

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA SALA DE ORALIDAD M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-008-2017-00413-01
Demandante: Medardo Rojas Conde
Apoderado: Luceny Rojas Conde
Demandado: Municipio de Ibagué
Apoderado: Luz Stefany Galindo Casadiego (pendiente reconocer
personería)
Vinculado: Ricardo Mejía Arango
Apoderado: No constituyó
Tema: Insubsistencia de libre nombramiento y remoción

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 09 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Medardo Rojas Conde,¹ instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Municipio de Ibagué, para que se acojan las súplicas que en los apartados siguientes se precisan.

1.1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1000-0296 del 04 de mayo de 2017, suscrito por el alcalde del ente accionado, a través del cual se declaró insubsistente su nombramiento como Conductor, Código 480, Grado 03, en la Dirección del Grupo del Plan de Ordenamiento Territorial de la entidad.

Consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a reintegrarlo *“EN LAS MISMAS CONDICIONES EN LAS CUALES VENÍA DESEMPEÑANDO EL EMPLEO EN CITA Y SIN AFECTAR DE ODO ALGUNO LA CONTINUIDAD EN EL CARGO”*.

Se ordene el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, correspondientes al cargo que ocupaba, desde la fecha en que fue declarado insubsistente hasta cuando se haga efectivo su reintegro, debidamente indexado.

¹ A través de apoderado judicial.

Se ordene el pago de daños y perjuicios materiales y morales causados con la expedición del acto de insubsistencia.

Se disponga dar cumplimiento al fallo que ponga fin a este proceso en los términos dispuestos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Se ordene el pago de costas y agencias en derecho.

1.1.2. Hechos

En relación con las pretensiones de la demanda, se dejaron anotadas las siguientes circunstancias fácticas:

El Municipio de Ibagué a través del Decreto 11-0078 del 09 de febrero de 2009 nombró al señor Medardo Rojas Conde en el cargo de Conductor, Código 480, Grado 03 adscrito al despacho del alcalde, sin embargo, inicialmente prestó sus servicios en la Secretaría de Cultura, luego paso a la Secretaría de Gobierno - Dirección de Talento Humano y finalmente estuvo en la Secretaría de Planeación – Dirección del Grupo del Plan de Ordenamiento Territorial. De este cargo tomó posesión el 10 de marzo de 2009.

Mediante el Decreto 1000-296 del 04 de mayo de 2017, emanado de la misma autoridad, se declara insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Conductor, Código 480, Grado 03.

La última asignación mensual devengada por el demandante fue de \$1.538.928.

1.1.3. Concepto de violación

Señaló que el Decreto 1000-0296 del 04 de mayo de 2014, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de conductor, fue expedido con falsa motivación, desviación de poder y violación del derecho al debido proceso, según las siguientes razones:

- **Falsa motivación del acto administrativo.** Respecto a este cargo indicó básicamente que el acto de retiro del servicio al demandante se funda en la remoción de un cargo de libre nombramiento y remoción cuando aquel desempeñaba en provisionalidad un empleo de carrera.

- **Desvío de poder.** Mencionó sobre este cargo que *“el burgomaestre en su condición de nominador, dicto el decreto de insubsistencia del cargo (del demandante), sin que mediara ni siquiera ni un llamado de atención, es decir que para ello no tuvo en cuenta la evaluación y competencias, solamente se limitó a vincular una persona particular inclusive ajena a la administración, de la cual previamente se había acordado pues se hizo casi en forma simultánea.”* (sic). También dijo que se denotaba claramente que el alcalde de Ibagué lo declaró insubsistente sin contar con facultades para reestructurar o modernizar la administración municipal y sin estudiar los perfiles de los funcionarios requeridos, ni una evaluación de los funcionarios que declaró insubsistentes.

- **Violación del debido proceso.** Señaló que *“La ALCALDIA DE IBAGUE TOLIMA, con su errado proceder desconoció tanto el debido proceso que debe surtirse administrativamente para el ejercicio de las funciones públicas propias de los empleos de la Planta de Personal de la entidad, como para reintegrar a un funcionario que se encuentra en una situación administrativa como la Comisión para*

desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción y en tal sentido para remover o declarar insubsistente un nombramiento de tipo provisional, vulnerando de manera evidente la garantía aplicable a toda actuación judicial y administrativa, contenida en el artículo 29 de la carta política.” (sic).

1.2. Contestación de la demanda

El Municipio de Ibagué mediante apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que carecen de fundamentos de hecho y de derecho. Pidió que además de negarse las súplicas elevadas por la parte actora se le condene en costas.

Expuso que el acto demandado *“en nada contravienen normas de rango constitucional, legal o reglamentario alguna que pueda por tal motivo servir de fundamento para edificar una nulidad bien sea parcial o total toda vez que en ente territorial municipal de Ibagué (...) se ciñó en todo lo normado para esos casos (...)”* (sic). Agregó a lo dicho que *“fue expedido conforme a derecho y en uso de la facultad discrecional de la cual gozan para estos casos todos y cada uno de los nominadores, (...) además no está demostrado el hoy aquí demandante hubiese estado protegido por algún fuero especial de estabilidad que impidiera la determinación de la insubsistencia de su nombramiento, además es del resorte del nominador contar con servidores públicos de su plena confianza en niveles tan importantes como el cargo de conductor que ocupaba el señor Medardo Rojas Conde. Además, el cargo que el demandante desempeñaba era de libre nombramiento y remoción, y la declaratoria de su insubsistencia era procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones y goza de presunción de legalidad.”* (sic).

Apuntó que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que, en tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, la eficiente prestación de los servicios por si sola no otorga inamovilidad en el cargo.

Indicó que, a diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene libertad para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones, y pueden ser retirados en cualquier momento del cargo, pues no gozan de estabilidad laboral.

Formuló las excepciones que denominó: “ineptitud sustancial de la demanda por ausencia de concepto de violación”, “falta de prueba”, “falta de vicio en los actos administrativos que se acusan” y “prescripción”.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 09 de junio de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada denominadas: Falta de prueba y Falta de vicio en los actos administrativos que se acusan.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense.

*CUARTO: FIJAR como agencias en derecho la suma de \$349.473 que serán tenidas en cuenta por Secretaría al momento de liquidar las costas.
(...)”*

La decisión antepuesta tiene sustento en las consideraciones que a continuación se exponen:

Aludió que el Decreto 11.0774 del 4 de diciembre de 2008, mediante el cual se ajustó el manual específico de funciones del referido municipio, respecto del cargo de Conductor Código 480 Grado 03 cuyo nivel jerárquico es asistencial, indicó que se crearon mediante los Decretos 655 de 14 de octubre y 749 del 27 de noviembre de 2008, en los cuales, según se indica en dichos documentos, está adscrito al despacho del alcalde, es decir, que las características del mismo se encuentran conformes con las previstas en el literal b) del artículo 5° de la Ley 909 de 2004.

Expuso que al paso que el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, al prever las clases de nombramiento en consideración a la naturaleza del empleo, reza que los empleos de libre nombramiento y remoción serían provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Enunció que tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los otros criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 y para la provisión de los mismos, debe realizarse un nombramiento ordinario, de conformidad con el artículo 23 ibídem. El criterio corresponde pues, a los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.

Comentó que así las cosas, era claro que el cargo que desempeñaba el actor de Conductor, Código 480, Grado 03, del Municipio de Ibagué, es de libre nombramiento y remoción pues implica, como ya se dijo, alto y especial grado de confianza y reserva, y por lo tanto debía ser provisto mediante un nombramiento ordinario, que es lo que efectivamente ocurrió con la expedición del Decreto No 11-0078 del 9 de febrero de 2009, de igual forma, se observa en el Plan Anual de Vacantes a 2019 publicado en la página web de la entidad territorial accionada, que efectivamente 11 de los respectivos cargos de Conductor, Código 480, Grado 3, son de libre nombramiento y remoción.

Refirió que al quedar definido que el cargo que desempeñó el demandante es de libre nombramiento y remoción, era claro que la insubsistencia podía expedirse como en efecto lo hizo, sin necesidad de motivación alguna; en ese sentido el acto demandado goza de presunción de legalidad, la cual debía desvirtuarse judicialmente, siendo labor del demandante aportar los elementos tendientes a demostrar que la terminación de la vinculación sucedió por causas diferentes a las del mejoramiento del servicio, labor que brilló por su ausencia durante el debate probatorio.

Mencionó que las aseveraciones del demandante en torno a la supuesta desviación de poder o de falsa motivación no fueron demostradas, por el contrario, conforme a la prueba documental y testimonial recaudada, no se avizoran razones de índole personal o por militancia política del nombrado en remplazo del señor Rojas Conde como factor determinante en su desvinculación, quedando su dicho en simples apreciaciones subjetivas carentes de respaldo probatorio idóneo que permitan

arribar a la conclusión que su retiro obedeció por el “cambio de administración” y que no hubo mejora del servicio con su remplazo. Agregó que si bien los testigos coincidieron en manifestar que el hoy demandante cumplió de manera responsable y respetuosa su función como conductor, también lo es que el solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, *per se* no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente; ello conllevaría a que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición, máxime que el óptimo desempeño en el ejercicio de un cargo, responde a la obligación que tiene todo servidor público de cumplir con la Constitución y la ley desde el momento en que lo ejerce.

Sostuvo que tampoco se observa que el demandante se encontrara en el evento de ser parte de un grupo de especial protección constitucional, pues conforme a lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 389 de 2005, una condición como la alegada – ser padre cabeza de familia - debe ser acreditada y no meramente afirmada.

Concluyó que queda establecido que con el acto enjuiciado no se vulneran normas de rango Constitucional o legal, ni existe causal alguna que comprometa la presunción de legalidad que lo ampara.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la parte actora formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia a fin de que ésta sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, y para ello invocó las siguientes razones:

“Si bien es cierto la constitución y la ley predica esta circunstancia, también lo es que la ley es taxativa al discriminar cuales son aquellos cargos de libre nombramiento y remoción como así lo describe la demanda, y la administración no debe tomar atribuciones desdibujando el sentido de la norma como es el caso que nos ocupa, por cuanto El Señor Alcalde, incurrió en protuberante desviación de sus atribuciones al interpretar erróneamente el texto del artículo 41 literal A de la Ley 909 de 2004, debido a que en el acto de retiro no explicó de manera clara, detallada y precisa cuáles fueron las razones fácticas y jurídicas por las cuales se prescindió de los servicios del funcionario, por ende el AQUO debió haber declarado nulo el acto administrativo de retiro del demandante en cuestión, por cuanto su expedición del ACTO FUE EN FORMA IRREGULAR AL DESATENDER LOS MANDATOS NORMATIVOS POR ENDE SE CONFIGURA LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARECTER PARTICULAR Y CONCRETO. (...)
(...)

(...) contrario a lo indicado por el a-quo en la sentencia motivo de inconformidad, la resolución acusada, desconoce el artículo 2 de la constitución política, debido a que el sustento del acto de retiro no está acorde con los principios de igualdad, legalidad, publicidad y debido proceso, los cuales rigen la función pública.

De igual manera el acto acusado desconoce el artículo 29 y 209 de la Constitución Política, (...)

Señores Magistrados, que la Alcaldía Municipal de Ibagué, decidió declarar insubsistente el nombramiento provisional de mi poderdante basada en un

argumento que no tiene asidero fáctico ni jurídico, como quiera que los supuestos invocados por dicha entidad para emitir El Decreto 1000-0296 del 4 de mayo de 2017, expedida por el Señor Alcalde Del Municipio de Ibagué Tolima, no es real y únicamente se plasman en dicho acto administrativo para DISFRAZAR E INTENTAR DOTAR DE LEGALIDAD una situación absolutamente irregular en la cual, en uso del poder y atribuciones que como entidad y autoridad pública tiene, decide de manera caprichosa, subjetiva y arbitraria declarar insubsistente un nombramiento provisional, debía haber sido motivado, y no como lo proyectó el señor Alcalde, tal y como se evidencia en la prueba que para ello aportó.

Así las cosas y como se explicó en detalle en el aparte de los HECHOS de la demanda, el actuar irregular de la Alcaldía Municipal, no radica en que haya expedido la El Decreto 1000-0296 del 4 de mayo de 2017, expedida por el Señor Alcalde del Municipio de Ibagué Tolima, sino en que NO SE HIZO LA MOTIVACIÓN en dicha resolución, para declarar insubsistente el nombramiento de mi representado, es absolutamente FALSA pues el único argumento de tipo JURÍDICO que expone la entidad para declarar insubsistente el nombramiento de mi representado, sin motivación alguna, lo que conlleva la violación del debido proceso.

(...)

La ALCALDIA DE IBAGUE TOLIMA, con su errado proceder desconoció tanto el debido proceso que debe surtirse administrativamente para el ejercicio de las funciones públicas propias de los empleos de la Planta de Personal de la entidad, como para para reintegrar a un funcionario que se encuentra en una situación administrativa como la Comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción y en tal sentido para remover o declarar insubsistente un nombramiento de tipo provisional, vulnerando de manera evidente la garantía aplicable a toda actuación judicial y administrativa, contenida en el artículo 29 de la carta política.

Ya para finalizar debo insistir que de conformidad con las sentencias de Unificación del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, pues en este caso la administración omitió lo dicho por los altos tribunales, pues desconoció la sentencia SU 917 DE 2010 Y SU 556 DE 2014, en donde indicó que los servidores públicos vinculados en provisionalidad pueden ser desvinculados en cualquier momento mediante acto administrativo debidamente motivados, máxime también cuando el Consejo de Estado, ha sido enfático en señalar que aquellos servidores públicos vinculados en provisionalidad bajo la vigencia de la ley 909 de 2004, que para este caso, mi representado, se encontraba vinculado y bajo los parámetros establecidos en esta norma, pues hay clara DESVIACIÓN DE PODER, no sólo vulnerando el principio y derecho de igualdad reconocido por la Carta Política, sino las disposiciones relativas a la motivación del acto administrativo contenidas no sólo en la Ley 909 de 2004, sino en todas y cada una de las disposiciones jurisprudenciales anotadas a lo largo del presente escrito, a través de una decisión caprichosa, subjetiva y arbitraria y que no responde a la realidad ni a la verdad.

Con lo anterior señor Magistrado y como lo mencione anteriormente, lo que quiero hacer ver es como la ALCALDIA DE IBAGUE, CARECE de argumentos jurídicos para soportar su actuación, pues no sólo es más que evidente que ante situaciones exactamente iguales no actúa de manera uniforme, sino además que hace uso de su poder como entidad pública para plasmar motivos

FALSOS en un acto administrativo con el fin de DISFRAZARLO de legalidad y en tal sentido adoptar una decisión subjetiva, caprichosa y arbitraria, en desmedro de los derechos del administrado.

(...)

Así mismo, en el evento que la sentencia sea confirmada, solicito a ustedes señores magistrados, se revoque el numeral tercero y cuarto de la sentencia del 9 de junio de 2021 que condeno en costas a mí poderdante, pues su actuar fue de buena fe, en la interposición de la demanda, pues cree que sus derechos fueron vulnerados y como consecuencia de ello, tanto la constitución política como el ordenamiento legal, le da la posibilidad de acudir a la administración de justicia para reclamar sus derechos que considera fueron menoscabados.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el AQUO desconoce que en materia de costas se debe dar aplicación al criterio expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 1 de marzo de 2018 en donde se señala que el artículo 188 del CPACA “entrega al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP ; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas”.

(...)

Debo manifestar que el demandante es sujeto de especial protección por tratarse de un padre cabeza de familia; - no se probó la causación de las costas; y – la demanda se presentó el 17 de noviembre de 2017, en donde “se obró con la confianza legítima de entablar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.” (sic)

1.5. Trámite procesal de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación a través de auto del 15 de diciembre de 2021.

El **Ministerio Público** se abstuvo de intervenir en esta instancia procesal, según constancia secretarial obrante en el expediente electrónico².

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Le asiste competencia al Tribunal, para resolver el recurso de apelación interpuesto, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

Asimismo, esta Sala se ceñirá a lo preceptuado en el artículo 328 del Código General del Proceso, por remisión del artículo 306 del CPACA, en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.2. Procedibilidad del recurso de apelación

² Teams – expediente Tribunal – archivo 005-2017-00413-01.

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problema jurídico a resolver en segunda instancia

En atención a lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la legalidad del acto administrativo contenido en el Decreto 1000-0296 del 04 de mayo de 2017, expedido por el alcalde municipal de Ibagué, mediante el cual se declara la insubsistencia del nombramiento del señor Medardo Rojas Conde, en el cargo de Conductor, Código 480, Grado 03.

También, analizará si es viable la condena en costas en contra de la parte vencida.

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la sentencia de primera instancia porque no es cierto, como lo alegó la parte actora, que la administración se haya tomado la atribución de desdibujar el sentido de la norma para darle a un empleo el carácter de libre nombramiento y remoción cuando se trataba de un cargo de carrera, puesto que se acreditó que estaban dados cada uno de los presupuestos del artículo 5 numeral 2 literal b) de la Ley 909 de 2004, para que el empleo en que se desempeñaba el demandante se clasificara como de libre nombramiento y remoción. Tampoco probó que el acto demandado hubiera sido expedido con desviación de poder y falsa motivación, como lo alegó con la demanda y el recurso de alzada. Adicionalmente, no tiene vocación de prosperar el argumento del apelante para ser relevado de la condena en costas porque la imposición se ajusta a derecho, toda vez que se hizo en la sentencia y en contra de la parte que presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

2.4. Marco normativo

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, determina en sus artículos 3° y 5°:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

(...)”

“**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:

(...)

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 Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, **Alcalde** Mayor, Distrital, **Municipal** y Local.

(...)” (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo a las normas anteriores, serán de libre nombramiento y remoción los empleos que impliquen especial confianza con funciones de asesoría, **asistencial** o de apoyo, que presten directamente sus servicios a los despachos de Gobernadores, Alcaldes, Presidentes, Directores o Gerentes.

De acuerdo a lo acreditado en el acervo probatorio, el cargo que desempeñaba el aquí demandante era el de conductor que, de conformidad con el Decreto 785 de 2005³, corresponde al nivel asistencial. Veamos:

“**ARTÍCULO 20.** *Nivel Asistencial. El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:*

Cód.	Denominación del empleo
(...)	
480	Conductor

(...)”

En este orden de ideas, si el cargo de conductor está asignado directamente al despacho de algunos de los funcionarios descritos en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, será de libre nombramiento y remoción. De no ser así, entrará a la clasificación general de los empleos, es decir, será de carrera administrativa.

2.4.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción

En el artículo 125 de la Constitución Política se dispuso que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y dentro de las excepciones de esta se incluyeron los cargos de libre nombramiento y remoción.

En desarrollo del citado artículo de la Constitución Política, el legislador expidió la Ley 909 de 2004 con el propósito de regular el sistema de empleo público y en el artículo 1, se identificaron los siguientes:

a) Empleos públicos de carrera;

³ “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”

- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

Esta disposición se desarrolló con mayor detalle en el artículo 5 *ibídem* en el cual se enunciaron diferentes criterios para establecer un cargo como de libre nombramiento y remoción, que, en términos generales, corresponden al alto grado de confianza o a la naturaleza de funciones (directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional).

La Corte Constitucional⁴ estableció que bien sea por la alta confianza o por las especiales funciones, se justifica que exista un tratamiento distinto en la aplicación de los fueros de estabilidad respecto del que tienen los empleados de carrera, lo que se concretó en el texto del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2º, en dónde se estableció la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

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

Como se puede apreciar, el legislador previó una excepción a la regla general de motivación de los actos administrativos de remoción de los empleados que pertenecen a esta última categoría.

Es necesario precisar que el contenido de la disposición no equivale a una autorización del legislador para que la administración obre de manera arbitraria.

En ese sentido, esa facultad discrecional se debe ejercitar de acuerdo con criterios mínimos de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general,⁵ en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,⁶ el cual constituye un límite a la facultad discrecional de remoción.

2.4.2. Motivación de acto de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 003 de 8 de febrero de 2018, magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de agosto de 2015, expediente 1847-2012, magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ Artículo 44. Decisiones discrecionales. 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.

En principio todos los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben motivarse, sin embargo, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los **cargos de libre nombramiento y remoción**.⁷

Ahora bien, respecto, de la regla de no motivar el acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es preciso señalar que el Consejo de Estado la ha justificado en varias ocasiones, en el entendido de que la discrecionalidad para retirar a esta clase de funcionarios bien puede producirse por el nombramiento de otro empleado de confianza que reclama este tipo de cargos. En efecto, en sentencia del 08 de marzo de 2018⁸ se indicó:

“(...) Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

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

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. (...)” (Subrayas de la Sala).

Conforme a lo anterior, es claro que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no requieren de motivación, sin embargo, el ejercicio de dicha facultad exige unos límites que deben ser acatados por el nominador.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-686 de 2014.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16).

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

Como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia,⁹ la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

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

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

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

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

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

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado¹⁰ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Asimismo, el Consejo de Estado ha sostenido que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016, número interno 3685-2013.

¹⁰ Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3.215.182.

ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.¹¹

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

2.4.4. Sobre la desviación de poder

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

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado¹² ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, al respecto:

“(…) A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse¹³.

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16).

¹² *Ibidem*.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009).

la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. (...)”

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

Del análisis anterior, se concluye que la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, el Consejo de Estado¹⁴ ha sostenido lo siguiente:

“(...) demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. (...)”

De lo cual se concluye que en los casos donde se predica la desviación del poder, la carga de la prueba recae por regla general en la parte demandante como lo prevé el artículo 167 del Código General del Proceso.

2.4.5. Sobre la falsa motivación

El órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que la falsa motivación se configura cuando las razones invocadas en la fundamentación de un acto administrativo son contrarias a la realidad. Sobre el particular la jurisprudencia de la mentada Corporación indicó¹⁵:

“(...) Los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: (a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado (...)”

Así las cosas, el vicio de nulidad en comento se configura cuando se expresan los motivos de la decisión total o parcialmente, pero los argumentos expuestos no están acordes con la realidad fáctica y probatoria, lo que puede suceder en uno de tres eventos a saber: i) cuando los motivos determinantes de la decisión adoptada por

¹⁴ Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).

¹⁵ C.E. Sec. Segunda. Subsec. A. Sent. 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12), mar. 17/2016.

la administración se basaron en hechos que no se encontraban debidamente acreditados; ii) cuando habiéndose probado unos hechos, estos no son tenidos en consideración, los que habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta; y iii) por apreciación errónea de los hechos, “de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo”.

Adicionalmente ha dicho, en lo relativo a la revisión judicial de la falsa motivación de un acto administrativo, ha señalado que quien aduce que se ha presentado dicha causal “(...) *tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos (...)*”¹⁶.

2.4.6. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Por medio del Decreto 1.1-0655 del 14 de octubre de 2008 se ajustó el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la administración central de la Alcaldía de Ibagué.¹⁷ Este acto contempla la existencia de 14 cargos de Conductor, Código 480, Grado 03, adscritos a la dependencia del despacho del alcalde.
- A través del Decreto 11-0078 del 09 de febrero de 2009, se nombró al aquí demandante, señor Medardo Rojas Conde, en el cargo de Conductor, Código 480, Grado 03, adscrito al despacho del alcalde para prestar servicios en la Secretaría de Cultura, Turismo y Comercio.¹⁸
- El acto antepuesto indica que el nombramiento se efectúa en virtud a la creación de 10 nuevos cargos de Conductor, Código 480, Grado 03, a través de los Decreto 1.1-0655 del 14 de octubre de 2008 y 1.1-0749 del 27 de noviembre de 2008.¹⁹
- El señor Medardo Rojas Conde tomó posesión del referido cargo el 10 de febrero de 2009, como se desprende del acta respectiva.²⁰
- Por medio del Decreto 1000-0296 del 04 de mayo de 2017, suscrito por el alcalde de Ibagué, se declara insubsistente al señor Medardo Rojas Conde en el cargo de Conductor, Código 480, Grado 03, a partir de la fecha.²¹ Este acto se notificó personalmente el 08 de mayo de igual año.²²

2.5. Caso concreto

La primera discusión que plantea la parte actora radica en que el cargo de conductor que ejercía el accionante en la entidad demandada no era de libre

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 1999, expediente: 3.443, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁷ Expediente electrónico: Teams – Expediente Juzgado – 01CD-FOLIO-103 – Archivo Folio_103_DECRETO 1.1.-774 del 04-12-2008.

¹⁸ Expediente electrónico: Teams – Expediente Juzgado – Archivo 06CuadernoPrincipal – página 13.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Expediente electrónico: Teams – Expediente Juzgado – Archivo 06CuadernoPrincipal – página 153.

²¹ Expediente electrónico: Teams – Expediente Juzgado – Archivo 06CuadernoPrincipal – página 155.

²² Expediente electrónico: Teams – Expediente Juzgado – Archivo 06CuadernoPrincipal – página 157.

nombramiento y remoción, sino que se trataba de un empleo de carrera administrativa.

Para dilucidar lo antepuesto ha de reiterarse que la Ley 909 de 2004²³, aplicable, entre otros, a los empleados públicos de las entidades del nivel territorial (art. 3), en la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción contempló a aquellos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato, en este caso, del alcalde, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a su despacho (art. 5).

Ahora, de conformidad con el Decreto 785 de 2005²⁴, dentro de los empleos del nivel asistencial se encuentra el de conductor (art. 20), y según lo indica el acto de nombramiento del demandante, su vinculación con el municipio de Ibagué fue para el ejercicio del cargo de Conductor, Código 480, Grado 03, adscrito al despacho del alcalde.²⁵

En este orden de ideas, en criterio de la Sala, como el cargo de conductor que desempeñaba el demandante, es un cargo asistencial, y está asignado directamente al despacho del alcalde, en efecto, como lo concluyó el *a quo*, es de libre nombramiento y remoción. Además, en el Decreto 1.1-0655 del 14 de octubre de 2008, por medio del cual se ajustó el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la administración central de la Alcaldía de Ibagué, se contempla la existencia de 14 cargos de Conductor, Código 480, Grado 03, adscritos a la dependencia del despacho del alcalde, y el nombramiento del actor se efectuó con sustento en esta norma, así que corrobora que el mentado cargo, fuera de ser asistencial, estaba al servicio directo e inmediato del alcalde, y se encontraba adscrito a su despacho.

De este modo queda sin sustento el cargo de la apelación, en que la parte actora aduce que el alcalde se tomó la atribución de desdibujar el sentido de la norma y le dio a un empleo el carácter de libre nombramiento y remoción cuando se trataba de un cargo de carrera, lo cual no es cierto, pues se acreditó que están dados cada uno de los presupuestos del artículo 5 numeral 2 literal b) de la Ley 909 de 2004, para clasificarse como de libre nombramiento y remoción.

También señaló la apoderada del demandante que el acto acusado fue expedido *“sin que mediara ni siquiera ni un llamado de atención, es decir que para ello no tuvo en cuenta la evaluación y competencias, solamente se limitó a vincular una persona particular inclusive ajena a la administración, de la cual previamente se había acordado pues se hizo casi en forma simultánea”* (sic). Adicionalmente en este punto dijo que se denotaba claramente que el alcalde de Ibagué lo declaró insubsistente sin contar con facultades para reestructurar o modernizar la administración municipal y sin estudiar los perfiles de los funcionarios requeridos, ni una evaluación de los funcionarios que declaró insubsistentes.

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶, la hoja de vida sin llamados

²³ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

²⁴ *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”*

²⁵ Expediente electrónico: Teams – Expediente Juzgado – 01CD-FOLIO-103 – Archivo Folio_103_DECRETO 1.1.-774 del 04-12-2008.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, sentencia del doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017), radicación número: 76001-23-33-000-2013-00358-01(0106-15), actor: Santiago Arboleda Quiñonez.

de atención en el ejercicio del cargo no es prueba suficiente para demostrar el desbordamiento en el ejercicio de la potestad discrecional, y aquí el demandante no aportó prueba adicional de las cuales se pueda deducir la desviación de poder alegada.

El argumento de la parte recurrente respecto a que no se tuvo en cuenta el resultado de la evaluación de competencias es una afirmación sin sustento alguno, y que no es propia del tipo de vinculación de que gozaba el demandante, pero se infiere que lo que aduce es que la administración no observó el buen desempeño en el cargo, como lo declararon los testigos que comparecieron al proceso, esto es, Gloria Constanza Hoyos Trujillo, Abel de Jesús Castaño Torres y Juan Carlos Reyes Palma, quienes coincidieron precisamente en que aquel cumplía a cabalidad sus funciones, que era responsable y muy respetuoso.

Pues bien, el hecho de que el demandante atendiera sus deberes y observara buena conducta, no le otorgaba fuero de estabilidad en el empleo, de modo que no era óbice para que el nominador ejerciera la potestad de libre remoción del cargo. Esto, en atención a que es deber de todo servidor público *«Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial»*, como lo consagran los artículos 34 (numeral 2) del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) y 209 de la Constitución Política, este último según el cual la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, celeridad e imparcialidad, entre otros.

En lo concerniente a la idoneidad y buen desempeño de los empleados de libre nombramiento, el Consejo de Estado²⁷ ha dicho:

*“Tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del actor de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas **no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.***

[...]

En el caso concreto, [...] se observa que, no obstante advertirse un buen desempeño en sus funciones debe decirse, de una parte, que ello no otorga per se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan elementos de juicio que permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio. (Se resalta)

Entonces, que el demandante atendiera sus deberes y observara buena conducta tampoco son prueba de la alegada desviación de poder. Adicionalmente, tampoco hay pruebas o indicios de que la decisión discrecional de insubsistencia del nombramiento del actor tuviera origen en móviles políticos o burocráticos, como se deduce de la afirmación de que su reemplazo venía de fuera de la administración, toda vez que no basta con las simples aseveraciones, se deben aportar al proceso

²⁷ Sección segunda, subsección B, fallo de 20 de marzo de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-03004-01 (357-12), C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

las pruebas para demostrar dicha situación.

Además, como ya quedó visto en esta providencia, en el acápite de hechos probados, el actor ingresó al ente territorial demandado a ocupar un empleo de libre nombramiento y remoción, por lo que su vinculación podía darse por terminado en cualquier momento, sin necesidad de motivar el acto de insubsistencia, como lo dispone el inciso segundo del parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que reza:

“La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.” (Resaltado y negrilla de la Sala)

Corolario queda desvirtuado que la entidad demandada, *“tenía la obligación de indicar las razones de servicio que llevaron a la expedición del acto de insubsistencia ...”*²⁸.

Lo anterior sin desconocimiento de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto a que, en todo caso, la discrecionalidad de la remoción en el empleo sin acto motivado está limitada a los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto lo que se presume es que estos actos de retiro están fundados en razones del buen servicio en los términos del artículo 44 del CPACA, presunción legal que para poder ser desvirtuada se requiere de la carga de la prueba de quien la promueve en este caso de la parte demandante. Así, se encuentra pertinente transcribir el siguiente aparte jurisprudencial²⁹:

*“El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio”*³⁰.

*Sin embargo es pertinente afirmar por parte de la Sala, que demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la **convicción plena** de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.*

(...)

Lo anterior se sustenta, en que el afectado tiene la carga de probar de manera fehaciente, que los motivos que desencadenaron su retiro son ajenos al interés general y al buen servicio, y que en realidad desborda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a funcionarios que no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

(...)

²⁸ Cargo formulado en el recurso de apelación por la parte actora.

²⁹ Consejo de Estado, sentencia del 23 de febrero de 2011 radicación número 170012331000200301141202 (0734-10) M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³⁰ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.*

De acuerdo con lo expuesto, la situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues, respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.” (Resaltado fuera del texto)

Respecto de la causal de desviación de poder en cargos de libre nombramiento y remoción, la misma Corporación en comentario señaló³¹:

“Esta causal se configura cuando el nominador dicta un acto que está dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley y se ajusta en sus términos a las normas superiores; sin embargo, al proferirlo, se tienen en cuenta motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder, es decir, contrarios al buen servicio público a cargo de la entidad que representa. La desviación de poder se presenta, entonces, cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley.”

Por lo tanto, es infundado que el demandante alegue como causal de nulidad del acto acusado la inobservancia de adelantarse todo un proceso de reestructuración administrativa para su remoción en el empleo, en que se estudiara y se tuviera en cuenta su perfil profesional, pues la entidad demandada no lo retiró por supresión del cargo, sino que lo hizo amparada en la competencia de declarar la insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, como era su caso.

Ahora, como quiera que el acto que se demanda no expuso motivos para la insubsistencia en razón a que se expidió en uso de la facultad discrecional del nominador para desvincular a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, según lo expresado por el Consejo de Estado³², se infiere que la decisión obedeció a motivos de mejoramiento del servicio.

Respecto a la falsa motivación del acto porque obedeció a razones ajenas al mejoramiento del servicio por las calidades con que se ejerció el empleo por parte del aquí demandante, se insiste que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en el sentido de que las condiciones profesionales y el correcto desempeño de la función no le dan al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, puesto que aquellas son calidades exigibles de cualquier persona que preste un servicio público.

Otra disparidad con el fallo apelado es la condena en costas en contra de la parte vencida en primera instancia.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

En sentencia proferida el 1 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-

³¹ Sentencia del 7 de noviembre de 2019 radicación número 76001-23-31-000-2011-01138-01 (4852-14) M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

³² Ver entre otras sentencias del 11 de febrero de 2021, radicación 41001-23-31-000-2002-00348-01 (3919-2015); 28 de enero de 2021, radicación 08001-23-33-000-2013-00801-01 (3437-2016); 8 de octubre de 2020, radicación 25000-23-42-000-2013-02283-01 (0093-2017); entre otras.

23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la demandante, lo cual resulta razonable puesto que la parte contraria debió desplegar defensa técnica para oponerse al reconocimiento de un derecho subjetivo, con manifiesta carencia de sustento para su concesión.

Entonces, se advierte que la decisión sobre la condena en costas proferida en primera instancia se ajustó a derecho, toda vez que la imposición de las mismas se hizo en sentencia y en contra de la parte que presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento para accionar.

Por lo antepuesto, no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

2.6. Decisión de segunda instancia

En razón a que no prosperaron los cargos del recurso de apelación se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 09 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2.7. Condena en costas

No se condenará a la parte recurrente en costas de segunda instancia, toda vez que, aunque el recurso de apelación le fue desfavorable, se advierte que la parte demandada no ejerció actuación alguna en esta instancia, ni se observa que se hayan causado.

2.8. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia comuníquese la decisión al Juzgado de origen para lo de su competencia, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

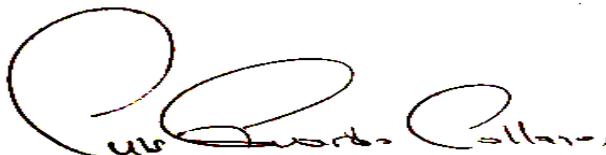
Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA