



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

SENTENCIA No. 010 de 2014

Tunja, veintiuno (21) de Marzo de dos mil catorce (2014)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No.: 150013333012-2013-00052-00
Demandante: ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES
Demandado: INSTITUTO DE LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE DE TUNJA - IRDET

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES contra el INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA - IRDET.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

El abogado ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES, en nombre propio, solicita la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 229 de 8 de octubre de 2012, por medio de la cual el INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET- declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 08 de la Oficina Jurídica de dicho Instituto.

A título de restablecimiento solicita:

"2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al INSTITUTO DE LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE DE TUNJA – IRDET, representado legalmente por su Gerente, a reintegrar al señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES en el mismo cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.

3. Que se condene al INSTITUTO DE LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE DE TUNJA – IRDET, a cancelar los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo, seguridad social, prestaciones sociales y demás emolumentos que el señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES dejó de percibir partir (SIC) del 08 de octubre de 2012, fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro efectivo, sumas de dinero debidamente indexadas.

4. Para todos los efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de enero 18 de 2011." (Fls. 5, 208 y 209)

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Para fundamentar las pretensiones el demandante señaló que mediante Acuerdo 014 de 16 de diciembre de 2005, el Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, adecuó, actualizó y modificó la estructura orgánica, de la planta de personal, la nomenclatura y clasificación de los empleos de dicha entidad, conforme a la Ley 909 de 2004 y el Decreto Reglamentario 785 de 2005; estableciendo, entré otros, el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 08, como de libre nombramiento y remoción.

Afirma que mediante Resolución No. 017 de 8 de febrero de 2012, el demandante fue nombrado en el mencionado cargo de profesional universitario, para el cual se posesionó el mismo día; e igualmente que el 25 de septiembre del mismo año, el Alcalde de Tunja desvinculó al entonces gerente del IRDET, y nombró en su lugar a Carmen Andrea Castañeda Acosta, quien se posesionó el 1 de octubre de 2012.

Relata que el 1 de octubre de 2012 la nueva gerente del IRDET ingresó al instituto junto con el Abogado Cesar Camilo Camacho Suárez, y que en su primer requerimiento solicitaron a la Oficina Jurídica las hojas de vida de la planta de personal, incluida la del demandante, el manual de funciones, y el manual de procesos y procedimientos del instituto.

Posteriormente, la Gerente, mediante Resolución No. 229 del 8 de octubre de 2012 declaró insubsistente el nombramiento del demandante, sin conocer las actividades propias del IRDET; acto administrativo que fue notificado el mismo 8 de octubre.

Asimismo, destaca que el 8 de octubre cuando el demandante fue desvinculado del servicio, la Gerente del IRDET por medio de la Resolución No. 231 de 8 de octubre de 2012, nombró al Abogado Cesar Camilo Camacho Suarez en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 08, con acta de posesión del mismo día; quien no cumple con el mínimo de experiencia requerida para el cargo.

En seguida, menciona que el demandante tuvo un excelente desempeño laboral y jamás se le hizo llamado de atención, por lo que señala que la decisión no obedeció a la necesidad de mejorar el servicio; toda vez que el actor contaba con más de 8 años de experiencia profesional relacionada con el cargo, según certificaciones anexas a la hoja de vida, y que cuenta con estudios en diferentes áreas del Derecho.

Destaca que mediante escrito radicado el 16 de octubre de 2012, el accionante interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento, el cual fue rechazado mediante Resolución No. 238 de 16 octubre de 2012; la cual fue notificada a su hija menor de edad.

Menciona que el 19 de noviembre de 2012, el actor solicitó el pago de salarios y prestaciones sociales por concepto de liquidación; motivo por el que el 23 del mismo mes y año fue citado por la Gerente del IRDET para recibir el cheque correspondiente a la liquidación definitiva de prestaciones sociales, el cual fue recibido por el demandante el 29 de noviembre de 2012, junto con la Resolución No. 250 de 30 de octubre de 2012, mediante la cual se efectuó la respectiva liquidación.

Igualmente, señala que inconforme con la Resolución No. 250 de 2012, elevó recurso de reposición en su contra, el cual fue resuelto mediante oficio IRDET/100-111-2012.

Finalmente, expresa que todas las solicitudes por él elevadas, fueron radicadas en la Alcaldía de Tunja y dirigidas al Alcalde Municipal en calidad de Presidente de la Junta Directiva del IRDET y a la Gerente de éste.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El actor cita como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 6, 25, 29, 125 y 209.
- Ley 1437 de 2011: Artículos 44, 66, 67, 137 inciso 2 y 138.

Como fundamento a las normas violadas explica que la Constitución Política de Colombia se funda en el respeto a la dignidad humana, por lo que el servidor público es quien debe observar en sus actuaciones la garantía de estos principios, pues considera que la declaratoria de insubsistencia de un servidor con todas las cualidades, actitudes, y aptitudes para desempeñar un cargo, buscando el beneficio de otro que no cumple requisitos legales, constituye flagrante violación a los beneficios fundamentales del Estado Social de Derecho; agrega que la dignidad humana del actor fue transgredida e irrespetada por la Gerente de la entidad demandada, quien, amparada en la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción, lo declaró insubsistente, sin observar el buen servicio que es el principio que debe orientar la actividad administrativa y la función pública.

Precisa que, teniendo en cuenta el artículo 6 superior, la Gerente del IRDET, al proferir el acto administrativo acusado, es responsable de extralimitación de funciones, ya que la

facultad no es absoluta, y se encuentra restringida al cumplimiento de la Constitución Política y la Ley; agrega que no existe motivación rigurosa para que se hubiera amparado en la mejora del servicio, pues en cinco días de ejercicio, la Gerente no puede mantener coherencia administrativa de lo que representaba las funciones ejercidas por el demandante; y que así fue como solicitó las hojas de vida de los funcionarios para entrar a establecer únicamente como podía y en qué cargo ubicar a su amigo, ante el escenario de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin tener en cuenta como se venía prestando el servicio.

Como primer cargo de nulidad, señala que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de FALSA MOTIVACIÓN, en consideración a que, para estudiar la posibilidad de un nuevo nombramiento, debió haberse corroborado el cumplimiento de requisitos de experiencia laboral exigidos para el cargo, para mejorar el servicio; indica que esta causal se configura cuando se desmejora el servicio, porque el funcionario que reemplazó al accionante, no reúne las condiciones profesionales, la experiencia y el conocimiento adquirido por éste; y que lo anterior permite evidenciar que los motivos que originaron la declaratoria de insubsistencia tienen una base diferente al buen servicio y el interés por el desarrollo idóneo de la función pública.

El segundo cargo a que hace referencia el actor, es a la DESVIACIÓN DE PODER. Destaca que si el señor Alcalde del Municipio de Tunja no hubiera aceptado la renuncia protocolaria al entonces Gerente del IRDET, y no hubiera nombrado a la Señora Carmen Andrea Castañeda Acosta en dicho cargo, pues señala que desde el mismo momento de la llegada de la nueva Gerente al Instituto, acompañada del Abogado Cesar Camacho, era previsible que éste sería el nuevo designado para ejercer el cargo de profesional universitario Código 219 Grado 08 de la Oficina Jurídica del IRDET.

En seguida plantea que es fácil establecer el vínculo que existe entre simpatizantes de la causa del partido "VERDE", al señalar que la Gerente de la entidad demandada fue nombrada por el Alcalde de Tunja, quienes pertenecen a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia "U.P.T.C.", así como el representante a la Cámara por Boyacá Carlos Andrés Amaya, estructurado en las bases políticas de la universidad pública; así mismo, destaca que el Abogado Cesar Camacho ha laborado en la Cámara de Representantes por solicitud del mismo representante Carlos Andrés Amaya.

Recalca que el único cambio que se produjo con la llegada de la nueva Gerente al IRDET, fue el nombramiento del Abogado Cesar Camilo Camacho como profesional Universitario, cargo ocupado hasta ese entonces por el accionante.

De otra parte, señala que mal puede la administración expedir un acto administrativo de carácter particular y concreto con efectos anteriores a su vigencia, y menos en sentido de expedir posteriormente otro de la misma fecha, con efectos particulares de vigencia a partir de ese mismo día; en ese sentido, precisa que la Gerencia de la entidad demandada mediante acto administrativo de 8 de octubre de 2012 declaró insubsistente un nombramiento de un cargo, notificado el mismo día, y a la vez, realizó con la misma fecha y acta de posesión, un nombramiento para desempeñar el mismo cargo, por lo que considera, que existen dos actos administrativos con efectos jurídicos desde y hasta el 8 de octubre de 2012, quebrantando el debido proceso administrativo.

Igualmente, trae a colación el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, cuando el contenido de una decisión de carácter particular sea discrecional, debe adecuarse a los fines de la norma que lo autorice y proporcional a los hechos que le sirven de causa; para decir, que la entidad demandada al expedir el acto administrativo acusado, no buscó el mejoramiento del servicio, sino que usó ilegalmente el poder discrecional al desvincular al actor por haber obrado con diligencia y cuidado en sus funciones, con amplia trayectoria, idóneo y capacitado para ejercer el cargo.

Destaca que los empleos que conllevan el ejercicio de responsabilidad directiva en la administración, son empleos de gerencia pública, de libre nombramiento y remoción, que deben ser provistos con fundamento en el criterio del mérito, las calidades personales y la capacidad profesional, mediante un proceso de selección y evaluación; así mismo considera que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos cuya provisión corresponde, de manera discrecional a la autoridad nominadora, es decir, sin estar sujeto

a trámite o procedimiento especial alguno, es más, advierte que la Constitución Política de 1991 enumera casos específicos de empleos de esta naturaleza, y otorga la facultad al Legislador para la fijación de criterios que permitan identificarlos, siendo actualmente los contemplados en la Ley 909 de 2004.

Por lo anterior, considera que el cargo ocupado por el demandante, esto es, el de Profesional Universitario Código 219 Grado 08 del IRDET, no corresponde a los de libre nombramiento y remoción, toda vez que no es de nivel directivo, además que el cargo no es de aquellos que conllevan confianza en la asesoría institucional, y que las funciones que desarrolla, no son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias del Asesor de Dirección o Gerencia; agrega que, en ese orden, la Gerente del IRDET no podía disponer libremente del empleo, sin verificar las condiciones, funciones y especificaciones relacionadas por el mismo Instituto mediante el Acuerdo No. 014 de 16 de septiembre de 2005.

Además de lo anterior, trae a colación algunos apartes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, relacionados con la presunción de legalidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, así como con los límites del poder discrecional.

Finalmente, expresa que de conformidad con las sentencias SU-250 de 1998 y C-054 de 1996 de la Honorable Corte Constitucional, la declaratoria de insubsistencia exige una motivación al tenor del artículo 209 constitucional, y que aun tratándose de un acto discrecional, resulta necesario justificar la decisión porque con la misma se afectan los intereses de quien se encuentra nombrado en el respectivo cargo; así mismo advierte que la facultad discrecional tiene como límite el mejoramiento del servicio, pues de lo contrario, se configuraría la causal de desviación de poder.

II. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El apoderado del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, da respuesta a la demanda de la referencia (fls. 238 a 261), oponiéndose a todas las pretensiones, por considerar que el acto administrativo acusado es legal, y fue expedido con fundamento en la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Frente a los hechos expuestos en el libelo demandatorio, precisa que la adecuación efectuada a la planta de personal del IRDET a través del Acuerdo 014 de 16 de septiembre de 2005, fue necesaria por la expedición de la Ley 909 de 2004, por ende en el presente asunto no existe desviación de poder, teniendo en cuenta las atribuciones discrecionales de orden constitucional contempladas en los artículos 123 y 125 superiores; además porque los requisitos mínimos para desempeñar el cargo en cuestión, según el Acuerdo 014 de 2005, se circunscriben a ser abogado titulado, con mínimo dos años de experiencia. No obstante, en este caso se pueden aplicar las equivalencias contenidas en el Decreto 785 de 2005, por lo que el señor Cesar Camacho, además de contar con la experiencia requerida, tiene una formación adicional universitaria como ser Administrador Público de la ESAP.

Hace un pronunciamiento sobre los cargos de nulidad expuestos en la demanda, indicando que no existe FALSA MOTIVACIÓN, en tanto, el nuevo funcionario cumplía con los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, lo cual se infiere de los certificados expedidos por las entidades en las cuales había prestado sus servicios; agrega que el Abogado Cesar Camacho es una persona preparada académicamente, de conformidad con su hoja de vida y su experiencia académica, al haber obtenido dos títulos profesionales, por lo que, para acceder al cargo, se puede configurar el régimen de equivalencias contenido en el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, cumpliendo objetivamente con los postulados jurídicos que orientan la función pública.

Dice que no se puede aseverar que el retiro del servicio del actor, y el posterior nombramiento de un nuevo funcionario en un cargo de libre nombramiento y remoción, obedezca a situaciones de contenido político, pues el nombramiento del actor el 8 de febrero de 2012, correspondió a las mismas circunstancias de carácter factico y jurídico,

que las que se analizan en el presente asunto, por lo que no caben señalamientos o distinciones de orden político; agrega que el ingreso al instituto del actor se hizo bajo la línea política del partido al cual se hace referencia, por lo que es contrario manifestar que el retiro de éste obedeció a razones políticas.

Expresa que la entidad demandada no vulneró el debido proceso, en consideración a que la causa o motivo de la insubsistencia fue el mejoramiento del servicio; que los actos administrativos de insubsistencia no son objeto de recursos, y que no todos los actos administrativos deben ser motivados, pues, considera que si ello fuera así, se desconocería la Ley y la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Destaca que, contrario a lo manifestado en la demanda, si bien el acto administrativo de insubsistencia y aquel por medio del cual se hace el nombramiento del sucesor del demandante son del mismo día, se trata de actos administrativos que contienen diferentes efectos jurídicos, por lo que pueden subsistir en el tiempo, pues de no aceptarse así, sería contrario a la naturaleza y esencia de los mismos.

En seguida manifiesta que el Legislador ha permitido, respecto del retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, que se haga de manera discrecional, lo cual no vulnera derechos fundamentales; que el actor fue retirado en virtud del poder discrecional que reviste la respectiva autoridad; que no hay lugar a la supuesta vulneración de la Ley 909 de 2004, al Decreto 785 de 2005 y al Acuerdo 014 de 2005, en tanto se dieron los presupuestos fácticos y legales que encaminaron la función administrativa, logrando establecer una planta de personal, ciñéndose a lo establecido en la citada ley de carrera, y en su decreto reglamentario; y que la adecuación dada en el Acuerdo 014, ha determinado que las funciones desempeñadas por el jurídico de la entidad corresponde a aquellas de gran importancia y de confianza para la gerencia del IRDET.

Señala que, de conformidad con el Manual de Funciones, pese a que el cargo en cuestión se denomina Profesional Universitario Grado 219, las funciones del mismo son propias de un cargo de nivel asesor, por lo que su nombramiento es de libre nombramiento y remoción.

En ese orden, manifiesta que para desempeñar el cargo en mención, sólo se deben cumplir los requisitos establecidos en el Acuerdo 014 de 2005, esto es, ser abogado con experiencia de 2 años, lo cual, si bien no cumplía en estricto sentido el sucesor del demandante, al aplicar las equivalencias contenidas en el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, se observa que éste tenía un título profesional adicional, lo que resulta equivalente a la experiencia requerida.

Así mismo, destaca que la potestad discrecional en la declaratoria de insubsistencia y en el nombramiento de una persona que es idónea para el ejercicio del cargo, desdibuja por sí sola la desviación de poder a la cual hace alusión la demanda. De otro lado, afirma que no puede ser que el cargo principal de la demanda sea la desviación de poder, y que los argumentos del demandante den a entender que la posible nulidad se enmarca en la denominación del cargo, toda vez que señala que no se trata de aquellos que la Ley 909 de 2004 destaca como del nivel asesor; circunstancia que se desvirtúa al verificar las funciones asignadas al mencionado cargo, de las cuales se infiere que se trata de un cargo de nivel asesor, sumado a que el parágrafo 2 del Acuerdo 014 de 2005 (SIC), indica que a pesar de tener la denominación de profesional universitario, por cumplir funciones de control interno de gestión y disciplinario, este cargo será de los de libre nombramiento y remoción.

Trajo a colación algunos apartes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado, para desvirtuar la falta de motivación del acto administrativo demandado y concluye que de conformidad con el precedente judicial, los actos administrativos de insubsistencia, cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción o de provisionales, no requieren de motivación expresa.

Excepciones propuestas.

- **Presunción de legalidad del acto demandado:**

Indica que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado; que ninguna de las pruebas aportadas ni solicitadas tiende a desvirtuar la mencionada presunción, según la cual, el hecho presumido es que la motivación del acto de nombramiento se orientó por razones del buen servicio y debe el demandante que considera que ello no ha ocurrido, demostrar en el proceso, con suficiencia, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas o diferentes al buen servicio.

- **Inexistencia de causales de ilegalidad o nulidad del acto demandado:**

Destaca que, salvo la causal que en el concepto de violación fue expuesta en la demanda, no se plasmaron de manera concreta las otras causales de nulidad, tales como, la falta de motivación, el abuso o desviación de poder, etc., a efectos de que el Despacho entrara a establecer si existía o no la procedencia de alguna de ellas.

- **Carencia del derecho lesionado.**

Señala que el cargo ocupado por el actor era de libre nombramiento y remoción, por lo que no existe fuero de estabilidad alguna, tal como lo contempla el Acuerdo 014 de 2005; que lo anterior supone que el nominador puede nombrar personas de su entera confianza, las cuales están llamadas a ejercer las políticas y directrices del nominador, y que el manejo de dichos funcionarios de confianza puede ser suficientemente flexible, toda vez que prima la relación personal que existe entre el nominador y la persona en quien deposita la confianza.

- **Falta de elementos de juicio para configurar una posible desviación de poder.**

Reitera que el cargo que ocupaba el accionante era de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción, lo que supone que el nominador contaba con la facultad discrecional de prescindir de sus servicios en cualquier momento; y que el actor con la simple manifestación de supuestos fácticos subjetivos, no puede determinar que el objeto de la insubsistencia obedeció a desviación de poder.

DECISIÓN: Así las cosas, este Despacho dirá que, las excepciones propuestas por el Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, son argumentos que no constituyen impedimentos procesales, sino que son razones de la defensa de la entidad, cuyo estudio depende de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por tal motivo se analizará junto con el fondo del asunto.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- De la parte Demandante (Fls. 429 a 446):

Dentro del término de traslado para alegar de instancia la **parte demandante** reiteró los argumentos expuestos en el libelo introductorio; además destacó que de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 5 del Decreto 770 de 2005, cuando para el desempeño de un empleo se exija una profesión, arte u oficio debidamente reglamentado, los grados, títulos. Licencias, matriculas, o autorizaciones previstas en las normas sobre la materia, no podrán ser compensados por experiencia y otras calidades, salvo cuando la ley así lo establezca.

Destaca que las equivalencias son las establecidas en el artículo 25 del Decreto 785 de 2005 y deben estar anunciadas en el manual específico de funciones y requisitos, de tal suerte que son aplicables, siempre y cuando, estén consideradas para el respectivo empleo, pues de lo contrario, no es posible acudir a esta figura para acreditar los requisitos; que de conformidad con el mencionado decreto, la experiencia profesional es la adquirida a partir

de la terminación y aprobación de todas las materias del plan académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de actividades propias de la profesión exigida para el desempeño del empleo.

Por lo anterior, reitera que quien reemplazo en el cargo al demandante, no cumplía los requisitos establecidos por el Acuerdo No. 014 de 2005, para ser Profesional Universitario (Jurídica), tales como, título profesional de abogado, acreditando tarjeta profesional, y experiencia de dos años de funciones relacionadas con el cargo.

Transcribe normas contenidas en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 785 de 2005, relacionadas con la nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales, para decir que, tratándose de empleos del orden territorial, la ley en mención confirió al Gobierno Nacional facultades amplias para expedir el manual de funciones y requisitos de las entidades de dicho nivel; así mismo, lo concerniente a los requisitos de estudios exigidos para el desempeño de dichos empleos, se determinó en forma clara que en los manuales de funciones se señalarían de manera explícita las disciplinas académicas que se exigirían para cada cargo, atendiendo la naturaleza de las funciones del empleo o el área de desempeño.

Dice que el Decreto 785, en su artículo 25, estableció lo correspondiente a las equivalencias entre estudios y experiencia respecto del nivel profesional.

Insiste en que el Abogado Cesar Camilo Camacho Suárez no cumple los requisitos establecidos en el Acuerdo No. 014 de 2005, en tanto no acreditó tener la experiencia profesional requerida para el efecto; que el Manual de funciones, aunque estableció aplicar las equivalencias contempladas en el Artículo 25 del Decreto 785 de 2005, no establece homologar experiencia profesional por estudios de posgrado o título profesional adicional, razón por la cual, considera que el acto administrativo de nombramiento del mencionado abogado, está viciado de nulidad por violación a la norma superior, a la ley, toda vez que se efectuó sin el lleno de los requisitos exigidos; y que el acto administrativo que declaro insubsistente el nombramiento del actor está viciado de nulidad por concurrir en él Falsa Motivación con Desviación de Poder, configurados cuando se desmejora el servicio.

Finalmente, transcribe en su mayoría, los argumentos expuestos en la demanda.

2.- De la parte Demandada (fls. 417 a 428):

El apoderado del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, en esta oportunidad procesal reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Igualmente, refiere que no entiende por qué la parte actora no relata todos y cada uno de los documentos que reposan en la hoja de vida del señor Cesar Camilo Camacho; que el Acuerdo 014 de 2005 permite aplicar el régimen de equivalencias establecidas en el Decreto 785 de 2005, por lo cual es un profesional idóneo, y que si bien no cumple con la experiencia específica de dos años, es considerable que la homologación establecida legalmente, le permite desempeñarse en ese cargo.

Reitera que el cargo de profesional universitario de la oficina jurídica dentro de sus funciones asignadas por el Acuerdo 014, tiene establecido el de desarrollar las funciones de control interno disciplinario conforme a la Ley 734 de 2002, por lo que la forma de vinculación obedece a ser de libre nombramiento y remoción; afirma que el acuerdo en mención, contempla que para el ejercicio de este cargo se aplicaran las equivalencias contempladas para el nivel profesional establecidas en el artículo 25 del Decreto 785 de 2005.

Destaca que la atribución de remover discrecionalmente al demandante, es totalmente acorde a las facultades que la Constitución y la Ley le han otorgado al demandado, por lo que el acto administrativo goza de una presunción de legalidad, que se resume fácticamente en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente establecidas y que en nada debe afectar situaciones de carácter particular; agrega que de conformidad con los criterios acogidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el acto administrativo por medio del cual se declara una insubsistencia no requiere motivación alguna.

Asimismo, precisa que de las pruebas testimoniales practicadas en el presente asunto, se infiere que no es posible establecer una presunta desviación de poder, al afirmarse que el procedimiento, así como las calidades y forma de vinculación del profesional de la oficina jurídica del IRDET, corresponde a los denominados de libre nombramiento y remoción, que el desempeño del saliente como del actual profesional encargado en esa área es bueno, que no se ha tenido queja alguna por parte de los demás funcionarios; que uno de los testigos declaró que compartió con el actor experiencias y a su vez eran simpatizantes del partido verde de la ciudad de Tunja, en años anteriores, situación contraria a lo esgrimido por el accionante, al decir que entre la Gerente y el profesional de la oficina jurídica existe o existió un vínculo con el partido verde.

Finalmente, refiere que de conformidad con la reciente jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción debe entenderse en principio por razones del buen servicio, con lo cual el nominador hace uso de su facultad constitucional discrecional; que el acto administrativo de insubsistencia no requiere motivación; que la legalidad del acto de desvinculación del accionante se entiende de manera objetiva, en tanto lo que se buscó fue la preeminencia de una potestad discrecional de hacer movimiento de funcionarios, lo cual, el recién nombrado Gerente debía realizar para el cumplimiento de las metas respectivas.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacho, dentro del término concedido guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a la declaratoria de Nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución N° 0229 de 08 de octubre de 2012 y en la Resolución N° 238 de 16 de octubre de 2012, proferidos por el Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja – IRDET-, por medio de los cuales, se declaró insubsistente el nombramiento del Señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES, en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 08 del mencionado Instituto, y se resolvió el recurso de reposición contra el acto de declaratoria de insubsistencia, respectivamente, por considerar que se encuentran proferidos en contra de derecho y con desviación de poder; por ende, vulneran los derechos del actor?

En caso de su configuración, corresponderá al Despacho analizar si el señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES tiene derecho a ser reintegrado al cargo antes mencionado y en las mismas condiciones que ostentaba al momento de su desvinculación, o a otro de igual o superior jerarquía con similares condiciones, sin solución de continuidad y ordenando el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales a que tal situación daría lugar.

5.2. Resolución del Caso

5.2.1. De la normatividad aplicable.

Para el caso de la declaratoria de insubsistencia de que trata la demanda objeto de esta providencia, se hace necesario tomar como punto de partida el artículo 125 de la Constitución Política, el cual en su tenor literal dispone:

*“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. (Negrilla fuera de texto)*

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.

Parágrafo. Adicionado Acto Legislativo 01 de 2003.- *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido"*

Igualmente, es importante señalar que para la época de la ocurrencia de los hechos relatados en la demanda, ya se encontraba vigente la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

Es más, la Ley 909 de 2004, así como lo fueron las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998, constituye un sistema técnico de administración de personal con mecanismos que garantizan igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en el servicio público e igualmente reglamenta el retiro del mismo.

Es de resaltar entonces, que el artículo 125 constitucional arriba citado nos indica que el retiro de los funcionarios en cargos de carrera administrativa procede por los siguientes motivos:

1. Calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo.
2. Violación del régimen disciplinario.
3. Por las demás causales previstas en la Constitución o en la ley.

En concordancia con la norma superior, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 señala como causales de retiro del servicio de los funcionarios públicos que desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, las siguientes:

- 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) Por renuncia regularmente aceptada.
- d) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.
- e) Por invalidez absoluta.
- f) Por edad de retiro forzoso.
- g) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
- h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.
- i) 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.
- j) Por orden o decisión judicial.
- k) Por supresión del empleo.
- l) Por muerte.
- m) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Ahora bien, debe indicarse que la insubsistencia es el producto de la facultad discrecional de remover libremente a las personas vinculadas a la administración, de la cual están investidas las autoridades nominadoras para declarar sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de hacer cesar su vinculación con el empleo para el cual fue designado. Esta figura fue consagrada, en principio, en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, norma que dispone:

"ARTICULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera."

En el mismo sentido el Legislador se refirió en el inciso final del párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, cuando, al hacer mención acerca del retiro del servicio de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, dispuso:

"La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

Adicionalmente, el artículo 36 del anterior Código Contencioso Administrativo, norma vigente para el momento de vinculación del demandante, establecía:

"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".

Precepto que fue transcrito integralmente en el artículo 44 del actual Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Estos preceptos no consagran cosa distinta a la posibilidad que tienen las autoridades nominadoras de remover libremente a los empleados de libre nombramiento y remoción, mediante providencia que no exige motivación alguna, pero dejando constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la insubsistencia en la respectiva hoja de vida.

Así pues, es claro para este despacho que la facultad referida anteriormente solamente actúa respecto de los empleados que no tengan vinculación alguna con la carrera administrativa, y que la misma tiene un carácter discrecional frente a tales servidores, tal y como lo indica el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que a la letra dice:

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

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña..."

Es también importante reseñar que, a la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad, persuasión a la que se llega a través de una libre apreciación, la cual circunda la facultad de declarar la insubsistencia y, que por tanto, demanda su prudente y cauteloso ejercicio, con el propósito de evitar determinaciones apresuradas o inequitativas.

No sobra aclarar que la declaratoria de insubsistencia es una medida amparada por la presunción de legalidad, pero tal presunción es desvirtuable, probando que el acto de insubsistencia se profirió por autoridad no competente para ello, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió, situación que se da cuando el agente que la decreta, persigue fines contrarios a los del buen servicio.

En igual sentido, es válido señalar que la declaratoria de insubsistencia no constituye sanción alguna, pues así lo ha considerado el Tribunal Administrativo de Boyacá cuando en reiteradas providencias ha manifestado:

"... la figura de la insubsistencia no constituye sanción alguna y a ella se recurre cuando la autoridad nominadora considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio por cualquier causa. Por tanto, se supone que está inspirada en razones del buen servicio, fin primordial

de la función pública, y es por ello que el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario. En estas condiciones, es posible afirmar que el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un servidor público, en aras del mejoramiento del buen servicio no implica, en principio, un desbordamiento de la facultad discrecional de remoción."¹

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado, respecto de la facultad discrecional ha señalado:

"... la facultad es discrecional siempre y cuando el ordenamiento jurídico no establezca cuándo, cómo y en qué sentido se debe ejercitar; por lo tanto, "para que el ejercicio de una potestad sea discrecional administrativa no es necesario que sean discrecionales los tres aspectos indicados, bastando con que exista discrecionalidad respecto de uno de ellos"². Lo que constituye un requisito indispensable para que pueda hablarse de **discrecionalidad y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen por cada potestad, estén taxativamente enunciados en el ordenamiento jurídico.**

Lo anterior indica, que la función de la administración se ha constituido con el fin de servir a los intereses generales, que previamente ha establecido el legislador; sin embargo, en los casos en que no esté específicamente la protección a dicho interés general, la administración cuenta con la capacidad de sopesar todos los hechos e intereses comprometidos en cada caso en concreto con el fin de "elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea que le confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional"³.

Como sustento de lo anterior, esta Sección ha manifestado que el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y separación de los empleados de libre nombramiento y remoción, **lo que no quiere decir que pueda retirarlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones, sólidas y explícitas⁴, y en la buena prestación del servicio.**

En el mismo sentido, la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con las cuales el examen judicial de las facultades discrecionales reclama, entre otros aspectos, la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que haya emitido con anterioridad frente a la misma situación; se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad:

"(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (...)"⁵

"La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y **coherente** administrador".

Así las cosas, parece claro y además razonable, que se demande a la Administración, desde la perspectiva del control judicial, que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de congruencia y coherencia, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, **el ejercicio de la discrecionalidad corresponda a una evaluación juiciosa de los elementos de eficiencia y eficacia.**

Por ende, si bien la desviación de poder⁶ está llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también es cierto que el acto por medio del cual fue declarado insubsistente el actor, adolece de esta causal de nulidad en tanto no obedeció a mejorar los fines generales y de interés público". Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011). C.P. Dr. **VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09). Actor: ALBERTO JOSE TORRES.** (Destacado fuera de texto).

De esta manera, este estrado judicial puede concluir, que la figura jurídica de la declaratoria de insubsistencia se encuentra establecida en normas de carácter legal, teniendo operancia únicamente respecto de aquellos empleados públicos que no tienen relación alguna con la carrera administrativa y cuyos cargos han sido clasificados de libre

¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia, Expediente No 2001-0967, Magistrado Ponente: Francisco Antonio Iregui Iregui.

² Entrena Cuesta, Rafael. "Curso de Derecho Administrativo", cit., P 175.

³ Mozo Seoane. "La discrecionalidad de la administración", cit., P 411.

⁴ Ver entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente No. 2459-99, actor Doris Isabel Ceballos Mendoza, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; fallo del 22 de junio de 2000, expediente No. 2468-99, actor Pastor Baena Gutiérrez, Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

⁵ Fernández, Ramón Tomás, Discrecionalidad Administrativa y Constitución cit., Tecnos, Madrid, página 84.

⁶ Maurice Hauriou, expresa que "la desviación de poder es el hecho de una autoridad administrativa que, cumpliendo un acto de competencia, observando las formas prescritas y sin cometer ninguna violación formal de la ley, usa su poder por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales dicho poder le ha sido conferido, es decir, otros motivos distintos de la salvaguarda del interés general"

nombramiento y remoción. Esta facultad por ende es otorgada a las autoridades nominadoras para que, en aras de propender por el buen servicio, puedan remover a dichos empleados de sus cargos, mediante providencia que no requiere motivación alguna y que goza de presunción de legalidad, la cual es naturalmente desvirtuable, probando los vicios de nulidad que establece la Ley para los actos administrativos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que existe claridad acerca del concepto y procedencia de la declaratoria de insubsistencia como figura jurídica, se procederá a establecer si la que se llevó a cabo respecto del accionante es legal, o si por el contrario, adolece de vicios que impliquen la nulidad de los actos administrativos demandados.

5.2.2. De los actos administrativos demandados.

En primer lugar, y antes de analizar el caso en concreto, advierte el Despacho que el demandante pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 229 de 8 de octubre de 2012, por medio de la cual el INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE DE TUNJA – IRDET- declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 08 de la Oficina Jurídica de dicho Instituto (fls. 5, 208 y 209).

No obstante lo anterior, se advierte que dicha resolución fue objeto de recurso de reposición por el demandante, mediante escrito radicado el 16 de octubre de 2012 (Fls. 37 a 42), el cual fue resuelto por la Gerente del IRDET por medio de la Resolución No. 238 de 16 de Octubre de 2012, en el sentido de rechazarlo por improcedente (Fl. 45); acto administrativo que no fue acusado de nulidad por el accionante.

En ese orden de ideas, y en principio, debe entenderse que la proposición jurídica contenida en la demanda es incompleta, en tanto no se demandó el acto administrativo contenido en la Resolución No. 238 de 16 de octubre de 2012, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor, contra la resolución que dispuso su desvinculación del IRDET.

Sin embargo, considera el Despacho necesario traer a colación el artículo 163 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma que al respecto contempla:

"Artículo 163.- Individualización de las pretensiones. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo éste se debe individualizar con toda precisión. Si el acto fue objeto de recursos ante la Administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda" (Negrillas del Despacho)

De conformidad con lo anterior, se tiene que si bien es cierto el accionante no integró a la demanda, la pretensión de nulidad del acto administrativo mediante el cual el IRDET resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución que dispuso su desvinculación del cargo en el cual estaba nombrado, dicho acto administrativo debe entenderse demandado.

5.2.3. Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente, que el señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES fue nombrado por el entonces Gerente General del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja – IRDET-, OSMAN MEYER PUERTO SANTAMARÍA, como Profesional Universitario Código 201, Grado 08, del Instituto en mención, mediante la Resolución No. 0017 de 08 de febrero de 2012 (fls. 27 y 28), cargo del cual tomó posesión el mismo día, tal como consta en el acta de posesión obrante a folio 29.

Ahora bien, se observa que el Señor Osman Meyer Puerto presentó renuncia al cargo de Gerente del IRDET, la cual fue aceptada por el Alcalde de Tunja, mediante Decreto No. 0346 de 25 de septiembre de 2012 (fl. 30); y que dicho cargo fue proveído por el Burgomaestre mediante Decreto No. 0347 de 25 de septiembre del mismo año, en el cual, nombró a Licenciada CARMEN ANDREA CASTAÑEDA ACOSTA (fl. 31), quien se posesionó en dicho cargo el 01 de octubre de 2012 (fl. 33).

Asimismo, encuentra sustento en el plenario, que la Gerente del Instituto demandado, a través de la Resolución No. 229 de 08 de octubre de 2012, declaró insubsistente el nombramiento del señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES, en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 08, del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja (fl. 34). Del anterior acto, el demandante fue notificado el mismo 08 de octubre, tal como se infiere de la diligencia de notificación personal visible a folio 36 del plenario.

Contra la decisión de desvinculación, el demandante presentó recurso de reposición (fls. 37 a 42), el cual fue rechazado por la autoridad competente, por considerarlo improcedente (fl. 45).

Finalmente, y en cuanto interesa a la resolución del presente asunto, se advierte que, en el cargo que fungía el demandante, fue nombrado el Abogado CESAR CAMILO CAMACHO SUAREZ, mediante Resolución No. 231 de 8 de octubre de 2012 (fl. 43), quien se posesionó el mismo día (fl. 44).

En este orden de ideas, y en primer lugar, es preciso hacer mención que, en lo que tiene que ver con los cargos que tienen el carácter de **libre nombramiento y remoción**, el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, dispuso:

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

(...)

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

a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(.) En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

(...)

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:

(...) En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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."

En ese orden, vale destacar que tal como se encuentra contemplado en el párrafo del artículo 3° del Acuerdo No. 014 de 16 de septiembre de 2005, por medio del cual se modificó, actualizó y adoptó la Estructura Orgánica del Instituto demandado, hace parte de la planta de personal el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO (JURÍDICA), en el nivel de profesional, Código 219, con dependencia a Gerencia, cuyo perfil de competencias requiere título profesional de Abogado, acreditando tarjeta profesional y dos años de experiencia relacionada con el cargo (fls. 90 y 91).

Ahora bien, al tenor de lo establecido en el artículo 2° del acuerdo en mención, corresponde al Gerente General del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, nombrar y remover conforme a las disposiciones legales reglamentarias y estatutarias vigentes, al personal de dicho instituto; facultad que fue ejercida por la Gerente del ente aquí accionado, cuando declaró insubsistente al demandante por intermedio de la Resolución No. 229 de fecha 8 de octubre de 2012 (fl. 34).

De otra parte, se evidencia que dicho cargo, al igual que los demás empleos de nivel profesional grado 08, pese a tener el carácter de profesional, teniendo en cuenta las

funciones asignadas de control interno de gestión y de control interno disciplinario, por el mencionado acuerdo, fueron contemplados como de **libre nombramiento y remoción** (fl. 93).

De lo anterior se deduce que, habida cuenta de que, como ya se dijo anteriormente, el cargo que desempeñaba el aquí accionante es el de Profesional Universitario grado 08 del Instituto demandado, es claro que el mismo reviste el carácter de **libre nombramiento y remoción**, teniendo en cuenta las funciones asignadas al mismo.

No sobra recordar que, de acuerdo con los preceptos contenidos en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, así como en la Ley 909 de 2004, los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario que no se encuentre inscrito en carrera administrativa, no requieren de motivación alguna y gozan de presunción de legalidad, la cual, obviamente, admite prueba en contrario, para demostrar alguna de las causales de nulidad que establece la Ley para dichos actos.

Entonces, en el presente caso no se acreditó que el demandante se encontrara inscrito en carrera administrativa, es más, como ya se precisó, el empleo ejercido por él es de aquellos que revisten el carácter de **libre nombramiento y remoción**, motivo suficiente para que el acto administrativo que lo declara insubsistente, esto es, la Resolución No. 0229 de fecha 08 de octubre de 2012, no se encuentre motivado.

Así las cosas, puede concluir este despacho que para el caso bajo estudio, la ilegalidad de la declaratoria de insubsistencia del demandante depende, de la demostración de las causales de anulación dispuestas por la Ley para los actos administrativos, alegadas en el libelo demandatorio, las cuales serán abordadas a continuación.

5.2.3.1. De las causales de anulación.

De la nulidad por falsa motivación.

En el libelo demandatorio se menciona que el acto administrativo demandado se encuentra viciado de falsa motivación, en consideración a que, para estudiar la posibilidad de un nuevo nombramiento, la Gerente del IRDET debió corroborar el cumplimiento de requisitos de experiencia laboral exigidos para el cargo, para mejorar el servicio; agrega que esta causal se configura por cuanto se desmejoró el servicio, toda vez que el funcionario que reemplazó al accionante, no reúne las condiciones profesionales, la experiencia y el conocimiento adquirido por éste; y que lo anterior permite evidenciar que los motivos que originaron la declaratoria de insubsistencia tienen una base diferente al buen servicio y el interés por el desarrollo idóneo de la función pública.

En ese orden, sea lo primero precisar que, tal como se dijo líneas atrás, los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente el nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción, no requiere motivación alguna.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 17 de marzo de 2011, Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dispuso lo siguiente:

“(…) EL CARGO ENDILGADO DE FALSA MOTIVACIÓN

Alegó la recurrente en el recurso de alzada, que el acto censurado se encuentra falsamente motivado, porque contrario a lo señalado por la Entidad accionada, no proyectó la Resolución por la cual le fue reconocida y cancelada la prima técnica. Así mismo, agregó que la Administración basó la decisión atacada en actos de corrupción que no fueron demostrados.

*Al respecto, se advierte que tal como se estableció en acápite precedente, es evidente al empleado vinculado bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, no le asiste fuero de estabilidad alguno con lo que se tiene que **procede su desvinculación sin que sea menester la motivación externa del acto de insubsistencia**, en tanto se presume que el mismo obedece a la necesidad del mejoramiento del servicio público. (Negritas del texto original)*

*En tal sentido, es claro, que no hay lugar a estudiar las aseveraciones de la apelante en torno a la aludida falsa motivación, porque independientemente de que tales hechos hayan ocurrido o no, lo cierto, es que el nominador en ejercicio de la facultad de la que se encontraba investido, podía removerla del cargo que ocupaba, **sin que fuera necesaria la motivación del acto acusado** (visible a*

folio No. 13 del expediente), tal como sucedió en el sub lite. Por consiguiente los hechos invocados mal pueden ser llamados para instituirlos como fundamento de hecho o de derecho del acto impugnado, el que desde el punto de vista jurídico es perfecto con su mera expedición; cuestión distinta es que las circunstancias advertidas se las valide para traducir la intencionalidad en voluntad del agente emisor del acto, supuesto que resulta extraño al proceso. (Negritas del texto original)

Finalmente, se indica que en ésta categoría de empleo, es indispensable el elemento de la confianza, pues éste es un aspecto subjetivo que es connatural al mismo y entraña el carácter personal que se predica de esta modalidad de vinculación, de tal suerte, que le asiste discrecionalidad al nominador para su provisión y remoción, como atribución necesaria, que demanda de sus colaboradores la más absoluta confianza para el logro de los fines institucionales.

En tal sentido, es claro, que no prospera el cargo formulado."

En consecuencia, este Despacho considera que este cargo de nulidad propuesto en la demanda, no está llamado a prosperar, por cuanto, se reitera, la desvinculación de quien se encuentra nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, procede sin necesidad de motivación externa del acto que la dispone, en tanto se presume que la misma se efectuó con miras al mejoramiento del servicio, presunción que dicho sea de paso no fue desvirtuada, en el presente caso.

De la nulidad por desviación de poder.

En la demanda se indica que la Gerente del Instituto demandado actuó con desviación de poder, por considerar que, al expedir el acto administrativo acusado, no buscó el mejoramiento del servicio, sino que usó ilegalmente el poder discrecional, al desvincular al actor por haber obrado con diligencia y cuidado en sus funciones, con amplia trayectoria, idóneo y capacitado para ejercer el cargo.

Al respecto, resulta pertinente manifestar que tal como se dijo en apartes anteriores la figura jurídica de la declaratoria de insubsistencia se encuentra establecida en normas de carácter legal, teniendo operancia únicamente respecto de aquellos empleados públicos que no tienen relación alguna con la carrera administrativa y cuyos cargos han sido clasificados de libre nombramiento y remoción; y que esta facultad por ende es otorgada a las autoridades nominadoras para que, en aras de propender por el buen servicio, puedan remover a dichos empleados de sus cargos, mediante providencia que no requiere motivación alguna y que goza de presunción de legalidad, la cual es naturalmente desvirtuable, probando los vicios de nulidad que establece la Ley para los actos administrativos.

Partiendo de lo anterior, se establece que, en principio, resulta viable constitucionalmente para la Gerente del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, declarar insubsistente al accionante; No obstante, la declaratoria de insubsistencia referida anteriormente debe ajustarse a ciertas reglas, como pasará a explicarse.

Por lo tanto, es del caso analizar si en efecto, tal como lo plantea el accionante, con la declaratoria de insubsistencia cuestionada, se desmejoró el servicio, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el contenido de una decisión de carácter general o particular sea **discrecional**, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza; los que para el caso en estudio, se concretan en el mejoramiento del servicio. Lo anterior, por cuanto la facultad discrecional no es omnímoda, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público.

Es ese orden, resulta pertinente señalar que de conformidad con el artículo segundo del Acuerdo No. 014 de 16 de Septiembre de 2005, en la planta de personal del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, se encuentra creado el cargo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO (JURIDICA), del nivel profesional, Código 219, Grado 08, con dependencia a Gerencia, cuyo perfil de competencias requiere título de abogado con tarjeta profesional, y dos años de experiencia relacionada con el cargo.

Ahora bien, debe decirse que en el mismo acuerdo, se dispuso que los empleos de Nivel Profesional, Grado 08, a pesar de tener el carácter de profesional, son de libre nombramiento y remoción, atendiendo las funciones asignadas a los mismos, relacionadas con control interno de gestión y control interno disciplinario (fls. 69 a 93).

En dicho cargo, fue nombrado el actor mediante Resolución No. 0017 de 08 de febrero de 2012 (fl. 27), quien prestó sus servicios desde el mismo 08 de febrero (fl. 29), hasta el 08 de octubre de la misma calenda, fecha en la que fue declarado insubsistente por la Gerente del IRDET por medio de la Resolución No. 229 (fl. 34).

Se tiene que el señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES es abogado egresado de la Universidad de Boyacá, desde el 16 de diciembre de 2005 (fls. 279 y 280), y que de conformidad con su hoja de vida, antes de ser vinculado al Instituto demandado, asistió a varios seminarios, jornadas y cursos de capacitación en la Rama del Derecho (fls. 282 a 295); y prestó sus servicios en varias entidades y corporaciones públicas, como lo son, Departamento de Boyacá (fls. 298 a 301), Fondo Pensional Territorial de Boyacá (fls. 302 a 307), y Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 296); por lo tanto, cumplía los requisitos establecidos en el mencionado acuerdo, para ser profesional universitario de la oficina jurídica del IRDET, en tanto, es abogado con tarjeta profesional No. 147.501 del C.S. de la J., expedida el 13 de marzo de 2005 (Fl. 265), y tenía más de dos años de experiencia relacionada con el cargo.

Por su parte, observa el Despacho que, luego de la desvinculación del actor, en el cargo que él desempeñaba fue nombrado el señor CESAR CAMILO CAMACHO SUAREZ, mediante Resolución No. 231 de 08 de octubre de 2012 (fl. 43), quien es abogado egresado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC-, desde el 17 de julio de 2011 (fls. 168 y 169), y de conformidad con su hoja de vida, antes de ser vinculado al IRDET, asistió a varios seminarios, diplomados y encuentros académicos en las áreas de Derecho y Administración Pública (fls. 171 a 178); y que, con posterioridad a la terminación de materias del pensum académico respectivo (fl. 459) prestó sus servicios en varias entidades y corporaciones públicas, tales como, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja (fl. 529), Alcaldía Mayor de Bogotá (fls. 516 y 517), Alcaldía de Guateque (fl. 513), y en la Cámara de Representantes del Congreso de la República (fls. 520 y 521); no obstante lo anterior, se advierte que la experiencia acreditada por el abogado Cesar Camilo Camacho, es de aproximadamente 1 año y dos meses, la cual no supera el mínimo establecido en el Acuerdo No. 014 de 2005, esto es, dos años, por lo que en principio, se puede decir que no cumple los requisitos para desempeñar el cargo.

Pese a lo anterior, vale precisar que el señor Camacho acredita tener un título profesional adicional -tal como lo puso de presente tanto la parte actora como la accionada-, cual es el conferido por la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP como ADMINISTRADOR PÚBLICO, el 28 de septiembre de 2012 (fls. 169 y 173), razón por la cual, es del caso hacer las siguientes precisiones:

El pluricitado Acuerdo No. 014 de 2005, estableció expresamente en su artículo segundo que *“Para el empleo Profesional Universitario (Jurídico) se aplicarán las equivalencias contempladas para el nivel Profesional, estipuladas en el artículo 25 del Decreto 785 de 2005”*; en cuanto interesa a este asunto, el artículo 25 del mencionado decreto señala:

“ARTÍCULO 25. EQUIVALENCIAS ENTRE ESTUDIOS Y EXPERIENCIA. Las autoridades territoriales competentes, al establecer el manual específico de funciones y de requisitos, no podrán disminuir los requisitos mínimos de estudios y de experiencia, ni exceder los máximos señalados para cada nivel jerárquico. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias:

25.1 Para los empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional:

(...) 25.1.4 Tres (3) años de experiencia profesional por título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo.

PARÁGRAFO 1o. De acuerdo con las necesidades del servicio, las autoridades competentes determinarán en sus respectivos manuales específicos o en acto administrativo separado, las equivalencias para los empleos que lo requieran, de conformidad con los lineamientos establecidos en el presente decreto.

PARÁGRAFO 2o. Las equivalencias de que trata el presente artículo no se aplicarán a los empleos del área médico asistencial de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.”

Así las cosas, se tiene que mediante acto administrativo de carácter general (Acuerdo 014 de 2005), el IRDET determinó claramente las equivalencias para el empleo de PROFESIONAL

UNIVERSITARIO (JURIDICO) Código 219, Grado 08, con arreglo a lo contemplado en el numeral 25.1.4 en concordancia con el parágrafo 1° del artículo 25 del Decreto 785 de 2005, y; que de conformidad con el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del Instituto de Recreación y Deporte de Tunja, adoptado mediante Resolución No. 211 de 14 de agosto de 2006 y aprobado por la Gerente de turno del mencionado Instituto, se adoptó la equivalencia ya mencionada para el cargo objeto de análisis, es decir, que en caso de poseer **título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, el mismo equivale a tres (3) años de experiencia profesional**, experiencia que supera la requerida para el cargo de profesional universitario (Jurídica) de la entidad demandada, el cual sólo exige dos años de experiencia relacionada.

Entonces, resulta correcto señalar que el título profesional adicional que reposa en la hoja de vida del Abogado CESAR CAMILO CAMACHO SUAREZ, resulta equivalente a tres (3) años de **experiencia profesional**, para ejercer el cargo en mención, lo que de paso, conlleva que el mencionado profesional del derecho supere los requisitos mínimos establecidos para el cargo que ocupaba el demandante.

En este punto, se hace necesario traer a colación la sentencia de 13 de mayo de 2010, en la cual el H. Consejo de Estado, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, destacó que a efectos de determinar la idoneidad del reemplazo del empleado declarado insubsistente, es el cumplimiento o no de los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, en la medida que, de no cumplirlos se corre el riesgo de desmejorar el servicio. Así dijo la Corporación:

"(...) Es más, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación,⁷ lo que debe cuantificar el Juez, a efectos de calificar la no idoneidad del reemplazo, son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, porque, en principio, el acto administrativo de nombramiento de un empleado es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia, de manera que la eventual ilegalidad del primero, no incide en la legalidad del segundo." (Negrillas del Juzgado)

De lo anterior se infiere, que la legalidad del acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción, permanece incólume cuando se advierte que la persona que reemplaza al empleado desvinculado, cumple con los requisitos establecidos para el respectivo cargo.

En consecuencia, se advierte que el cargo de nulidad denominado desviación de poder señalado por el accionante en la demanda, no tiene vocación de prosperidad, en tanto no se advierte que con la desvinculación del señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES, se haya desmejorado el servicio, máxime cuando la persona que lo reemplazó en el cargo, se considera idóneo, en la medida que cumple los requisitos establecidos para desempeñar el cargo para el que fue nombrado.

Lo anterior se refuerza con las afirmaciones hechas por algunos testigos que concurrieron a este estrado judicial a rendir declaración, en los siguientes términos:

Del señor MANUEL ANTONIO GAMBA NIÑO (Fl. 413 vto):

"(...) que no conoce el motivo por el cual el demandante fue retirado del servicio; solo sabe que la novedad se dio por el tipo de vinculación del mismo, de libre nombramiento y remoción; que conoce a la nueva persona que lo reemplazo, que se llama CESAR CAMILO CAMACHO; que la formación académica para ejercer el cargo es ser abogado; que se requiere experiencia, y que son los mismos requisitos para el cargo que ostenta el testigo; que no conoce si el señor CESAR CAMILO CAMACHO

⁷ Al respecto esta Subsección en sentencia del 4 de septiembre de 2008, Expediente No 250002325000199900073-01, No. Interno: 0883- 2005, ACTOR: GUILLERMO JIMÉNEZ BARRAGÁN, Magistrado Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, precisó: *"En relación con la idoneidad, capacidad, eficiencia y buen desempeño del cargo esta Corporación ha expuesto en numerosas ocasiones que tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, estas circunstancias por sí solas no generan fuero alguno de estabilidad en el empleo pues pueden existir otras razones de buen servicio que hagan necesario y aconsejable el retiro del servicio público. Sin embargo quedó probado que la persona que reemplazó al actor no cumplía los requisitos mínimos que el cargo exigía, desvirtuándose de esta forma la presunción de legalidad del acto acusado y configurándose la desviación de poder porque el nominador al expedir la declaración de insubsistencia no se basó en razones del mejoramiento del servicio ya que escogió en reemplazo del actor a una persona que no cumplía los requisitos mínimos para ejercer el empleo. El nombramiento de una persona que no reúne los requisitos mínimos para el cargo no puede entenderse realizado en aras del buen servicio público pues aumenta el riesgo potencial de desmejorar el servicio, por lo tanto, tal hecho resulta contrario a derecho y vicia de nulidad el acto acusado."*

cumple los requisitos para desempeñar el cargo; que el señor CAMACHO sigue vinculado, y su desempeño es competente y bueno.

(...) Interrogado por el ministerio público señaló que en diagnóstico de procedimientos para gestión de calidad, se verificó que en informe se plasmó que el resultado de la evaluación de la gestión del demandante se desempeñó en debida forma, así como el desempeño de quien lo reemplazó."

De la señora EDNA CRISTINA DE LA CANDELARIA ABRIL GONZALEZ (Fl. 413 vto):

"(...) que no conoce si el desempeño del demandante fue bueno, solo era su compañero de trabajo; que durante el tiempo que laboró con él, y las consultas que le hacía al demanda fueron resueltas satisfactoriamente; que el desempeño de quien reemplazo al demandante, es bueno y claro, respecto a las consultas que le realiza en función a su cargo; que no ha habido desmejora en el servicio con el nuevo profesional universitario del área jurídica."

Así las cosas, mal concluiría el Despacho al decir que el servicio prestado por el Profesional Universitario del área jurídica desmejoró, con ocasión de la desvinculación del demandante y el posterior nombramiento del señor CESAR CAMILO CAMACHO, en tanto, éste profesional del derecho reúne los requisitos para el desempeño del cargo.

Por último, debe decirse que tampoco puede entenderse que los móviles de la desvinculación del señor ANGEL ADRIAN VARGAS fueran políticos, en consideración a que de las declaraciones obrantes en el proceso, se advierte que tanto el accionante como el Gerente de aquel entonces, OSMAN MEYER, quien lo nombró en el cargo de profesional universitario jurídico, son de la misma filiación política que el actual Alcalde del Municipio de Tunja, que el señor CESAR CAMILO CAMACHO, y que el señor Representante a la Cámara por Boyacá CARLOS AMAYA; entonces, no existe razón alguna para pensar, como lo afirma el accionante, que la insubsistencia cuestionada haya sido ocasionada por motivos políticos.

Es así como el señor CARLOS ALBERTO CANARIA al rendir declaración ante este Despacho, señaló que "...conoce al demandante hace aproximadamente 7 años, cuanto trabajaba en el fondo territorial de pensiones; que la filiación política era partido verde;...que el gerente en ese año era OSMAN PUERTO, quien tiene filiación política partido verde...". (fl. 414)

En consecuencia, no le asiste razón al demandante al afirmar que la razón de su desvinculación y posterior nombramiento del señor CESAR CAMILO CAMACHO, fue el vínculo político que existe entre la Gerente del IRDET y el nuevo profesional universitario jurídico; además de lo anterior, porque en el expediente no se encuentra acreditado a qué partido o movimiento político se encuentra vinculada la nominadora del Instituto demandado.

De la nulidad por violación al Debido proceso y a la ley.

Señala el actor que mal puede la administración, a costa del debido proceso, expedir un acto administrativo de carácter particular y concreto con efectos anteriores a su vigencia, y menos en sentido de expedir posteriormente otro de la misma fecha, con efectos particulares de vigencia a partir de ese mismo día; en ese sentido, precisa que la Gerencia de la entidad demandada mediante acto administrativo de 8 de octubre de 2012 declaró insubsistente un nombramiento de un cargo, notificado el mismo día, y a la vez, realizó con la misma fecha y acta de posesión, un nombramiento para desempeñar el mismo cargo, por lo que considera, que el existen dos actos administrativos con efectos jurídicos desde y hasta el 8 de octubre de 2012.

En cuanto a la violación de la ley, afirma que los empleos que conllevan el ejercicio de responsabilidad directiva en la administración, son empleos de gerencia pública, de libre nombramiento y remoción, que deben ser provistos con fundamento en el criterio del mérito, las calidades personales y la capacidad profesional, mediante un proceso de selección y evaluación; que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos cuya provisión corresponde, de manera discrecional a la autoridad nominadora, es decir, sin estar sujeto a trámite o procedimiento especial alguno; que la Constitución Política de 1991 enumera casos específicos de empleos de esta naturaleza, y otorga la facultad al Legislador para la fijación de criterios que permitan identificarlos, siendo actualmente los contemplados en la Ley 909 de 2004.

Por lo anterior, considera el actor que el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 08 del IRDET, no corresponde a los de libre nombramiento y remoción, toda vez que no es de nivel directivo, además que el cargo no es de aquellos que implican confianza en la asesoría institucional, y que las funciones que implica, no son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio involucra cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias del Asesor de Dirección o Gerencia; agrega que, en ese orden, la Gerente del IRDET no podía disponer libremente del empleo, sin verificar las condiciones, funciones y especificaciones relacionadas por el mismo Instituto mediante el Acuerdo No. 014 de 16 de septiembre de 2005.

En ese orden, procede el Despacho a señalar, en cuanto al primer cargo, es decir, a la violación del debido proceso, que corresponde a un giro normal de la administración la expedición de no sólo dos, sino de varios actos administrativos el mismo día, en tanto, tiene la responsabilidad de velar por el interés general, y por la efectiva y correcta prestación del servicio.

Lo anterior, encuentra razón de ser, en tanto se trata de la provisión de un cargo que como cualquiera, demanda la prestación continua del servicio para evitar al máximo traumatismos en la entidad; es así como se encuentra ajustado a derecho y a la necesidad de la entidad demandada que por medio de un acto administrativo que fue notificado el mismo día de su expedición, se declare insubsistente un nombramiento, y el mismo día se nombre a quien reemplazará a la persona desvinculada.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que en la Resolución No. 229 de 08 de octubre de 2012, se dispuso ***“Declarar **INSUBSISTENTE** el nombramiento del Señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.167.235 expedida en Tunja, en el cargo denominado Profesional Universitario en la dependencia Oficina Jurídica, con código 219 y grado 08, a partir del ocho (08) de Octubre de 2012...”*** (Fl. 34), de allí que se deba entender, que el actor hizo parte de la planta de personal del IRDET hasta el 07 de octubre de 2012, pues desde el 8 del mismo mes y año fue desvinculado de la entidad, y notificado de dicha decisión ese día a las 9:00 a.m. (Fl. 36).

En consecuencia, bien podía la administración nombrar a otro profesional del derecho en el cargo citado, por necesidad del servicio, desde el 08 de octubre de 2012, en tanto el cargo se encontraba vacante desde dicha fecha, razón por la cual el cargo de nulidad enmarcado en este argumento no prospera.

De otra parte, en cuanto a la violación de la Ley, vale advertir que si bien es cierto el Acuerdo No. 014 de 16 de septiembre de 2005, en el parágrafo 2º del artículo 3 precisó que ***“Los empleos de Nivel Profesional, Grado 08, a pesar de tener la escala de profesional, en virtud de las funciones asignadas de Control Interno de Gestión y Control Interno Disciplinario, serán de la Planta Global pero de libre nombramiento y remoción del Gerente General”*** (Fl. 93), nótese que dicha determinación no obedeció al capricho de la entidad, sino a las mismas funciones que deben desempeñar los Profesionales Universitarios Grado 08.

Así las cosas, se advierte que el mismo acuerdo al determinar el contenido funcional del empleo de Profesional Universitario Jurídico del IRDET, señaló que éste debe:

“Aconsejar al y a la Junta Directiva en todo y cuanto relacionado en materia jurídica y de Derecho Público y/o Procedimental, que se presente en el ámbito de acción del IRDET.

Advertir a los funcionarios y en especial a las Directivas del IRDET de los preceptos constitucionales, legales y normativos que rigen la administración y función pública del Instituto, para el desarrollo de sus funciones en particular.

Ilustrar a los funcionarios y en especial a las Directivas del IRDET en los procedimientos derivados de su actividad, acorde con el ordenamiento jurídico vigente.

Realizar una asesoría jurídica permanente de carácter preventivo y/o solucionador de las diferentes situaciones, controversias y problemáticas que se originen al interior del Instituto.

Abogar por el respeto al interior del IRDET de los principios e intereses de la administración pública, los derechos y deberes constitucional y legalmente protegidos y establecidos, y por el correcto ceñimiento a la Constitución, la ley y en general del ordenamiento jurídico.

Mantener la reserva necesaria de los procedimientos, información, y documentación del IRDET que la requieran.

Servir de apoderado judicial en los casos en que la ley lo permita y el representante del IRDET así lo faculte.

Conservar la ética y la profesionalidad del Abogado en todas y cada una de sus funciones.

Proyectar y dar sustento jurídico a los diferentes convenios y contratos, en sus diversas modalidades, que celebre el IRDET, apegándose a lo regulado en la Constitución, ley 80 de 1993, decretos reglamentarios, legislación complementaria, modificatorio o supletoria.

Orientar y realizar el aporte jurídico necesario para la elaboración de los actos administrativos que profieran las Directivas del IRDET.

Sustanciar conforme a Derecho las Órdenes de Prestación de Servicios (O.P.S.) que requiera el IRDET para la persecución de sus metas y el cumplimiento de su objeto.

Asesorar jurídicamente al IRDET en las controversias y situaciones derivadas de la administración, cuidado y sostenimiento de los escenarios deportivos y demás bienes muebles e inmuebles a su cargo.

Proteger dichos bienes entablado, si es el caso, las acciones policivas o judiciales pertinentes.

Advertir las irregularidades y falencias jurídicas que se puedan dar dentro de los procedimientos y actividades del IRDET para su corrección oportuna.

Revisar, complementar y corregir conforme a Derecho, la documentación que se le entregue para la supervisión jurídica.

Orientar en el plano jurídico a quien (es) desempeñen las funciones de Control Interno Administrativo y Control Interno Disciplinario.

Proponer a las Directivas soluciones jurídicas para el mejoramiento del servicio y de la organización del IRDET.

Realizar proyectos tendientes a mejorar los ingresos del Instituto.

Desarrollar las funciones de Control Interno Disciplinario conforme a la ley 734 de 2002, complementarias y concordantes.

Responder por el buen funcionamiento de los equipos y elementos utilizados para el desarrollo de sus funciones.

Cumplir a cabalidad con los deberes de servidor público contemplados en la Ley 734/02.

Mantener en alto el nombre de la Institución.

Las demás que el IRDET le asigne concordantes al diseño del empleo." (Negrillas y Subrayas del Despacho).

Así las cosas, vale precisar que la Ley 909 de 2004 en su artículo 5° precisa lo siguiente:

"ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...) **En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:**

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y **Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;**

(...) 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:

(...) **En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:**

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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."

En ese orden, no puede entender el Despacho el argumento del actor, en tanto a todas luces se advierte que el cargo antes aludido tenía las funciones de Control Interno Disciplinario, entre otras funciones dentro de la entidad demandada, que implican labores de dirección y confianza, de manera que, por criterio funcional, los empleados que ejerzan esas funciones son de libre nombramiento y remoción, pese a la denominación del empleo de "Profesional Universitario".

Lo anterior, resulta razón suficiente para que el cargo de nulidad del acto administrativo demandado por violación de la ley, tampoco prospere.

5.3. Conclusión

Por todo lo antes expuesto, se declarará la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 229 de 8 de octubre de 2012, proferido por el Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja – IRDET-, por medio del cual declaró insubsistente el nombramiento del señor ANGEL ADRIAN VARGAS ROBLES, en el cargo de Profesional Universitario Código 2019 Grado 08 del IRDET; así como de la Resolución No. 238 de 16 de octubre de 2012, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto con el anterior acto.

Así las cosas, no se declarará la nulidad de los actos demandados, y se procederá a negar las demás pretensiones de la demanda, habida cuenta que, la Gerente del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja, se encontraba facultada legal y constitucionalmente para declarar la insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción para el cual había sido nombrado el demandante; además que el demandante no desvirtuó la legalidad de aquellos actos administrativos, en consideración a que las razones aducidas y probadas en el proceso, no pueden ser consideradas como ajenas al buen servicio.

De otra parte, y por las mismas razones, se declararan probadas las excepciones de "Presunción de legalidad del acto demandado", "Inexistencia de causales de ilegalidad o nulidad del acto demandado", "Carencia del derecho lesionado" y "Falta de elementos de juicio para configurar una posible desviación de poder" propuestas por la entidad demandada.

5.4. De las Costas del Proceso

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"ART. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

Al tenor de la norma transcrita, se evidencia que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha pasado de un criterio subjetivo (Artículo 171 del C.C.A. anterior), en el que se debía tener en cuenta la conducta asumida por las partes, para lo cual era necesario, según el precedente del Consejo de Estado, realizar un **"reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva"**.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición hubiesen sido temerarias, porque no asistía a quien la presentaba, un fundamento razonable, o había de su parte, una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acudía a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio, se consideraba que había incurrido en una conducta reprochable, que le obligaba a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.⁸

Este criterio, como se evidencia de la lectura de la nueva disposición a pasado a ser de naturaleza OBJETIVA, esto es, que en la nueva normatividad Contenciosa Administrativa, vigente desde el día 2 de julio de 2012, se establece que se condenará en costas a la parte

⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 18/02/99, Exp. 10775, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

vencida, al tenor de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, independientemente de su intención o de la conducta desplegada en el proceso.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 393 del C.P.C., disposición que, igualmente, adopta un criterio objetivo para la liquidación de las costas, exige para que procedan las mismas, que:

- a) Aparezcan comprobadas
- b) Hayan sido útiles
- c) Que correspondan a actuaciones autorizadas por la Ley

Con base en lo anterior, si bien el juez tiene cierto margen de discrecionalidad, también lo es que la decisión debe sujetarse a las exigencias de comprobación, utilidad, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad del gasto.

En ese orden de ideas, al valorar en el presente caso la condena en costas, en primer lugar se establece, que ésta debe ser asumida por la parte demandante (Parte vencida en el proceso) al declararse probadas las excepciones de *"Presunción de legalidad del acto demandado"*, *"Inexistencia de causales de ilegalidad o nulidad del acto demandado"*, *"Carencia del derecho lesionado"* y *"Falta de elementos de juicio para configurar una posible desviación de poder"*, propuestas por la entidad demandada; y en segundo lugar, considera el Despacho que se evidencia que se causaron costas, las cuales están debidamente acreditadas en el proceso, ya que fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que ejerciera la defensa de la entidad demandada, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Respecto a las Agencias en derecho, debe decirse que es la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, las cuales deben ser fijadas por el Juez en la Sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza, **calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado** o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

En cuanto a las tarifas o al valor de las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo No. 1887 de 2003 modificado por el Acuerdo 2222 de ese mismo año, procedió a establecerlas, señalando en el artículo sexto del primero de los Acuerdos referidos, específicamente en el numeral tercero, en materia Contenciosa Administrativa, que en los procesos de Primera Instancia, en los que la cuantía está definida se puede fijar por dicho concepto hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que el valor de las pretensiones; así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja – IRDET-, se fija como Agencias en Derecho, a favor de esta entidad, por lo anotado anteriormente, en el presente asunto la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia. Por Secretaría liquídense las costas.

Contra la presente providencia proceden los recursos de ley.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por el apoderado del Instituto de la Recreación y el Deporte de Tunja denominadas **"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO"**, **"INEXISTENCIA DE CAUSALES DE ILEGALIDAD O NULIDAD DEL ACTO DEMANDADO"**, **"CARENCIA DEL DERECHO LESIONADO"** y **"FALTA DE ELEMENTOS DE JUICIO PARA CONFIGURAR UNA POSIBLE DESVIACIÓN DE PODER"**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Se fija como Agencias en Derecho la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- En firme y realizada la liquidación de costas; por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,

Original Firmado Por
DIANA MARCELA GARCIA PACHECO
Juez