



116

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO  
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICADO INTERNO 2134

RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2015-00605-00

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARISOL BRAVO SIERRA

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA  
AEREA

**ACTA 452 -17  
AUDIENCIA PRUEBAS  
ART. 181 DE LA LEY 1437 DE 2011**

*En Bogotá D.C. a los nueve de octubre de dos mil diecisiete siendo la hora de las once de la mañana, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Profesional Universitario, constituyó en audiencia pública en la SALA TREINTA Y TRES de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:*

**INTERVINIENTES**

*Parte demandante: Dr. Mario Andrés Álvarez Rincón cuya personería se reconoció en auto de 12 de noviembre de 2015.*

*Parte demandada. No asistió a la audiencia.*

*La representante del Ministerio público no asistió a la audiencia.*

**PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA**

*Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:*

1. Saneamiento del Proceso
2. Alegaciones y Juzgamiento
3. Sentencia.

## **SANEAMIENTO DEL PROCESO**

*Como una garantía al debido proceso, se evacuará la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se le concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna IRREGULARIDAD que pueda ser saneada en este momento.*

*Como las partes no observan causal que invalide lo actuado y el Despacho tampoco, se da por agotada esta etapa.*

## **FALLO**

*Problema jurídico.*

*Corresponde al Despacho establecer si por sus características el cargo de “Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 11 con funciones de asistente administrativo Sistemas FMS” ocupado por la actora, puede desvirtuar su inclusión en la categoría de libre nombramiento y remoción, y de ser así, si se ajustó a la legalidad la decisión de declararlo insubsistente por decisión discrecional.*

## **CONSIDERACIONES**

*El apoderado de la parte demandante manifiesta que el cargo de “Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 11 con funciones de asistente administrativo Sistemas FMS” desempeñado por la actora MARISOL BRAVO SIERRA, no reúne las características de dirección, manejo, conducción y/o orientación institucional para ser considerado como de libre nombramiento y remoción, según lo enunciado por la Ley general de carrera administrativa (Ley 909 de 2004) – ver folio 23. De manera que su remoción no podía realizarse mediante una decisión discrecional.*

*Por su parte, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, manifestó que el Decreto Ley 092 de 2007 de manera expresa clasificó el cargo ocupado*

por la demandante como de libre nombramiento y remoción, lo que hace procedente su terminación por facultad discrecional.

Para resolver la controversia planteada entre las partes el Despacho presenta los siguientes estudios normativos y jurisprudenciales:

La Constitución Política de Colombia de 1991, dispuso:

*Artículo 125°.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. **Se exceptúan** los de elección popular, **los de libre nombramiento y remoción**, los de trabajadores oficiales y **los demás que determine la ley.***

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

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

Según el postulado Constitucional, la regla es que la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado se realice mediante concurso público de méritos y la excepción debe estar determinada por la Ley, donde expresamente se debe indicar otra modalidad (elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, y demás).

**El Nivel asistencial clasificado como libre nombramiento y remoción en el Sistema General de Carrera Administrativa.**

La **Ley 909 de 2004** (septiembre 23) "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." reguló el sistema de empleo público así:

*CAPITULO II. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS.*

*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:*

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

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

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

(...)

b) Los **empleos cuyo ejercicio implica especial confianza**, que tengan asignadas **funciones de asesoría institucional, ASISTENCIALES O DE APOYO**, que estén al **servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios**, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

*En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.*

(...)<sup>1</sup> (numerales c, d, e, f, g)

*Subraya y negrilla por el Despacho*

**De acuerdo con el Sistema General de Carrera previsto en la Ley 909 de 2004 (Artículo 5 numeral 2 literal b), algunos empleos del nivel asistencial o de apoyo son considerados de libre nombramiento y remoción, en virtud de estar a cargo de determinados funcionarios<sup>2</sup>.**

---

<sup>1</sup> c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado:

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales:

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.

**El Sistema especial de carrera del sector Defensa.**

El Decreto Ley 91 de 2007 <sup>(3)</sup>, regula lo concerniente al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa. En los primeros artículos esta norma señala los destinatarios de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 1o. OBJETO. El presente decreto contiene las normas por medio de las cuales se regula el **Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa** y establece las características referentes a su régimen de personal.*

*ARTÍCULO 2o. SECTOR DEFENSA. Para los efectos previstos en el presente decreto, se entiende que el Sector Defensa está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como por sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.*

*ARTÍCULO 3o. AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones contenidas en este decreto son aplicables a los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como a los miembros de la Fuerza Pública que desempeñen sus funciones o ejerzan los empleos de que trata el presente decreto.*

*ARTÍCULO 4o. NATURALEZA DEL SERVICIO PRESTADO EN EL SECTOR DEFENSA. El servicio que prestan los empleados públicos civiles no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, es esencial para el desarrollo de la misión del sector, esto es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, así como para brindar las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos humanos, las libertades públicas y la convivencia pacífica de los residentes en Colombia. Subraya y negrilla por el Despacho*

Nótese que el artículo 3 expresamente señala: “**Las disposiciones contenidas en este decreto son aplicables a los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional**” con lo que se concluye que la demandante está regida por un sistema específico.

---

<sup>3</sup> DECRETO <LEY> 91 DE 2007, (enero 17), Diario Oficial No. 46.514 de 17 de enero de 2007, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal.

*Este régimen especial aplicable al Personal Civil de las Fuerzas Militares determina que son empleos de libre nombramiento y remoción los siguientes:*

*ARTÍCULO 8o. EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN. Son empleos de libre nombramiento y remoción los siguientes:*

*1. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así como los que tengan asignadas funciones de asesoría en materias directas o de apoyo a la seguridad y defensa, así:<sup>4</sup>*

*2. Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, **que tengan asignadas funciones** de asesoría institucional, profesionales, técnicas, asistenciales o de apoyo, siempre y cuando tales empleos en los decretos de planta, se encuentren adscritos a los siguientes despachos así:*

*a) Ministro, Viceministro y Secretario General;*

*b) Comandante General y Jefe de Estado Mayor Conjunto, de las Fuerzas Militares;*

*c) Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza;*

*d) Director y Subdirector de la Policía Nacional;*

*e) Superintendente y Superintendente Delegado;*

*f) Jefaturas y Direcciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como Comandantes de Unidades, y Reparticiones de Inteligencia, Operaciones y Comunicaciones en las Fuerzas Militares y su equivalente en la Policía Nacional;*

*g) Director, Presidente o Gerente General de entidad descentralizada, adscrita o vinculada;*

*h) Director de la Justicia Penal Militar, Director General Marítimo, Director General de Sanidad Militar, Director General de Sanidad de la Policía Nacional, o de quien haga sus veces;*

*i) Director de Investigación Criminal, o de quien haga sus veces.*

*Subraya y negrilla por el Despacho*

*.... (5)*

---

<sup>4</sup> Ministro, Viceministro, Superintendente, Gerente, Presidente o Director General o Nacional de entidad descentralizada adscrita o vinculada o de Unidad Administrativa Especial, Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada, Superintendente Delegado, Secretario General, Subgerente, Vicepresidente o Subdirector General, Nacional o Administrativo de entidad descentralizada, adscrita o vinculada o de Unidad Administrativa Especial, Director del Sector Defensa, Asesor de Defensa o Misional, Jefe de Oficina del Sector Defensa, Obispo y Vicario Castrense, Subdirector o Auditor del Sector Defensa, Jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa.

<sup>5</sup> 3. Los empleos cuya naturaleza corresponde a funciones de orientación, acompañamiento espiritual, o que guarden relación directa con labores de inteligencia, confianza, seguridad o protección de los integrantes de la Fuerza Pública.

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

5. Los empleos que se encuentren en el nivel de Orientador de Seguridad o Defensa, en el Nivel Técnico o Asistencial en la categoría de servicios o de inteligencia.

*La preceptiva que cargos de nivel asistencial o de apoyo en el comando sean considerados como de libre nombramiento y remoción fue declarado ajustado a la Constitución Política a través del fallo C-161 de 2003,<sup>(6)</sup> al analizar la Constitucionalidad del literal b del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 443 de 1998 que consagró: “En las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu-personae requeridas en quienes lo ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional”*

*“La exclusión de carrera de los cargos mencionados, obedeció a la necesidad de vincular personal absolutamente confiable dada la naturaleza de las funciones que se ejercen en las divisiones de inteligencia y comunicaciones de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, las cuales requieren de absoluta reserva por involucrar asuntos de orden público y de la seguridad nacional.*

*Es un hecho la relevancia constitucional de la Fuerza Pública en un Estado social de derecho, integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por cuanto la finalidad para la cual se encuentran constituidas las primeras, esto es las Fuerzas Militares, es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del orden nacional y del orden constitucional (CP. art. 217); y la Policía Nacional, tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como para garantizar la convivencia en paz de los habitantes de Colombia (CP art. 218).*

*Siendo ello así, a juicio de la Corte, los servidores públicos que ejerzan sus funciones en los empleos adscritos a las dependencias de inteligencia y comunicaciones tanto de las Fuerzas Militares como de Policía Nacional, deben ser de la más alta confianza de sus superiores para el ejercicio de sus funciones, como quiera que se manejan asuntos de gran trascendencia para el orden público y la seguridad nacional, que mal utilizados podrían generar situaciones en perjuicio de la colectividad. Por*

---

6. Los empleos misionales del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que guarden relación directa con la atención de los integrantes de la Fuerza Pública, cuyo ejercicio implica confianza, seguridad y permanente disponibilidad.

7. Los empleos pertenecientes a la Justicia Penal Militar de que trata la Ley 940 de 2005 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, con excepción de los empleos de período fijo.

<sup>6</sup> Sentencia C-161/03, Referencia: expediente D-4252, , **Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5, parcial, de la Ley 443 de 1998** (Derogada por el art. 58, Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82) “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, , Demandante: Germán Antonio Cepeda Vargas, , Magistrado Ponente :, Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA., , Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003)., ,

*ello, el nominador debe contar con cierta discrecionalidad para retirar del servicio al empleado que no cumpla con las especialísimas calidades profesionales, personales y de confianza máxima que se exigen para el desempeño de los cargos a que se ha hecho referencia, sin que ello implique arbitrariedad o manejo abusivo del ejercicio de la facultad nominadora, la cual en todo caso debe ser manejada con criterio objetivo a fin de no vulnerar los derechos de quienes laboran en esas dependencias.*

*Por lo tanto, no considera la Corte que la exclusión de los empleos adscritos a las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones de la Fuerza Pública, de la regla general de carrera administrativa, vulnere los artículos 125 y 13 de la Carta, dada la especialísima y necesaria confianza intuitu personae que se debe tener en los empleados que laboran en dichas dependencias, por la naturaleza propia de los asuntos de que conocen, que necesitan ser sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional. Es decir, el legislador al excluir los cargos a que se refiere el aparte demandado de la regla general de carrera administrativa, lo hizo bajo un principio de razón suficiente, dada la prevalencia del elemento de la confianza especial que se debe exigir a los servidores que pretendan desempeñarlos.”. (El subrayado es nuestro).*

*En tal ocasión, la H. Corte Constitucional se pronunció frente a la inclusión en la clasificación de “libre nombramiento y remoción a personal del nivel asistencial” dada la trascendencia para el orden público y la seguridad Nacional de ejercer funciones en dependencias de las Fuerzas Militares, criterio que se mantuvo en la Ley 909 de 2004.*

*Como se explicó, cuando se expide el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa con el **Decreto Ley 91 de 2007** <sup>(7)</sup>, el legislador enlista los cargos que se deben considerar como de “libre nombramiento y remoción”, indicando expresamente en el literal c del numeral 2 del artículo 8 que los empleos con funciones asistenciales o de apoyo adscritos a los Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza tienen esta naturaleza.*

*En el caso sub examine, de acuerdo con el acta de posesión PERSONAL CIVIL FAC No 3546 de 11 de abril de 2011 (fl.6), la demandante MARISOL BRAVO SIERRA tomó posesión del empleo “AUXILIAR ADMINISTRATIVO SISTEMAS adscrito a la Ayudantía del Comando*

---

<sup>7</sup> DECRETO <LEY> 91 DE 2007, (enero 17), Diario Oficial No. 46.514 de 17 de enero de 2007, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal.

General de las Fuerzas Militares” por lo que de conformidad con lo previsto en la Ley 91 de 2007 (Artículo 8, Numeral 2, literal c) **se desempeñó en un cargo de libre nombramiento y remoción.**

En la misma línea expuesta por la H. Corte Constitucional, en la sentencia C-161/03, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>8</sup>, señaló que la clasificación que realiza el legislador del cargo como de libre nombramiento y remoción para el sector defensa, de aquellos adscritos a los comandos, unidades y reparticiones de inteligencia de la fuerza pública es una excepción a la regla que los empleos deben ser de carrera.

*Sobre el particular, considera la Sala que si bien es cierto el fallo citado<sup>9</sup>) excluyó del ordenamiento jurídico dicha norma, **ello no quiere decir que todos los empleos ocupados por personal civil del Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares o Policía Nacional se conviertan en de carrera administrativa, pues, es la misma Constitución la que establece que por regla general todos los empleos públicos son de carrera pero permitiendo la posibilidad de unas excepciones que están señaladas en la Carta y en la ley, como lo son entre otros, los empleos de libre nombramiento y remoción, los cuales deben responder a unos parámetros que están contenidos en el artículo 5° de la Ley 443 de 1998.***

**Reiterándose una vez más, que dentro los cargos exceptuados de la regla general de carrera administrativa están, entre otros, los empleos adscritos a los comandos, unidades y reparticiones de inteligencia y comunicaciones de la Fuerza Pública, como el que desempeñaba la actora.**

*Siendo ello así, no era necesario que la Comisión de Personal emitiera un informe reservado de inteligencia indicando la inconveniencia de la permanencia de la actora en la entidad como se indica en la demanda, ya que según el literal j) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998, dicha previsión sólo es aplicable al personal no uniformado de carrera del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; y no opera en el sub iudice, dado el carácter de libre nombramiento y remoción que tiene el cargo desempeñado por la actora. Subraya y negrilla por el*

<sup>8</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. - Sección Segunda -, Subsección “A”, Bogotá. D. C., Trece (13) De Marzo De Dos Mil Ocho (2008), Magistrada Ponente: Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, Expediente No.: 2000 - 02839, Demandante: Marilza Güiza Pardo, Demandada: Nación Ministerio De Defensa, Nacional – Ejército Nacional. Controversia: Insubsistencia.

<sup>9</sup> NOTA DEL DESPACHO: la demandante formula contra el acto acusado consiste precisamente, en que el cargo que ella desempeñaba era de carrera administrativa, gracias a que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-356 de 1994, **declaró inexecutable el artículo 8° del Decreto 1214 de 1990**, el cual establecía que los empleos públicos ocupados por personal civil del Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares o Policía Nacional no pertenecían a la carera administrativa sino que eran de libre nombramiento y remoción, para concluir en estos términos, que el acto de insubsistencia es ilegal.

## *Despacho*

*Nótese, que el Tribunal adicionalmente, determinó que para el retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción **no opera el requisito previo que se emitiera un informe reservado indicando la conveniencia de la permanencia.***

*Del análisis realizado en precedencia, y para efectos de inaplicación por inconstitucional del Numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 91 de 2007, mediante la cual se indica que el cargo ocupado es de libre nombramiento y remoción, no encuentra el Despacho que exista una evidente contradicción entre principios constitucionales y la norma cuya inaplicación se pretende. Es más, aunque no se trata de la misma norma, la *ratio decidendi* expresada en la C-161 de 2003 <sup>(10)</sup> citada *ut supra*, resulta aplicable pues, como lo señaló la Corte, esta justificado vincular personal absolutamente confiable dada la naturaleza de las funciones que ejercen los comandos de las Fuerzas Militares.*

*En cuanto al argumento de la demandante que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-372/12 ordenó el reintegro de una persona vinculada mediante libre nombramiento y remoción. El Despacho al estudiar esta providencia<sup>11</sup> determina que no resulta aplicable porque en el caso de marras existe un Sistema especial de carrera del sector Defensa que determina que el cargo ocupado por la actora es de libre nombramiento y*

---

<sup>10</sup> Sentencia C-161/03, Referencia: expediente D-4252, , Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5, parcial, de la Ley 443 de 1998 (Derogada por el art. 58, Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82) “por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, , Demandante: Germán Antonio Cepeda Vargas, , Magistrado Ponente :, Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA., , Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003)., ,

<sup>11</sup> Sentencia T-372/12, Referencia: expediente T-3.215.182, , Acción de tutela interpuesta por el señor Ronald Ameth Jaller Serpa contra la Fiscalía General de la Nación., , Magistrado Ponente:., JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil doce (2012),

remoción <sup>(12)</sup> elemento con el que no cuenta el caso que se pretende sea aplicado como precedente.

Finalmente, frente a los argumentos que plantea el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, en el sentido que la actora fue vinculada como Auxiliar de Servicio Código 6-1 Grado 11 con funciones de Asistente Administrativo FMS, y que en ejercicio de sus funciones cumplió satisfactoriamente el servicio, no hubo llamados de atención, o disciplinarios, lo que lo lleva a concluir que no existen en su hoja de vida razones que justifiquen su retiro discrecional. El Despacho, precisa que el retiro discrecional de un empleado de libre nombramiento y remoción, no está condicionado a la excelencia en el desempeño, existencia de faltas disciplinarias o ausencia de llamados de atención, pues su propósito es otorgar un amplio margen de flexibilidad dada la pertenencia a un Régimen Especial del sector defensa. Como se explicó la clasificación del cargo de la actora como de libre nombramiento y remoción obedece al principio de **“razón suficiente”**, justificada y fundamentada en la particular naturaleza y necesidades de confianza y seguridad Nacional que exige el sector defensa.

Finalmente, resta anotar que el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>13</sup>, al ponderar la necesidad de motivación frente la naturaleza de este tipo de cargos, concluyó:

*Por otra parte, en cuanto al argumento relacionado con la ausencia de motivación del acto de insubsistencia, el mismo pierde fuerza atendiendo el carácter de libre nombramiento y remoción del cargo que ocupaba la actora, lo que permitía el ejercicio de la facultad discrecional por parte del Comandante del Ejército Nacional.*

<sup>12</sup> NOTA DEL DESPACHO En el caso analizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia T-372/12 amparó los derechos fundamentales al ponderar circunstancias de debilidad manifiesta por discapacidad, y sustentada en conceptos médicos específicos.

<sup>13</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, - Sección Segunda -, Subsección “A”, Bogotá, D. C., Trece (13) De Marzo De Dos Mil Ocho (2008), Magistrada Ponente: Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, Expediente No.: 2000 - 02839, Demandante: Marilza Güiza Pardo, Demandada: Nación Ministerio De Defensa, Nacional – Ejército Nacional, Controversia: Insubsistencia.

*Así pues, dada la naturaleza del cargo ocupado, la ausencia de motivación no constituye una causal de anulación del acto.*

*En conclusión, la determinación del legislador de otorgar naturaleza de libre nombramiento y remoción a cargos de nivel asistencial asignados a los Comandos de la Fuerza permite la declaratoria de insubsistencia discrecional, como una garantía a las necesidades de confianza y seguridad Nacional que exige el sector Defensa.*

## CONDENA EN COSTAS

*El artículo 188 del CPACA señala:*

*“... 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.”.*

*La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*

*De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.*

### *“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

#### *3.1. ASUNTOS.*

##### *3.1.1. Única instancia.*

*Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

*Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”*

Frente a lo anterior el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- En el proceso se pretendió el reintegro de la actora.
- La demanda fue apoyada en sentencia de tutela la H. Corte Constitucional que ordenó un reintegro de una persona que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, la cual no fue acogido por el Despacho.
- No se presentaron conductas temerarias o de mala fe.
- Se negaron las pretensiones de la demanda

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta la actividad desplegada por los apoderados, la capacidad económica de la parte y la complejidad que revistió la instancia en este caso, se condenará en costas a la PARTE DEMANDANTE a pagar la suma equivalente a 0,5 salario mínimo mensual legales vigentes a favor de la demandada.

En cuanto a los remanentes se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a los gastos de funcionamiento que cubrió el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN

---

<sup>14</sup> Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987),A

SEGUNDA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** de conformidad

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante, en cuantía de MEDIO SALARIO MINIMO DEL AÑO 2017, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

**CUARTO: EJECUTORIADA** esta providencia, ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

La juez



**YOLANDA VELASCO GUTIERREZ**

La parte demandante,



**DR. MARIO ANDRÉS ALVAREZ RINCÓN**

El Profesional Universitario



**JOSE CLEMENTE GAMBOA MORENO**