



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, veintiséis (26) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **1500133330082016-00062 00.**

Agotado el trámite procesal del Medio de Control de nulidad y Restablecimiento del Derecho, sin advertirse causal de nulidad en la actuación, procede el **Juzgado Octavo Administrativo Oral Del Circuito Judicial De Tunja** a dictar sentencia atendiendo lo previsto en el art. 187 de la ley 1437 de 2011, para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

I. ANTECEDENTES;

La señora **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**, por medio de apoderado, instaura MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, conforme al artículo 138 de la ley 1437 de 2011, contra el **MUNICIPIO DE SABOYA**, con el fin de obtener, en sentencia definitiva, resolución favorable a las siguientes;

1. PRETENSIONES (f. 3)

Que el Despacho resume así;

1. Se declare la **NULIDAD** de la **Resolución No. 06 de 4 de enero de 2016**, mediante la cual la señora Angélica María Bermúdez Rodríguez, le fue declarado insubsistente su nombramiento a partir del día 5 de enero de 2016, en el cargo de secretaria de planeación y desarrollo social, código 020, grado 11, nivel directivo.
2. Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se solicita que la demandante, sea reintegrada al cargo que desempeñaba como Jefe de Control Interno, en el Municipio de Saboya, sin que para todos los efectos salariales, prestacionales y de seguridad social integral, se considere que haya existido solución de continuidad en la prestación del servicio.
3. Que se reconozca y pague todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la desvinculación de la demandante, hasta que se produzca realmente su reintegro.
4. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y SS del CPACA.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 2

2. HECHOS (ff. 3 - 4)

Que el Despacho resume así:

1. Señala que mediante resolución N° 067 de 1 de julio de 2014 el Alcalde Municipal de Saboya, MIGUEL ANTONIO TORRES POVEDA, resolvió nombrar en el cargo de Secretaria de Planeación y Desarrollo Social, código 020, grado 15, nivel directivo de la planta global de Saboya a la demandante, con una asignación básica mensual de dos millones doscientos treinta y cinco mil doscientos treinta y un peso (\$2.235.231) M/CTE.
2. Mediante acta de fecha 1 de julio de 2014, la Accionante fue posesionada como Secretaria de Planeación y Desarrollo Social, por el Alcalde Municipal de Saboya, de la época.
3. Asegura que teniendo en cuenta el manual de funciones que rigió para la planta de personal del municipio demandado, a la hoy accionante le correspondía *"planear, dirigir y coordinar el sistema de control interno encaminado al logro de las metas de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios a cargo del municipio"*
4. Señala que el día 12 de julio de 2011 fue promulgada la ley 1474, mediante la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, o más conocida como "estatuto anticorrupción"
5. Que ese estatuto en su artículo 8, modifico el artículo 11 de la ley 87 de 1993, el cual prevé; *"designación de responsable de control interno; (...) cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un periodo fijo de 4 años, en la mitad del respectivo periodo del Alcalde o Gobernador"*
6. Que para el periodo constitucional para el que fueron elegidos los alcaldes para los años 2012 y 2015, el jefe de control interno debe estar acompañado a la nueva administración casi medio periodo de su gobierno.
7. Afirma que el alcalde del periodo constitucional 2012 y 2015, mediante Resolución N° 05 de fecha 19 de enero de 2015, nombro a la señora Angélica María Bermúdez Rodríguez, en el cargo de Jefe de Control Interno código 006, grado 10, de naturaleza de "cargo de periodo", de la planta globalizada del Municipio.
8. El Alcalde de Saboya con el ánimo de darle cumplimiento a lo previsto en la ley 1474 de 2011, precedió mediante resolución N° 05 del 19 de enero de 2015, a encargar por necesidad del servicio como jefe de control interno código 006, grado 10 de

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 3

naturaleza "cargo de periodo" a la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, y quien desempeño este cargo hasta el día 5 de enero de 2016, fecha en la cual fue declarada insubsistente por la actual administración.

9. Que cumpliendo las funciones de control interno realizo informes de EVALUACIÓN – MODELO ESTÁNDAR DE CONTROL INTERNO – MECI, como los correspondientes informes periódicos que por mandato legal le corresponde a esta oficina, realizo auditoria a las distintas dependencias como se pude probar en las que se hiciera a la secretaria de infraestructura y de agricultura, a la secretaria general y de hacienda e incluso al mismo despacho de la Alcaldía Municipal; de la misma forma está el reconocimiento de los informes presentados en el DAFP; están los informes realizados y presentados ante la administración municipal de la vigencia 2015, correspondientes a las funciones de control interno; realizo la actualización al modelo estándar de control interno.
10. Señala que la actual administración era conocedor del cargo que ella desempeñaba como tal y desde luego de las funciones de control interno, pues como se puede leer en las cinco actas parciales del proceso de empalme, la accionante siempre suscribió las actas como jefe de control interno y dichas actas de fechas 12, 19 y 26 de noviembre y del 10 y 17 de diciembre de 2015, están acompañadas de la firma de los dos coordinadores delegados por la administración del periodo constitucional 2016-2016 (sic), CIRLEY MIREYA GIL A, ARMANDO PALOMA, como también por la funcionaria de la Administración Municipal 2012-2015, LUZ DEYANIRA GONZALEZ, y la señora personera municipal Dra. MARIA ISABEL SOSA.
11. Resaltan que la demandante allego el día 5 de enero de 2016, al despacho del señor alcalde municipal, informe de todo lo actuado como jefe de control interno, es decir desde el mes de enero de 2015, a esa fecha en que fue declarada insubsistente.
12. Señala que a pesar de lo anterior, el Alcalde Municipal de Saboya, ZAMIR SOTELO MONROY, por intermedio de la Resolución N° 06 de fecha 04 de enero de 2016, notificada personalmente el día 5 de enero del mismo año, declaro insubsistente el nombramiento del cargo que ocupaba la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, como SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, CODIGO 020, GRADO 11, NIVEL DIRECTIVO, advirtiéndose que no existió motivación del mismo, que dejara entrever los motivos de dicha decisión.
13. Que la hoja de vida de la titular de la Secretaria De Planeación Y Desarrollo Social, es intachable y su conducta siempre fue cumpliendo su deber, no hubo reparo alguno en su calificación, lo que a todas luces no hay mérito alguno para que fuera declarada insubsistente.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION (ff. 6 a 9)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 4

Estima como normas violadas los artículos 25, 209, 315 de la Constitución Política; ley 1474 de 2011, ley 87 de 1993.

Señala que la entidad demandada vulnero el derecho al trabajo contemplado en el artículo 25 de la Constitución Política, pues con la declaratoria de insubsistencia, se le está quitando ese preciado derecho, sin tener la posibilidad de controvertir las decisiones adoptadas por el representante legal del Municipio, vulnerando de igual forma, el derecho de defensa y debido proceso.

Que la Constitución Política en su artículo 209 establece que la administración pública, independientemente si son del orden nacional, departamental, municipal, deben tener una oficina de control interno de periodo, como lo establece la ley 1474 de 2011, y que todas las entidades públicas sin excepción, están obligadas a diseñar, implementar métodos y procedimientos de control interno, tendientes a darle cumplimiento a la normatividad vigente.

Asegura que los empleos de libre nombramiento y remoción, como lo ha señalado la jurisprudencia, pueden ser provistos en el ejercicio de la facultad discrecional con un empleado que podrá ser removido en cualquier momento, mediante acto administrativo que no necesita motivación y que por ninguna razón se debe confundir con los empleados de periodo, lo que trae consigo una estabilidad que debe obligar a las entidades públicas a que estos funcionarios deben permanecer en el cargo correspondiente prestando sus servicios de forma diligente, durante el término que establece la ley, desde luego sin que haya un motivo que justifique una causa legal para realizar su despido y que para el caso en concreto la demandante nunca tuvo un llamado de atención, por lo que no hay fundamento para la declaratoria de insubsistencia.

Señala que como en el periodo constitucional de esta administración es del 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019, esto implica que la nueva designación del funcionario de la oficina de control interno, debió haberse dado el 31 de diciembre de 2017, y le imponía el respeto por la permanencia en el cargo hasta la fecha para el empalme del periodo institucional.

Nótese que mediante la Resolución N° 06 de 4 de enero de 2016, no explica las razones o motivos que soportan la declaratoria de insubsistencia, lo que se puede enmarcar en un abuso del derecho, en donde la administración desvía el mismo, con el fin de imponer a capricho los nominadores que acompañaran la nueva administración, sin percatarse que

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 5

con ello está violando la legalidad que contempla el artículo 8 de la ley 1474 de 2011, pues además la demandante cumplió cabalmente con sus funciones, mereciendo seguir desempeñando este cargo.

II. TRAMITE PROCESAL;

1. Presentación y admisión;

La demanda fue radicada el quince (15) de junio de 2016 (f.11), inadmitida mediante auto de fecha catorce (14) de julio de 2016, (ff. 179 a 26 v), y admitida el once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016) (ff. 183 a 185), ordenándose la notificación personal al representante legal de la Entidad Demandada, al Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho Judicial, lo cual se cumplió como se advierte a folios (190 a 191).

Efectuado lo anterior y vencido el término de 25 días de que trata el art. 199 de la ley 1437 de 2011 (f.192), empezó el término de los 30 días de traslado que trata el artículo 172 del CPACA, tal como se observa en la constancia secretarial (f.194), término que venció el pasado dos (2) de diciembre de 2016, y la Entidad demandada procedió a contestar la demanda así:

2. Contestación de la demanda; (ff. 195-203)

Asegura que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características; (I). Hacer referencia a funciones directivas, de manejo, conducción u orientación institucional y, (II). Referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades.

Se establece que el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, código 020 grado 15, nivel directivo de planta global de la Alcaldía Municipal de Saboya, que ocupaba la demandante Angélica María Bermúdez Rodríguez, es un cargo de libre nombramiento y remoción.

Manifiesta que a partir del pronunciamiento de declaratoria de insubsistencia de un funcionario nombrado con facultad de remoción a juicio del nominador, la exigencia de motivación en nada pugna con la facultad discrecional que está en cabeza del nominador territorial al momento de la declaratoria de insubsistencia.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 6

En principio, todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben motivarse, sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto a la desvinculación del servicio, admite la excepción al tratarse de los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que responde a la facultad discrecional que tienen los nominadores de nombrar y remover a sus funcionarios.

Señala que de conformidad con los planteamientos jurisprudenciales y en palabras de la Corte Constitucional "*los actos administrativos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza*" y en consecuencia, el acto administrativo es una decisión que no resulta violatoria de derecho alguno y por lo tanto no hay lugar a su restablecimiento, como quiera que es una decisión exceptuada de ser motivada.

Finalmente señala que tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva pueden ser provistos a través de encargo a empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumpla con los requisitos y el perfil para su desempeño (Artículo 24, ley 909 de 2004). Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesara el desempeño de las funciones de este y recuperara la plenitud de las del empleo del cual es titular, sino lo estaba desempeñando simultáneamente y que no se puede confundir el hecho que la demandante era titular del cargo SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL y no del cargo de JEFE DE CONTROL INTERNO, pues si bien, desempeño las funciones en este último, se hizo en cumplimiento del encargo que le hizo la administración municipal mientras se suplía la vacante.

3. Audiencia inicial;

Mediante auto de fecha veinticuatro (24) de enero de 2017, el Despacho fijo para el día veinte (20) de febrero de 2017, la **audiencia inicial** que trata el artículo 180 del CPACA, (f.221 y v), dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha (ff. 224 a 226 v) y CD. (f.230), en dicha audiencia se fijó para el día cinco (5º) de abril de 2017 la Audiencia de Pruebas.

4. Audiencia de pruebas.

El día 5º de abril de 2017 se adelantó la audiencia de pruebas; dejando constancia de su realización en el acta de misma fecha (ff.143 a 144 v) y CD (f.142); donde se resolvió

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 7

tener por incorporadas la totalidad de las pruebas así como correr traslado para alegar, señalando a las partes que debían presentar alegatos dentro de los diez días siguientes al desarrollo de la audiencia, de igual manera se le recordó al Ministerio Público que dentro de la misma oportunidad si a bien lo tenía, podía presentar el correspondiente concepto y superado el término de traslado y dentro de los 20 días siguientes se proferiría la sentencia.

5. Alegatos de conclusión;

5.1. Parte Demandante

No presento alegatos

5.2 Parte demandada

No presento alegatos

5.3 Ministerio Público.

No presento concepto.

III. CONSIDERACIONES;

1. Problema jurídico a resolver;

Consiste en determinar si la Resolución N° 06 de 4 de enero del 2016 mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Secretaria de Planeación y Desarrollo Social, en el que había sido nombrada la Demandante, incurre en alguna causal de nulidad y si tiene derecho a que se reintegre al cargo de periodo que desempeñaba en encargo, como Jefe de Control Interno de la planta global del Municipio de Saboya.

2. Resolución del caso.

2.1. Fundamento Legal;

2.2. Formas de vinculación de los funcionarios a entidades públicas;

Por mandato Constitucional fue provista una regla general, según la cual, los empleados al servicio de las entidades públicas son seleccionados mediante concurso de méritos y gozan

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 8

de una estabilidad laboral relativa, denominado carrera administrativa, la excepción a la misma, se encuentra en los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

En desarrollo del mandato Constitucional citado, fue expedida la Ley 443 de 1998 que en su artículo 505 estableció que la carrera administrativa es la forma general de ingreso al servicio de la administración, y reiteró la distinción entre los cargos de elección popular, de libre nombramiento y de carrera administrativa; dicha norma fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, que en su artículo 1 dispuso que los empleos que hacen parte de la función pública son: i) a) *Empleos públicos de carrera*; b) *Empleos públicos de libre nombramiento y remoción*; c) *Empleos de período fijo*; d) *Empleos temporales*.

De otra parte, el artículo 5 de la norma en comento, adicionado por la Ley 1093 de 2006 consagra lo siguiente:

"Artículo 5°. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de 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 así (...)

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 siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así (...)

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 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.*

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 9

Conforme a lo expuesto, tanto en la Constitución, como en las normas que regulan las relaciones laborales – administrativas, se consagro que los cargos que implican mayor confianza del nominador y están relacionados con la administración de dineros o bienes del estado, es el empleador quien tiene la facultad de nombrar discrecionalmente a cualquier persona que cumpla con los requisitos para el empleo, **y goza de libertad para terminar la relación laboral en cualquier momento, sin necesidad de motivar su decisión**; es decir, que contrario a los cargos de carrera administrativa donde la selección del empleado se lleva a cabo mediante un mecanismo objetivo como es un concurso de méritos, la naturaleza de las funciones de confianza y manejo de los cargos, implica que el elemento determinante para comenzar y terminar una relación laboral sean capacidades especiales del trabajador.

2.3. Generalidades de los cargos de libre nombramiento y remoción – nombramiento e insubsistencia.

Los cargos de libre nombramiento y remoción han sido entendidos como aquellos en los que por las especiales funciones que le son atribuidas, la vinculación no se encuentra sometida a concurso de méritos, siendo la voluntad del nominador y la confianza que el empleado le genera a este, el elemento determinante tanto para el inicio como la finalización de la relación laboral.

En efecto, el Consejo de Estado, ha considerado lo siguiente;

"(...) el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera¹"

Por su parte, la Corte Constitucional en **sentencia de unificación SU 446 de 2011**, coincide en proteger la facultad discrecional del empleador en los cargos de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*"La estabilidad entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo, es plena para los empleos de carrera pero **restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción**, 'pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador,*

¹ CE, S2, e 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09), 9 Feb de 2012; M.P. LUIS RAFAEL VERGARA,

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 10

*quien goza de **cierta discrecionalidad** para decidir libremente sobre estos asuntos, **siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder**."*

A pesar de lo expuesto, el poder de disposición del cargo en cabeza del nominador no es absoluto, pues es claro que todas las facultades conferidas a las autoridades de cualquier orden están limitadas por el respeto al interés general y el servicio público.

Es así como, corresponde al demandante aportar elementos probatorios que tiendan a desvirtuar la presunción de legalidad que reviste al acto de desvinculación del empleado nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, conforme a lo dispuesto por los artículos 166 y 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA. En otras palabras, es deber del accionante aportar con su demanda los medios de convicción que demuestren al juez que los motivos que tuvo el empleador para retirarlo del servicio son distintas al interés general y al mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, la doctrina ha considerado que la eficacia de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción depende de la coexistencia de los elementos que a continuación se citan: **El principio de la legalidad, La libertad del nominador; La conveniencia del acto de insubsistencia; La competencia del funcionario para declarar la insubsistencia.**

De lo expuesto puede inferirse, que a pesar de la facultad discrecional del nominador en la expedición del acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, el mismo debe tener como fundamento el mejoramiento en la prestación del servicio; por lo tanto, a pesar de no ser necesaria motivación alguna para su expedición, el afectado con un retiro del cargo que sea expedido por circunstancias distintas a las enunciadas, puede acudir a la vía judicial y solicitar su nulidad aportando las pruebas de desviación de poder.

El Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² al referirse a este tema, señaló;

"El solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción, desempeñe sus funciones de forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, per se no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente. La hipótesis contraria conllevaría a que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición (...)"

² CE, S2, e 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09) , 9 Feb de 2012; M.P. LUIS RAFAEL VERGARA

2.4. Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional³.

Al ser la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción, como la del demandante, 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, y «opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia»⁴.

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 Código General del Proceso en su artículo 166 y 167, disposiciones aplicables al asunto por remisión de los artículos 211 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

Es pertinente manifestar a la altura de lo ya enunciado, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública. Entonces, la discrecionalidad «surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público»⁵.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional⁶

³ CE, S2, e73001233300020130044701 (4519-2014), 9 mar de 2017, MP. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

⁴ DROMÍ, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, 4ª edición, 1995, página 98.

⁵ García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª edición, 2000, página 143.

⁶ En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

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

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 12

ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

Al igual, esa Corporación 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 jurídico⁷.

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría⁸, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.

2.5. De la situación administrativa - encargo;

Procede el Despacho a hacer un recuento normativo, sobre esta situación administrativa;

En primer lugar el decreto 2400 de 1968, sobre el concepto de empleo, preciso;

"ARTICULO 2, Modificado por el artículo 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la constitución, la ley, reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearan los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones."

Por su parte la **ley 909 en su Artículo 19, frente al empleo público**, puntualizo;

"1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y

grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta."

⁷ Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

⁸ García de Enterría, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración.*, 5ª edición, 2000, página 144

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 13

responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado"

De igual manera, en lo que se refiere a los encargos, señalo en su artículo 23⁹, que los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Así cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta un plazo máximo de 3 meses. Vencido este término el encargado cesara automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales.

Posteriormente, el decreto 1950 de 1973 "por medio de cual se reglamenta los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil" sobre la remuneración de los empleados allí enumerados, señalo;

"ARTICULO 13; El sistema de remuneración de los empleados a que se refiere el presente decreto nacional se rige por las leyes sobre fijación de escalas de remuneración correspondientes a las categorías de empleos, dictadas de conformidad con el ordinal 9º del artículo 76 de la Constitución Nacional"

Sobre la figura del encargo, señalo;

"Artículo 34; Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo"

"ARTÍCULO 35; Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva, hasta por el termino de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. AL VENCIMIENTO DEL ENCARGO, quien lo venía ejerciendo cesara automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperara la plenitud de las del empleo del cual es titular, sino lo estaba desempeñando simultáneamente. VER ARTICULO 23 DECRETO 2400 DE 1968"

ARTICULO 36; El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera"

Seguidamente la ley 443 de 1998, "por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones" y en su artículos 8 a 10, puntualizo;

Artículo 8º.- Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales.
En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

⁹ Decreto 2400 de 1968.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 14

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

Parágrafo. *Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.*

Artículo 9º.- Provisión de los empleos por vacancia temporal. *Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.*

Artículo 10º.- Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. *El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses, cundo la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 368 de 1999.*

Cuando por circunstancia debidamente justificada ante la respectiva Comisión del Servicio Civil, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse previa autorización de la respectiva Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

La Comisión del Servicio Civil respectiva podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales o su prórroga sin la apertura de concursos por el tiempo que sea necesario, previa la justificación correspondiente en los casos que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad. Texto Subrayado declarado INEXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 372 de 1999.

Finalmente, **la ley 909 de 2004**, dispuso frente al encargo y la vacancia temporal de los empleos, lo siguiente;

Artículo 24, encargo; Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 15

de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. **El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.**

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. **En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.**

Frente al tema del encargo, el Consejo de Estado¹⁰, preciso;

"(...) Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente". (Resalta el Despacho)

2.6. De la designación del responsable de la oficina de control interno;

La ley 1474 de 2011, por medio de la cual " se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública" y la cual fue publicada en el diario oficial n° 48.128 de 12 de julio de 2011, en sus artículo 8 y 9, preciso;

ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, **la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.**

PARÁGRAFO 1o. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

¹⁰ S2, e25000-23-25-000-2002-09601-01, 21 Oct de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 16

PARÁGRAFO 2o. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.

ARTÍCULO 9o. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. <Ver modificaciones a este artículo directamente en la Ley 87 de 1993> Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, así como a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones.

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.

Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de qué trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo.

3. De lo probado en el proceso;

Está probado que la hoy demandante:

- Fue nombrada en el cargo de Secretaria De Planeación Y Desarrollo Social, código 020, grado 15, Nivel Directivo De La Planta Global De La Alcaldía Municipal De Saboya, mediante Resolución N° 067 de 1 de julio de dos mil catorce (2014).
- Mediante acta de fecha 1 de julio de 2014, fue posesionada como Secretaria de Planeación y Desarrollo Social.
- El Alcalde Municipal de Saboya expidió el manual específico de funciones y de competencias laborales donde se especifican las de jefe de control interno y los demás cargos de la planta global del Municipio de Saboya. (ff. 18 a 51)
- El Alcalde Municipal de Saboya, mediante Resolución N° 05 de fecha 19 de enero de 2015, nombro en encargo a la hoy demandante como Jefe de Control Interno código 006, grado 10

- La Secretaria General y de Hacienda del Municipio de Saboya – Boyacá, certifico las funciones del cargo de “jefe de oficina de control interno” (ff. 54 a 55)
- La Secretaria General y de Hacienda del Municipio de Saboya – Boyacá, certifico las funciones del cargo de “Secretaria de planeación y desarrollo social” (ff. 56 a 59).
- Copia del Informe de evaluación – modelo estándar de control interno – MECI (ff. 60 a 65).
- Copia del Plan anticorrupción y de atención al ciudadano, rendido por el Alcalde Municipal de Saboya – Boyacá (ff. 66 a 76).
- Copia del seguimiento plan anticorrupción año 2014 (ff. 77 a 80).
- Copia del informe de auditoría rendido por la hoy actora (ff. 82 a 87 y 109 a 110).
- Informe cuatrimestral pormenorizado del sistema de control interno, ENERO – ABRIL de 2015. (ff. 88 a 91.)
- Informe cuatrimestral pormenorizado del sistema de control interno, MAYO – AGOSTO de 2015. (ff. 92 a 95)
- Informe cuatrimestral pormenorizado del sistema de control interno, SEPTIEMBRE – DICIEMBRE de 2015. (ff. 96 a 101.)
- Copia del “*informe ejecutivo anual de evaluación al sistema de control interno, con base en la encuesta de implementación del modelo estándar de control interno – MECI, vigencia 2014, con alcance a 28 de febrero de 2015*”
- Acta de apertura del buzón de sugerencias (ff. 110 a 117).
- Copia de la actualización del modelo estándar de control interno Alcaldía Municipal de Saboya – 2014 (ff. 118 a 146)
- Copia del acta N° 01 de proceso de empalme (ff. 148 a 156).
- Copia del acta N° 02 de proceso de empalme (ff. 157 a 160).
- Acta parcial de proceso de empalme fase N° 2 (ff. 161 a 170).
- Mediante Resolución N° 06 de enero de 2016, el Alcalde Municipal de Saboya, procedió a declarar insubsistente el nombramiento en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, que desempeñaba la demandante (f. 171), decisión que fue notificada a la hoy actora, (f. 172).
- Certificación expedida por la Secretaria General y de Hacienda (ff. 238 – 239).

4. Del análisis probatorio y del caso concreto;

Del análisis individual y en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 18

La demandante, señora **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**, identificada con C.C. N° 52.425.995 de Bogotá, fue nombrada mediante Resolución N° 67 del 1 de julio de 2014, en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, en dicha resolución se plasmó lo siguiente;

CONSIDERANDO;

Que el artículo 23 de la ley 909 de 2004 establece que los empleados de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo.

(...)

RESUELVE;

ARTICULO PRIMERO; Nombrar con carácter ORDINARIO, a la ingeniera ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, identificada con C.C. N° 52.425.995 de Bogotá, en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, código 020 grado 15, nivel directivo de la planta global de la alcaldía Municipal de Saboya, con una asignación básica mensual de DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.235.231) M/CTE. (Resalta el Despacho) (f. 16).

Mediante acta de fecha 1º de julio de 2014, la hoy demandante tomo posesión del cargo como SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, código 020 grado 15, nivel directivo de la planta global de la alcaldía Municipal de Saboya (f. 17).

En el "manual específico de funciones y competencias laborales" para el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL desempeñado por la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, identificada con C.C. N° 52.425.995, se estableció como una de sus (funciones esenciales); "(...) 36. Dirigir, Coordinar el desarrollo e implementación del plan anual de acción, **manuales de control interno**, indicadores de gestión, reglamentos, métodos, formatos y procedimientos que requiera para el funcionamiento de la secretaria" (f. 27 a 28 v Y 56 a 59).

En desarrollo de estas funciones la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, presento al alcalde del Municipio de Saboya, el informe de evaluación – modelo estándar de control interno – MECI, donde se hizo, entre otras, la siguiente recomendación;

"asignar un profesional para coordinar el sistema de control interno y así evidenciar mejores resultados (ff. 60 a 65).

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 19

Posteriormente el Alcalde Municipal de Saboya de la época, Señor ZAMIR SOTELO MONROY, mediante Resolución N° 05 del 19 de enero de 2015, resolvió;

ARTICULO PRIMERO; Encargar por necesidades del servicio en el empleo de jefe de control interno código 006, grado 10 de naturaleza del cargo periodo, de la planta globalizada de la Alcaldía Municipal de Saboya, a la funcionaria ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, identificada con C.C. N° 52.425.995 de Bogotá, a partir de la fecha (ff. 52 a 53).

En dicho cargo y de conformidad con la certificación expedida por la Secretaria General y de Hacienda, del Municipio de Saboya – Boyacá, la hoy accionante desempeño entre otras las siguientes funciones,

- "1. Desarrollar las acciones necesarias para la implementación del plan estratégico y programático de control interno en la administración, con base en el plan de desarrollo del alcalde vigente.*
- 2. Coordinar y verificar la evaluación del sistema de control interno en la administración central*

(...)" (ff. 54 a 55).

Estando nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción (Secretaria de Planeación y Desarrollo Social) (f. 13) y encargada por necesidades del servicio en el empleo de (Jefe De Control Interno código 006, grado 10, de periodo), cumpliendo conjuntamente funciones de los dos cargos, fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, mediante resolución N° 06 del 4 de enero de 2016, así;

"ARTICULO 1; Declárese insubsistente el nombramiento de la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, identificada con C.C. N° 52.425.995, expedida en Bogotá, en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, código 020, grado 11, nivel directivo."

En este punto, es donde existe inconformidad de la parte demandante, ya que en su parecer al ser el cargo de Jefe de Control Interno "de periodo" no podía ser declarado insubsistente su nombramiento como SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, ya que de conformidad con la ley 1774 de 2011, estaba habilitada para desempeñar el cargo de JEFE DE CONTROL INTERNO, por medio periodo, del actual alcalde (f. 4 a 6).

Al respecto es necesario precisar lo siguiente;

La ley 1474 de 2011, por medio de la cual "se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 20

efectividad del control de la gestión pública" y la cual fue publicada en el diario oficial N° 48.128 de 12 de julio de 2011, en sus artículo 8 y 9, preciso;

"ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

(...)

Quando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del Alcalde o Gobernador.

(...)

De conformidad con la norma referida es claro que la misma **no estableció un procedimiento específico para el nombramiento de los Jefes De Oficina De Control Interno**, únicamente determino los requisitos para su desempeño, por tal razón, el Alcalde de la época, mediante Resolución N° 05 del 19 de enero de 2015, resolvió, **"Encargar por necesidades del servicio en el empleo de Jefe De Control Interno código 006, grado 10 de naturaleza del cargo periodo, (...) a la funcionaria ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ (...)" (f. 53)**, quien desempeñaba el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL.

Ciertamente como ya se dijo en precedencia, para que **la situación administrativa encargo**, se presente, es necesario dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el **artículo 24 de la ley 909 de 2004**, esto es que, **el encargo recaiga en el empleado de carrera** que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, y que quien este optando por este, debe cumplir con las exigencias para su ejercicio, y poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño, no haber sido sancionado disciplinariamente en el último año y que su última evaluación del trabajo sea sobresaliente¹¹

Así se precisó en **el Artículo 24 de la ley 909 de 2004, sobre el encargo**;

*Artículo 24, encargo; Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. **El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.***

¹¹ TAB, S2, e. 15001-33-33-005-2012-00078 – 01, de 29 Ago. de 2014, M.P. Luis Ernesto Arciniega Triana.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 21

(..)

*Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. **En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.***

Revisado el expediente, no obra prueba que acredite, que la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ, al momento que fue encargada como Jefe de Control Interno del Municipio de Saboya – Boyacá, **se desempeñara como empleada de carrera en dicho ente territorial**, por el contrario, en la Resolución N° 67 del 1 de julio de 2014, (f. 16), se dejó plasmado que el nombramiento a la hoy actora se hizo **en un empleo de libre nombramiento y remoción “SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL”**, por lo que dicha funcionaria no cumplía con los requisitos de la ley 909 de 2004, para ser encargada como Jefe de Control Interno del Municipio demandado.

Nótese como la misma ley, señala que los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados, y uno de los requisitos es que **su última evaluación del desempeño sea sobresaliente**; en consecuencia, el Alcalde Municipal de Saboya, no podía nombrar a la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ en encargo como “Jefe de Control Interno”, toda vez que a los empleados de libre nombramiento y remoción, no le es evaluado su desempeño, como si ocurre con los empleados de carrera administrativa.

Por otro lado, **la ley 909 de 2004, en su artículo 24**, preciso; **“El término de esta situación (encargo) no podrá ser superior a seis (6) meses.**

Así las cosas, y al revisar el expediente, es claro que el nombramiento en encargo como Jefe de Control Interno realizado a la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ, el día 19 de enero de 2015) (ff. 52 a 53), se prolongó hasta el (4 de enero de 2016) (f. 171), desbordando así el termino señalado por la ley 909 de 2004, artículo 24; lo que significa que el termino máximo que podía estar en encargo la hoy demandante, sería hasta **el 19 de julio de 2015**, por lo que de ordenar un reintegro como lo pretende la Actora, estaría en contravía de la norma referida.

El Tribunal Administrativo de Boyacá¹², frente a un cargo de periodo, puntualizo;

¹² TAB, S2, e. 15001-33-33-005-2012-00078 – 01, de 29 Ago. de 2014, M.P. Luis Ernesto Arciniega Triana

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 22

"(...) La sala dirá que aun cuando el cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado se considere **de periodo institucional, no quiere decir que quien estuviere encargado allí no pueda ser removido**, pues si bien este cargo es de naturaleza de libre nombramiento y remoción, de ahí que solo quien ha sido nombrado mediante el concurso de méritos es quien va tener una estabilidad laboral por lo menos, por los 4 años contados desde el inicio del periodo del alcalde de la respectiva entidad territorial.

No ocurre lo mismo con aquellos que no han agotado el proceso de selección, pues como en este caso, cuando la actora fue nombrada por el representante legal del Municipio de Chiquiza dada su facultad discrecional, puede ser removida del cargo cuando el nominador así lo considere, tal como efecto ocurrió" (Resalta el Despacho).

Frente al tema del encargo, el Consejo de Estado¹³, preciso;

"(...) **Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente"**. (Resalta el Despacho)

De conformidad con lo anterior, no es viable el reintegro de la hoy actora, ya que como se explicó en precedencia, la demandante estuvo vinculada más del tiempo permitido por la ley 909 de 2004, por lo que siendo estricto con la aplicación de la ley referida, el día 19 de julio de 2015, culminaría su encargo como Jefe de Control Interno del Municipio de Saboya, y automáticamente cesarían las funciones, y continuaría solamente con las funciones propias del empleo, del cual era titular (SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL).

No obstante precisa el despacho que **no compete estudiar en el presente caso, la legalidad del acto administrativo por medio del cual se nombró en encargo a la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ, como JEFE DE CONTROL INTERNO**, dado que lo pretendido en la demanda es que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución N° 06 de fecha 04 de enero de 2016, mediante el cual fue declarado insubsistente el nombramiento en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL.

Frente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 06 de fecha 04 de enero de 2016, "por medio de la cual se declara insubsistente un empleado de libre nombramiento y remoción" en el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, código 020, grado 11, nivel directivo, el despacho hace la siguiente precisión;

¹³ S2, e25000-23-25-000-2002-09601-01, 21 Oct de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 23

Teniendo en cuenta que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos, lo que le permitía al nominador, en este caso, al Alcalde Municipal de Saboya de esa época, **disponer libremente su provisión y retiro, sin necesidad de expresar los motivos que lo llevaron adoptar una u otra decisión**, mientras se suplía la vacante, habida cuenta **La ley 1474 de 2011, no estableció un procedimiento específico para el nombramiento de los Jefes de la Oficina de Control Interno.**

En efecto, el Consejo de Estado, ha considerado los siguiente;

"(...) el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera¹⁴"

Así lo concluyo el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵;

"lo anterior, deja claro que al ser vinculada la actora bajo la modalidad de empleada de libre nombramiento y remoción, podía ser retirada del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que estos cargos sean ejercidos solo por aquellas personas que el nominador elija, en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar.

En consecuencia, resulta razonable, que en aras de la discrecional, pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción. Esa facultad discrecional para remover libremente, otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con que funcionarios cumple mejor los fines que le fueron encomendados.

En otro pronunciamiento al referirse al mismo tema, el TAB, reitero¹⁶;

"Al quedar definido que el cargo que desempeño la demandante es de libre nombramiento y remoción, es claro que la insubsistencia podía expedirse como en efecto se hizo, sin necesidad de motivación alguna; en ese entendido el acto demandado goza de presunción de legalidad, la cual debía desvirtuarse judicialmente, siendo labor del demandante aportar los elementos tendientes a demostrar que la terminación de la vinculación sucedió por causas diferentes a las del mejoramiento del servicio, labor que no se realizó en el presente caso"

¹⁴ CE, S2, e 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09), 9 Feb de 2012; M.P. LUIS RAFAEL VERGARA,

¹⁵ TAB, S2, e. 15001-33-33-005-2012-00078 – 01, de 29 Ago. de 2014, M.P. Luis Ernesto Arciniega Triana

¹⁶ TAB, S1, e 1500133330062013001138-01, de 05 de Jul de 2016, M.P. Fabio Iván Afanador.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 24

Al revisar el expediente, no existe prueba siquiera sumaria que demuestre que con la desvinculación de la actora se desmejoro la prestación del servicio, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ, lo manifestado allí no dejo vislumbrar que la desvinculación conllevo al desmejoramiento del servicio, por lo que no se configura una desviación de poder que desvirtué la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

Tampoco le asiste razón a la demandante, al pretender el reintegro al cargo de Jefe De Control Interno, máxime cuando en el acto de insubsistencia nada se dijo frente al encargo realizado en el empleo referido, decisión que encuentra sustento en lo señalado por el Consejo de Estado¹⁷, donde preciso; "(...) **Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de este y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, (...)**". (Resalta el Despacho), aclarando que la actora había estado en encargo sin el cumplimiento de requisitos y por un tiempo superior autorizado por la ley 909 de 2004.

Ahora bien, el hecho de que la hoy demandante hubiese presentado los informes de evaluación modelo estándar de control interno, MECI (ff. 93 a 101), no implicaba que las funciones desempeñadas en el empleo del cual había sido nombrada en encargo JEFE DE CONTROL INTERNO, le generara un fuero de estabilidad, que impidiera al nominador, ejercer la facultad discrecional de removerla del cargo del que era titular, es decir, SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL.

Nótese además, que en los informes "de evaluación modelo estándar de control interno, MECI" (ff. 93 a 101), presentados por la hoy actora, los suscribe como SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL y **encargada de Funciones de Control Interno** (f, 91 y 95), lo que significa de una parte, que era su deber hacerlo, dada la situación administrativa de encargo y de otra, que el cargo del cual era titular, era como SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, empleo de libre nombramiento remoción, frente al cual, el nominador podía declarar insubsistente su nombramiento, como efectivamente ocurrió, sin que en el plenario, la parte actora, haya demostrado teniendo la carga de hacerlo, que dicho acto fuese proferido por razones diferentes al mejoramiento del servicio.

Sin lugar a duda, en el presente caso, la demandante fue nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, como Secretaria De Planeación Y Desarrollo Social, en el Municipio de Saboya, empleo que en acatamiento de lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política, tenía las funciones señaladas en los folios 56 a 59, y además **fue**

¹⁷ S2, e25000-23-25-000-2002-09601-01, 21 Oct de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado.

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 25

nombrada en encargo como Jefe De Control Interno, empleo cuyas funciones aparecen relacionadas en los folios 54 a 55, y el hecho de que como Secretaria de Planeación tuviese la función de "*Dirigir, Coordinar el desarrollo e implementación del plan anual de acción, **manuales de control interno**, indicadores de gestión, reglamentos, métodos, formatos y procedimientos que requiera para el funcionamiento de la secretaria*" no significa que asumiera la titularidad del cargo de Jefe De Control Interno, pues inequívocamente, se trata de dos empleos señalados en la planta de personal del ente territorial.

En consecuencia, para este despacho, queda establecido que con el acto demandado, Resolución N°06 de 4 de enero de 2016, no se vulnera normas de rango constitucional o legal, ni existe causal alguna que comprometa la presunción de legalidad que lo ampara, por lo tanto se negaran las suplicas de la demanda.

5. Conclusión;

En conclusión, como la señora ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ, estaba desempeñando el cargo de SECRETARIA DE PLANEACION Y DESARROLLO SOCIAL, código 020, grado 11, nivel directivo, empleo de libre nombramiento y remoción, el Alcalde del Municipio de Saboya – Boyacá, estaba facultado para declarar la insubsistencia del nombramiento del mismo, habida cuenta, la ley les ha dado un tratamiento especial para que estos cargos sean ejercidos solo por aquellas personas que el nominador elija, en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar, por lo que resulta razonable, que en aras de la discrecionalidad, pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción, sin que la circunstancia de estar desempeñando en encargo el empleo de Jefe De Control Interno, impidiera que el nominador ejerciera la facultad discrecional.

Por consiguiente, encuentra el despacho que el acto demandado se ajusta a derecho, conservando la presunción de legalidad que lo ampara, lo que conlleva a negar las suplicas de la demanda.

6. De las costas;

Teniendo en consideración lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, en concordancia con la pauta jurisprudencial plasmada en la sentencia de fecha 7 de abril de

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 26

2016, proferida con ponencia del Consejero William Hernández Gómez¹⁸, una vez valorado el plenario se advierte que no aparece probada la causación de costas, razón por la cual no se condenará a la parte vencida a su pago.

7. De la notificación;

Finalmente, el Despacho ordenará que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del CPACA, dentro de los 3 días siguientes a su expedición mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por estado en la forma prevista en el artículo 295 del CGP, siguiendo el criterio definido en la sentencia de fecha 21 de abril de 2016, proferida con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez¹⁹.

IV.DECISION

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁸ CE 2A, 7 Abr. 2016, W. Hernández: "(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.
- b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de 'valorativo' porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)*"

¹⁹ CE 5, 21 Abr. 2016, e11001-03-15-000-2015-02509-01 (AC), L. Bermúdez. En la providencia se señala que "(...) Si bien ese inciso segundo del art. 203 CPACA remite al 323 CPC (notificación por edicto), esta clase de notificaciones desapareció con el CGP, que en su art. 295 dispone la notificación por estado para autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera – en concordancia con art. 291 CGP (en lo pertinente). Por otro lado, hay que tener presente que de conformidad con art. 198 CPACA entre las providencias enlistadas que deben notificarse personalmente, no se encuentran las sentencias (...)"

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **ANGELICA MARIA BERMUDEZ RODRIGUEZ**
Demandado: **MUNICIPIO DE SABOYA**
Radicación: **15001333300820160062 00.**
Pág. No. 27

RESUELVE:

PRIMERO; Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO; Sin condena en costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Si existe excedente de gastos procesales, por secretaria **devuélvanse** al interesado.

CUARTO; En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas **las constancias respectivas**.

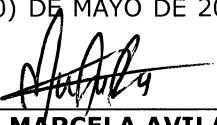
QUINTO; Notifíquese esta providencia en los términos del **artículo 203 del CPACA**, en concordancia con lo dispuesto en el **artículo 295 del C.G.P.** conforme lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE, Y CÚPLASE


GLORIA CARMENZA PAEZ PALACIOS
JUEZ

**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
SECRETARIA**

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO NO. 38 PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE LA RAMA JUDICIAL HOY TREINTA (30) DE MAYO DE 2017, A LAS 8:00 A.M.


ANDREA MARCELA AVILA RESTREPO
SECRETARIA

