiándose a los medios amigos y conocidos, no como se manejaba antes. Expresó que no recibía información a la que estaba acostumbrada puesto que a su juicio tenían otros medios a quien privilegiaban, infirió que dichos medios eran amigos del señor que llegó al cargo que ocupaba la demandante, que por lo general eran emisoras comunitarias. Resaltó que con posterioridad a la desvinculación de la señora CLAUDIA LUCIA no se ejecutaba un verdadero plan de medios, herramienta que según su deposición sirve para planear y estructurar la difusión de información teniendo en cuenta la importancia y el grado de cobertura del medio en la comunidad. Informó que no conoce la relación que tenía la demandante con el Gobernador.

Pues bien, de conformidad con lo anterior, el Despacho procede en seguida a valorar, en su conjunto, la prueba documental y testimonial allegada al proceso teniendo en cuenta para el caso las reglas de la sana crítica.

1. De acuerdo con lo anterior, se observa que la parte actora se vinculó al Departamento de Boyacá mediante nombramiento (Decreto 2063 del 24 de diciembre de 2008) en el empleo de libre nombramiento y remoción denominado Asesor Código 105 Grado 03 adscrito al Despacho de la Secretaria de Cultura y Turismo, para el que tomó posesión el 13 de diciembre de 2009, cargo en el que permaneció hasta el 9 de septiembre de

2010 cuando fue declarada insubsistente por el Decreto No. 01262 de la misma fecha. Luego de su primera desvinculación el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja mediante sentencia del 31 de mayo de 2012 ordenó su reintegro al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o de equivalente categoría, orden que pretendió cumplir el Departamento a través del Decreto No. 00002 del 2 de enero de 2013 a través del cual se ordenó el reintegro de la señora CLAUDIA LUCIA BARRERA RODRIGUEZ al empleo de Asesor Código 105 Grado 01, la que se hizo efectiva a partir de la misma fecha en la que la hoy demandante suscribió acta de reintegro de fecha 2 de enero de 2013.

2. Se encuentra probado que las funciones y requisitos del empleo que ocupaba la demandante (Asesor Código 105 Grado 01) fueron modificadas al ajustarse el manual específico de funciones y competencias laborales de la planta de personal de la Administración Central del Departamento de Boyacá (Decreto 1365 del 31 de diciembre de 2015).
3. Se acreditó por parte de la demandante que el empleo que ocupaba fue objeto de reubicaciones pasando de la Secretaría de Cultura y Turismo al Despacho del Gobernador - Oficina de Comunicaciones y Protocolo (Decreto No. 203 del 15 de marzo de 2015) y de tal dependencia a la misma Secretaría de Cultura y Turismo del Departamento (Oficio de fecha 26 de enero de 2016).
4. A través de los testimonios rendidos por las señoras Patricia Vergara Duarte y Mariela Ruiz Peña a los que se hizo alusión en punto precedente, se evidenció la eficiente labor que cumplía la demandante, su alta capacidad de apoyo a la Dirección de Cultura, su destreza en el cumplimiento de sus funciones y una buena relación con el medio de comunicación en donde laboraba la última de las deponentes. No obstante, el testimonio rendido por la señora Vergara Duarte será valorado con mayor rigurosidad y en conjunto con los demás medios de prueba, habida cuenta del vínculo de

amistad⁴⁸ con la demandante lo que podría afectar su imparcialidad y objetividad.

5. Se encuentra probado que con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia de la demandante fue nombrado en el empleo que ocupaba el señor JOHN HENRY BARRERA CHAPARRO, comunicador social con especialización en Marketing Político y Estrategias de Campaña y en Gerencia de Empresas, Servicios y Productos de la Música con experiencia en materias relacionadas con las comunicaciones social incluso quien acreditó experiencia como jefe de la Oficina de Comunicaciones, Protocolo y Archivo Central en la Alcaldía de Tunja.
6. Se encuentra acreditado que el Decreto 033 del 19 de enero de 2017 fue expedido por el señor SERGIO ARMANDO TOLOSA ACEVEDO como Gobernador de Boyacá Encargado quien desempeñó las funciones del Gobernador del ente territorial en el lapso comprendido entre el 11 al 23 de enero de 2017, supliendo al titular en sus vacaciones, tal aseveración se hace conforme a certificación aportada por la parte demandante al plenario con los alegatos de conclusión, documento que pese a no hacer parte de las pruebas legalmente decretadas y recaudadas dan una referencia cierta respecto a los extremos temporales en los que auspició como gobernador encargado el funcionario TOLOSA ACEVEDO.

3.4. Solución del asunto

Efectuado el estudio y análisis de las pruebas documentales y testimoniales practicadas y recaudadas en este proceso, se entra a continuación a valorarlas y con ello establecer si efectivamente la decisión de la administración del Departamento de Boyacá de declarar la insubsistencia de la demandante fue

⁴⁸ Tal como lo afirmó en su declaración rendida en audiencia de pruebas celebrada el 9 de abril de 2018 (Minuto 00:17:43 de la grabación - archivo "2017-97 AP" del DVD obrante a folio 526 del expediente).

tomada en forma ilegal o con desviación o abuso de poder como se dijo en la demanda.

1. El despacho considera que cuando en una entidad del Estado se designa a una persona para que realice las funciones contempladas en el manual de funciones, el nombramiento se hace con la finalidad de mejorar el servicio público que ella presta; esa debe ser la teleología de llamar y nombrar a una persona para que desempeñe determinada función pública, por tanto demostrar la eficiencia y eficacia del funcionario en el cumplimiento de sus funciones no es suficiente para limitar la facultad de libre nombramiento y remoción que le confiere la Constitución y la ley a directores y representantes legales de las entidades del Estado para nombrar en determinado cargo a una persona para que cumpla, de la mejor manera, las funciones determinadas en las normas legales o en los reglamentos. Ahora bien, de las pruebas obrantes en el proceso se tiene que en efecto la demandante después de ocupar un empleo reconocido por su apoderado como de libre nombramiento y remoción en el Departamento de Boyacá, tal designación fue declarada insubsistente, decisión que la justicia contenciosa administrativa en proveído arriba citado deprecó nula con la consecuente orden de reintegro la que se materializó el 2 de enero de 2013, a partir del día siguiente a la decisión de acatamiento a lo resuelto por el juzgado de conocimiento, la funcionaria demandante fue reintegrada en el empleo de Asesor Código 105 Grado 1, distinto este al que ocupaba cuando fue retirada del servicio, tal circunstancia fue aceptada por la parte actora, así se infiere de las pruebas arriba analizadas, el reintegro aceptado en un empleo distinto al que antes ocupaba no puede entenderse como una actuación que configure por sí misma como irregular, más cuando no aparece probado desmejoramiento laboral al que aduce el representante judicial de la parte actora en el libelo introductorio, tampoco tal actuación, a juicio del despacho, puede interpretarse como un acto de retaliación en contra de la demandante, más cuando su aceptación probada con el acta de reintegro tuvo su expreso beneplácito. Tampoco existe en el plenario prueba recaudada en donde se acredite haber interpuesto por vía

administrativa recursos en contra de la reseñada decisión, al contrario la suscripción del acta de reintegro por parte de la señora BARRERA RODRIGUEZ infiere aceptación de la decisión tomada por la administración del Departamento de Boyacá.

2. Si bien en el *sub examine* se verifica que en efecto la demandante fue objeto de reubicación laboral al pasar de una dependencia a otra a ejercer las funciones del empleo que ocupaba, sin embargo no se demostró a través de medio probatorio debidamente allegado al proceso que con tales decisiones se hubiere afectado el salario de la funcionaria o que las nuevas condiciones hubieren implicado modificar sus funciones o haber afectado su salud, tampoco se probó que las condiciones creadas con la reubicación hubieran modificado su entorno incluso su rendimiento, más cuando se encuentra probado que la funcionaria demandante cumplía con las tareas asignadas y brindaba apoyo en forma permanente a las dependencias donde era reubicada, así se desprende de lo relatado por los testimonios practicados y del mismo acervo probatorio aportado por la demandante, esto es pantallazos de actualización de la página web⁴⁹, fotografías⁵⁰ y publicaciones⁵¹. Como antes se mencionó, las plantas globales y flexibles de las instituciones públicas responden a un modelo eficiente de administración pública, las mismas permiten a los directivos de la entidad distribuir los empleos en las diferentes dependencias y áreas de trabajo atendiendo las necesidades de la administración, el *ius variandi* es una atribución del empleador que obedece a razones objetivas y validas relacionadas con el servicio, las que no fueron desvirtuadas en el proceso, por tanto el margen de discrecionalidad para ejercer tal facultad no puede tenerse como un indicio en contra de la entidad.
3. Se probó que al empleo que ocupaba la señora CLAUDIA LUCIA, la Administración efectuó modificaciones en cuanto al perfil y requisitos, no obstante, no aparece probada la circunstancia de desmejoramiento de las

⁴⁹ Folios 279 a 298

⁵⁰ Folios 299 a 304

⁵¹ Folios 306 a 321

condiciones laborales de la funcionaria a la que alude su apoderado, no se acreditó en la oportunidad procesal correspondiente que se haya desmejorado la remuneración que percibía, las solas modificaciones de los requisitos del empleo que ostentaba, ajuste de funciones y perfil efectuados no se constituyen en indicio de una conducta anómala o contraria a derecho, que permita tener tal actuación como acto que atentaba contra las condiciones laborales materiales que tenía la funcionaria, no se demostró con el acervo probatorio vertido dentro del proceso que tales modificaciones hayan afectado a la funcionaria, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta y su rendimiento.

4. No aparecen probadas en el *sub lite* circunstancias comentadas por el apoderado de la demandante en el libelo introductorio como actos de persecución, mal trato o afectación del ambiente laboral, no pueden confundirse reubicaciones o asignación de tareas propias de las funciones como actos hostiles o que configuran "acoso laboral", de haberse configurado le correspondía a la funcionaria acudir a las instancias a que alude la Ley 1010 de 2006 recordada por el libelista, instancias que no tuvieron conocimiento de tales actos, pues se extraña prueba en ese sentido para dar sustento a las aseveraciones efectuadas.
5. No se probó por parte de quien debe hacerlo, la o las circunstancias de despojo de funciones del empleo que ocupaba la demandante para atribuírselas a contratistas, el solo ejercicio comparativo de funciones parecidas pero disimiles entre las del empleo ocupado y las contratadas sin sustento probatorio no puede tenerse como elemento que configure por sí mismo lo que denomina el togado representante de los intereses de la demandante como "vilipendio" del empleo y mucho menos constituir un elemento para configurar la desviación de poder al proferir acto de retiro del servicio.

6. En el *sub examine*, luego del análisis de las pruebas testimoniales practicadas, se observa que en la deposición efectuada por la señora Patricia Vergara Duarte, reconoció en su intervención su grado de amistad íntima con la demandante, lo que hace que, conforme a la aplicación de las reglas de la sana crítica y el mayor rigor que debe hacerse de su valoración, se considere sospechosa, dado que se pone en duda su credibilidad o imparcialidad frente a la apreciación de los hechos que se pretenden probar con sus dichos, por lo que el despacho no le dará el valor de plena prueba a las afirmaciones que no coincidan con las circunstancias que se logren advertir de la valoración de otros medios de prueba allegados al plenario.

7. En cuanto al testimonio rendido por la señora Mariela Ruiz Peña, en su deposición señala que la funcionaria demandante cumplía de manera eficiente con las funciones del empleo que ocupaba y que luego de su retiro el apoyo brindado para la deponente por quien la reemplazó no fue el mismo, tal conclusión, pese a coincidir con lo afirmado en gran parte el testimonio de la señora Patricia Vergara Duarte, por sí misma no puede traducirse en desmejoramiento del servicio, el ejercicio eficiente de las funciones por parte de un empleado público descrito por la testigo, es lo mínimo que debe exigirse a un servidor, es su deber actuar conforme a la responsabilidad adquirida cuando asumió una tarea pública de cara al público objetivo de la dependencia donde laboraba y a la misma comunidad, la eficiencia en el desempeño no es suficiente elemento para limitar la facultad discrecional del nominador de apartar del servicio a un funcionario que ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción, y mucho menos dota del privilegio de permanencia y estabilidad a un empleo que no goza de tal beneficio; si bien como antes se reseñó es cierto que la discrecionalidad no puede conducir a la cruda arbitrariedad, pero esta no puede ser menguada, con la prueba de un buen desempeño, el simple mérito personal y las ejecutorias aunque son elementos valiosos para juzgar el posible abuso de la arbitrariedad, no son por sí solos fuente de inmunidad contra el uso de la discrecionalidad por parte del nominador.

8. Para tener el buen servicio acreditado como indicio del desvío de poder en el acto deprecado como nulo, debe probarse que el servicio se vea menguado con el ingreso del reemplazo, solo así se configuraría como tal dicha prueba, la que debe ser valorada con otras manifestaciones que constituyan sustento factico fehaciente de tal circunstancia anómala. En el caso en estudio se aportaron además de las testimoniales ordenadas y practicadas a las cuales el despacho se refirió en punto precedente, las que por las razones expuestas que por sí solas no prueban detrimento o menoscabo en la prestación del servicio, es menester tener en cuenta algunas pruebas documentales que permiten efectuar una valoración objetiva del presunto desmejoramiento del servicio, de su análisis se tiene:

Perfil y Requisitos del empleo Asesor Código 105 Grado 01 Decreto 1365 del 31 de diciembre de 2015	Perfil y experiencia de la demandante	Perfil y experiencia del señor JOHN HENRY BARRERA CHAPARRO
Funciones:	Experiencia relacionada acreditada	Experiencia relacionada acreditada
1. Asesorar al despacho en el desarrollo de estrategias de divulgación y manejo de imagen	1. Comunicadora social Cámara de Comercio de Tunja (folios 206 y 207) (Acredita experiencia relacionada del 26 de julio de 2011 al 11 de septiembre de 2012- Un año y dos meses)	1. Contratista como comunicador social Departamento de Boyacá (folios 252 y 253) (Acredita experiencia relacionada de 9 meses y 5 días)
2. Coadjuvar en el direccionamiento de la imagen y el concepto corporativo de la entidad	2. Asesora Código 105 grado 03 Departamento de Boyacá (folio 208 y 209) (Acredita experiencia relacionada del 13 de enero de 2009 al 12 de septiembre de 2010 - Un año y ocho meses)	2. Jefe Oficina Asesora de Comunicaciones, protocolo y archivo central de la Alcaldía Mayor de Tunja (folio 258) (Acredita experiencia relacionada Del 27 de mayo de 2013 al 31 d diciembre de 2015-2 años 7 meses y 4 días)

3. Implementar y promocionar las actividades encaminadas a determinar y/o mantener la imagen corporativa de la administración departamental	3. Comunicadora social de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en el Sector Salud al servicio de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL (Folio 211) (Acredita experiencia relacionada del 1 de diciembre de 2006 al 2 de septiembre de 2007- 9 meses)	3. Relacionista público y creativo radial Mass Media (folio 269) (Acredita experiencia relacionada del 1 de marzo de 2015 al 3 de enero de 2006- 9 meses y 3 días)
4. Atender oportunamente a los representantes de los medios de comunicación o demás entidades que requieran información relacionadas con los eventos programados	4. Comunicadora social INDEPORTES BOYACA (folio 213) (Acredita experiencia relacionada del 22 de agosto al 6 de diciembre de 2005- 4 meses y 14 días)	
5. Desempeñar las demás funciones asignadas por la norma o autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.	5. Contratista Secretaría de Educación de Boyacá (Folio 214) (Acredita experiencia relacionada de 5 meses)	
	6. Contratista imagen corporativa Ingenieros Constructores, Consultores y Medio Ambiente Ltda. (folio 219) (acredita experiencia relacionada de tres meses)	
Perfil profesional		
	Perfil profesional: Comunicadora social (folio 203); Especialista en Gestión Pública (folio 204); candidata a Magister en Dirección y Comunicación Corporativa (folio 205)	Perfil profesional: Comunicación social (folio 265); Especialista en Marketing Político y Estrategias de Campaña (folio 264); Especialista en Gerencia de Empresas, servicios y productos de la Música (folio 266)
Título profesional		
Experiencia: diez (10) meses experiencia relacionada	Cumple tiempo (4 años 7 meses y 14 días para la fecha del reintegro) experiencia relacionada	Cumple tiempo (4 años y 9 días para la fecha de posesión en el empleo) experiencia relacionada
Experiencia profesional relacionada:	Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo. Experiencia relacionada: Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer. ARTÍCULO 2.2.2.3.7 Decreto 1083 de 2015	

9. De la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos para el empleo Asesor Código 105 Grado 01, en el Decreto 1365 de diciembre 31 de 2015 el cual se encuentra amparado por la presunción de legalidad, tanto por la demandante como por quien probatoriamente se tiene como su remplazo señor JHON HENRY BARRERA CHAPARRO, se establece que ambos para la fecha de su ingreso cumplían con los requisitos de estudio y de experiencia profesional relacionada exigida en el Manual ajustado por el decreto en mención, incluso el tiempo de experiencia específica acreditado en el plenario es similar, por lo que no se puede aducir que con el nombramiento del señor BARRERA CHAPARRO se haya desmejorado el servicio.

10. En lo que respecta al funcionario que expidió el acto administrativo cuya nulidad se solicita, en efecto se trata de un empleado del Departamento de Boyacá al que le fueron encargadas las funciones de gobernador por vacaciones del titular, la atribución de encargar funciones por parte de las autoridades administrativas se encuentra prevista en el artículo 9º de la Ley 489 de 1998, norma que permite delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor; la función de dirigir y coordinar la acción administrativa del Departamento se encuentra en cabeza del Gobernador en virtud de lo previsto en el numeral 2º del artículo 305 Superior. La atribución de nombramiento y remoción de funcionarios no es de aquellas que tienen prohibición para ser delegadas. Tales apreciaciones permiten inferir que en lo atinente a la competencia, el acto administrativo fue proferido por funcionario con competencia; ahora bien señala el apoderado de la actora que la circunstancia de haberse proferido el acto por un funcionario encargado quien no tenía una relación funcional con la demandante con antelación a la decisión se constituye en indicio que debe ser valorado para configurar desvío de poder, tal apreciación no puede ser de recibo, la circunstancia de actuar en calidad de encargado no le impide al funcionario que recibió la delegación tomar decisiones como la hoy cuestionada.

La valoración integral de la prueba, y en especial de la documental arriada al proceso permite concluir que no existen elementos probatorios que hagan concluir que el acto administrativo fue expedido con vicios que afecten su legalidad o con desviación del poder.

La demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, y sobre la declaratoria de insubsistencia de esta clase de vinculación, se ha dicho que procede sin que sea necesario motivar el acto, sin procedimientos establecidos o prever condiciones. El acto que declara la insubsistencia de un funcionario público goza de la presunción de legalidad, que en tal virtud, se debe desvirtuar por el interesado para que sea infirmada.

El ingreso, la permanencia y el retiro del funcionario, requieren de la facultad discrecional del nominador por cuanto su provisión se efectúa en consideración a motivos personales o de confianza. Al respecto, el Consejo de Estado⁵² ha dicho que:

“Por otra parte, tal y como se mencionó anteriormente, el actor desempeñó un cargo de confianza y manejo, que al ser vinculado bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que éstos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame a acompañarlo en su gestión, en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar. En consecuencia, resulta razonable, que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo”.

En conclusión, no se demostró que la atribución legal de que está investido el nominador (Gobernador de Boyacá) para nombrar y remover libremente a los empleados, se hubiese desviado hacia fines distintos al mejoramiento del servicio público ni a la satisfacción de intereses personales. Revisado el proceso para establecer la obligación del actor de demostrar la ocurrencia de la desviación de poder, en la expedición del acto impugnado, como corresponde, no se encuentra plena prueba que acredite el vicio endilgado al acto motivo que se demanda y proceder a despojarlo de la presunción de legalidad de que gozan los actos

⁵² Sección Segunda, Subsección B, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 23 de febrero de 2011. Radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10) Actor: Gonzalo González Galvis.

administrativos. La prueba documental y testimonial allegada no demuestra que la remoción de la demandante obedeció a los hechos narrados por el actor en la demanda como tampoco que el servicio público a cargo de la entidad hubiese sido desmejorado. Por tanto, los cargos endilgados al acto acusado no prosperan.

Por otra parte, y en relación a que a partir de la desvinculación de la demandante aparentemente las actividades de la Dirección de Cultura no tuvieron la divulgación, el mismo cubrimiento o tratamiento en medios de comunicación a los que se le daba mientras laboraba la señora Claudia Lucia Barrera, no implica *per se* un desmejoramiento en el servicio, toda vez, que los nuevos lineamientos, políticas o estrategias de comunicación del ente departamental pudieron darle prevalencia o mayor relevancia a los eventos o actividades de otras secretarías, sectores, direcciones o dependencias.

Adicionalmente, debe advertirse que el pretender otorgar una garantía de estabilidad a empleados de libre nombramiento y remoción similar a la que se le otorga legalmente a los empleados de carrera administrativa, no cuenta con fundamento legal ni constitucional, y por el contrario contraviene el ejercicio de la facultad discrecional de los representantes legales y altos directivos de la administración para conformar libremente sus equipos de trabajo. Igualmente, tal postura implicaría una restricción al libre acceso a los cargos públicos de las personas que contando con los requisitos para acceder a ellos, verían truncada su posibilidad de ejercer la función pública simplemente porque las personas que los ocupan cumplen con el deber del ejercicio eficiente de sus tareas, lo cual tampoco se advierte acorde a los principios constitucionales y legales de igualdad y libertad que rigen la función pública y el derecho laboral.

3.5. Costas

Atendiendo a que en el presente asunto no fue demostrada la causación de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas acatando lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del CGP.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00097
Demandante: Claudia Lucía Barrera Rodríguez
Demandado: Departamento de Boyacá

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello, y archívese el expediente dejando las respectivas constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA

Juez