

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER MAGISTRADO PONENTE: Dr. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Bucaramanga, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GERARDO HERNANDEZ BARAJAS
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA
RADICADO	680013333013 – 2016 – 00191 – 01
ASUNTO	INSUBSISTENCIA / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / NATURALEZA DEL EMPLEO / COMANDANTE
CANALES DIGITALES DE NOTIFICACIÓN	soniaolivella@hotmail.com notificacionesjudiciales@transitobucaramanga.gov.co abogadofredymayorga@gmail.com ifprada@procuraduria.gov.co

Se decide el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga.

I. LA DEMANDA.

1. PRETENSIONES

PRIMERA. Declarar la nulidad de la Resolución No 00141 del 30 de marzo de 2016 mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento del actor, y el numeral primero de la Resolución No 142 de la misma fecha que corrige el acto anterior.

SEGUNDA. A título de restablecimiento del derecho ordenar a la DIRECCIÓN DE TRANSITO DE BUCARAMANGA reintegrar al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS a un cargo igual o de superior jerarquía del que fue desvinculado, con el pago de todos los derechos salariales y prestacionales a que tiene derecho desde el retiro del servicio y hasta el efectivo reintegro.

TECERO. Condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales y daño a la vida de relación causados al actor, y que se considere que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad.

2. HECHOS.

Se indica en la demanda que para el momento en que fue expedida la Resolución de insubsistencia, al demandante le había sido reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución No 10745945 del 12 de junio de 2015, expedida por COLPENSIONES, situación que había sido puesta en conocimiento del Director de Tránsito de Bucaramanga mediante oficio del 13 de junio siguiente.

Explica que el acto de reconocimiento pensional prevé que el derecho del actor se concretó el 22 de mayo de 2012, momento para el cual cumplió los requisitos de tiempo de servicios y edad, y además, se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100, siendo claro entonces que el retiro del servicio incide en su situación pensional ante la posibilidad de incremento por salarios devengados con posterioridad.

Agrega que la situación particular del actor también se encuentra regida por el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 – condiciones del retiro – en cuanto a la posibilidad de

permanecer vinculado a efectos de mejorar el quantum pensional por aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

De otro lado, indica que la Ley 1310 del 26 de junio de 2009, unifica las normas sobre agentes de tránsito y transporte, así como los grupos de control vía, y en el artículo 6 – jerarquía - indica que el cargo de Comandante de Tránsito es de nivel profesional y, por ende, de carrera administrativa al amparo de la Ley 909 de 2004.

Agrega que desde la expedición del Decreto 1083 de 2015 el cargo desempeñado por el actor (Comandante de Tránsito) tiene el carácter de provisional y, por ende, el acto administrativo de desvinculación debe contar con la debida motivación, sin embargo, este mandato fue obviado por la entidad demandada.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Constitucionales. Artículos 1, 2, 6, 25, 48, 53, 125, 209, 48 y 53.

Legales. Leyes 1437 de 2011, Ley 100 de 1993.

Concepto de violación. La parte actora considera que es procedente declarar la nulidad de los actos acusados, con fundamento en lo siguientes cargos.

- **Expedición de los actos con infracción de las normas superiores en que debían fundarse.** Indica que con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante no se persiguieron las razones del buen servicio, pues la formación y experiencia del actor le permitían cumplir a cabalidad con las funciones del cargo – que desempeñó por más de 37 años -.

Con el oficio del 13 de junio de 2015, el actor informó a su nominador acerca del reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, y además, su deseo de continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso para mejorar su monto pensional, dado que se encontraba bajo el amparo del artículo 150 de la Ley 100 de 1993 que regula las condiciones del retiro del servicio y permite al funcionario permanecer en el cargo para mejorar el quantum de su pensión.

Así considera, que el acto de insubsistencia es nulo pues la entidad debió permitir la continuidad del actor hasta la edad de retiro forzoso.

- **Falsa motivación.** Explica que el cargo ocupado por el demandante es COMANDANTE CODIGO 290 GRADO 01 NIVEL PROFESIONAL, cargo de carrera y que desempeñaba en provisionalidad de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1310 de 2009 – artículo 6 – en armonía con el artículo 2.2.5.3.3. que regula la provisión de vacantes temporales en empleos de carrera administrativa del Decreto 1083 de 2015, y en consonancia con la Ley 909 de 2004.

Pese a esto, el acto que declara insubsistente el nombramiento del demandante no cuenta con motivación alguna, alegando que el cargo que venía desempeñando es de libre nombramiento y remoción.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que los actos demandados gozan de presunción de legalidad y esta no fue desvirtuada por la parte actora, no solo por ser el cargo de libre nombramiento y remoción, sino también porque no se probó que la desvinculación del actor hubiese desmejorado el servicio.

Explica que la Ley 1310 de 2009 regula la organización interna del grupo de control vial y prevé que la profesión de Agente de Tránsito pertenece a la carrera administrativa en el nivel técnico y además comprende los siguientes grados i) COMANDANTE GRADO 209 GRADO 1, que quedó establecido en el nivel profesional; ii) SUBCOMANDANTE DE TRANSITO; iii) TECNICO OPERATIVO DE TRÁNSITO que son del nivel técnico.

Asegura que el cargo denominado COMANDANTE GRADO 209 CODIGO 1, que ocupaba el demandante es de libre nombramiento y remoción y en esta medida no se requiere motivación para declarar la insubsistencia.

Frente a los dos cargos de nulidad expuestos en la demanda, el apoderado de la entidad indica:

- La Resolución No 062 del 21 de febrero de 2011, que contiene el manual de funciones y requisitos señala que el cargo de COMANDANTE CODIGO 290 de la DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA, es un empleo de confianza adscrito a la Dirección General, y además, se la asigna funciones de orientador de políticas institucionales.
- La Ley 1310 de 2009 clasifica el cargo de COMANDANTE en el nivel profesional e hizo una distinción con los demás cargos que fueron ubicados en el nivel técnico de carrera administrativa, además, el manual de funciones soporta la naturaleza del cargo (libre nombramiento y remoción) dado que i) tiene funciones de dirección, conducción y orientación institucional; ii) el empleo implica una especial confianza por tener asignadas funciones de asesoría institucional y estar al servicio inmediato del Director de la entidad.
- Cuenta con la función de lleva el control del parque automotor lo que implican manejo directo y administración de bienes públicos.
- La naturaleza del empleo fue conocida por el accionante desde el momento que en fue nombrado y tomó posesión.
- El nominador cuenta con facultad discrecional para retirar del servicio sin motivación a los funcionarios que se desempeñen en cargos de libre nombramiento y remoción.
- El que el actor haya informad al nominador el reconocimiento de su derecho pensional no cercena de ninguna forma la facultad discrecional que tiene sobre los empleos de libre nombramiento y remoción.
- Aceptar que el demandante no podía ser desvinculado del cargo amparado den el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, crearía una subregla en cuanto a la limitación de la facultad discrecional.

III. LA SENTENCIA APELADA

En sentencia proferida el 18 de junio de 2018 el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga resolvió **i)** declarar la nulidad de los actos acusados; **ii)** condenar a la DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA a "reconocer y pagar al señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS, a título de indemnización, las sumas equivalentes a seis (6) meses de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, alas que deberán descontarse las sumas percibidas por éste por concepto de la pensión reconocida por COLPENSIONES durante el mismo lapso de seis (6) meses..."; **iii)** dispuso que las sumas reconocidas deben ser indexadas; **iv)** condenó en costas a la entidad demandada y; **iv)** negó las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión expuso el A quo:

i) Abordó lo correspondiente a la naturaleza del cargo del que fue desvinculado el demandante, y explicó que la entidad demandada realiza una lectura fuera de contexto del artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, que pareciera limitar a los agentes nivel técnico como empleos de carrera administrativa, y precisó que lo pertinente es una interpretación sistemática de la mencionada Ley, la Ley 904 de 2004 y el Decreto 785 de 2005.

Continuó indicando que conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, el cargo de COMANDANTE DE TRÁNSITO corresponde al nivel profesional y ocupa la mayor jerarquía dentro de los grupos de control vial, sin embargo, esta jerarquía no es suficiente para afirmar que se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, además, éste no se encuentra dentro de los enlistados en el artículo 5 de la Ley 904 de 2004.

Señaló que el artículo 4.3. de la Ley 785 de 2005 indica que los empleos del nivel profesional son aquellos que demandan la ejecución de aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, y estas funciones corresponden a un tipo de funciones de ejecución y coordinación, pero no coinciden con las previstas en la Ley 909 de 2004 como de manejo y confianza para los empleos de libre nombramiento y remoción.

Indicó que “al encontrarse las funciones y niveles jerárquicos de los empleos públicos establecidos por la Ley, ningún acto administrativo por medio del cual se adopte un manual de funciones puede desconocerlas o contradecirlas. En ese sentido, necesariamente debe concluirse, de acuerdo a la interpretación de las normas señaladas, que el cargo de Comandante de Tránsito Código 290, Grado 1, Nivel Profesional corresponde a un empleo de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción...”.

ii) A continuación abordó el estudio del cargo de falsa motivación, y precisó que se conformidad con la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y Corte Constitucional, el acto que desvincula del servicio a un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe estar debidamente motivado.

Señaló que si bien la Resolución No 141 de 2016 (acto demandado) cuenta con “ciertos argumentos” debe tenerse en cuenta que la motivación del acto implica una exposición suficiente de razones y no simplemente un resumen de normas que pretenden sustentar la decisión.

Con base en lo anterior, consideró que el cargo de falsa motivación tiene vocación de prosperar.

iii) En relación con el cargo de infracción de las normas superiores en las que debía fundarse, indicó que en el expediente reposa la Resolución No GNR 173735 del 12 de junio de 2015 mediante la cual se reconoce al demandante la pensión de vejez, con amparo en la Ley 33 de 1985 por encontrarse cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Precisó que de conformidad con el artículo 150 de esta última norma, el demandante tenía derecho a permanecer en el cargo con el fin de buscar la reliquidación del ingreso base de la pensión hasta cumplir la edad de retiro forzoso. Agregó que el párrafo de artículo no podrá obligarse a ningún funcionario a retirarse del cargo por el hecho de haber adquirido su derecho pensional si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.

Consideró que lo anterior es suficiente para afirmar que la declaratoria de insubsistencia

del actor desconoció en efecto las normas en que debía fundarse y por tanto decidió que este cargo también tiene vocación de prosperidad.

iv) En cuanto al **restablecimiento del derecho** el A quo expuso:

- Si bien se declara la nulidad del acto de insubsistencia, se tiene que el actor ya cumplió la edad de retiro forzoso (70 años), ya partir esto apoyado en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, consideró que no es procedente ordenar el reintegro al cargo del que fue desvinculado o a uno de mayor jerarquía.
- Aplicó los parámetros previstos en la sentencia SU 556 de 2014 para establecer la indemnización del daño, que corresponde a un parámetro de 6 meses (duración del nombramiento en provisionalidad conforme a la Ley 906 de 2004), y sin pasar de 24 meses.
- Explicó que aunque los ingresos de pensión no son estrictamente laborales, deben tomarse en cuenta para los términos del cálculo pues si bien la inclusión en nómina de pensiones deviene de la declaratoria de insubsistencia, lo cierto es que los recursos con que se cancela la pensión provienen del tesoro público y ninguna persona puede recibir doble asignación de éste, e implican recursos de sostenimiento de la persona.

IV. LA APELACIÓN

La **parte demandante** solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, concretamente los numerales segundo (2º) y quinto (5º) de la parte resolutive, exponiendo los siguientes argumentos:

i) Indica que la Ley 1821 de 2016 derogó el artículo 31 del Decreto 2400 de 1986, el Decreto 1950 de 1973 que contenían una cláusula general de prohibición de reintegro al servicio público cuando el beneficiario de la decisión se encuentra gozando de pensión de vejez, salvo que se trate de los empleos del artículo 2 del Decreto 2400.

ii) El pensionado reincorporado al servicio no podrá mientras dure el ejercicio de sus funciones inherentes al respectivo empleo recibir la asignación pensional correspondiente sino aquella derivada del empleo que desempeña, en virtud de la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política.

iii) Afirma que el actor no ha llegado a la edad de retiro forzoso y que por ende es procedente ordenar el reintegro a la función pública, además, considera que es jurídicamente viable solicitar la suspensión de la pensión para reintegrarse al servicio público.

iv) Indica que la prohibición de reintegro contenida en las normas antes citadas, quedó derogada con la entrada en vigencia del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia "el reintegro del empleado retirado con derecho a pensión, puede hacerse sin restricción, para el desempeño de cualquier empleo público de la rama ejecutiva, siempre y cuando no haya llegado a la edad de retiro forzoso, fijada en 70 años", y siempre que se solicite la suspensión de su pensión.

v) Considera que la decisión de los numerales segundo (2º) y quinto (5º) de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, desconoce la naturaleza misma del régimen de transición y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que ha tratado la posibilidad de mejoramiento del monto de la pensión a través de la permanencia en el servicio publico hasta llegar a la edad de retiro forzoso.

El apoderado de la **parte demandada** solicita que se revoque en su totalidad la sentencia apelada para en su lugar negar las pretensiones, con fundamento en lo siguiente:

i) De conformidad con lo dispuesto en artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, el manual de funciones y la Ley 909 de 2004, el cargo que ocupaba el demandante es de libre nombramiento y remoción.

Agrega que de esta forma se hizo el nombramiento del actor y por ende, era posible desvincularlo con fundamento en la facultad discrecional del nominador.

ii) Indica que la parte actora tiene le carga de probar la falsa motivación a efectos de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, lo que no ocurrió en el presente asunto, además, las calidades con las que cuenta el actor para desempeñar el cargo no le generan fueron de estabilidad alguno ni limita la facultad discrecional

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto del 7 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra de la sentencia de primera instancia y mediante proveído de fecha 1 de agosto de 2019 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto de fondo respectivamente.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante y demandada. Reiteran los argumentos expuestos en primera instancia.

Ministerio Público. No presentó escrito relacionado.

CUESTIÓN PREVIA

El 13 de mayo de 2021 se sometió el presente proceso a estudio de Sala de Decisión a través de la herramienta Microsoft Teams, para la aprobación del respectivo proyecto de sentencia.

El 14 de mayo de 2020 la H. Magistrada Dra. Solange Blanco Villamizar manifestó a través de Microsoft Teams hallarse incurso en la causal de impedimento del artículo 141.1 del CGP¹. Conforme a lo expuesto y por encontrar merito en lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 131 del CPACA², los restantes miembros de la Sala de Decisión declararan fundado el impedimento y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

VII. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO. Teniendo en cuenta los argumentos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad de **i)** la Resolución

¹ "...por ser mi cónyuge, actualmente asesor de la DTB y pudiera pensarse tener algún interés indirecto en el proceso".

² ARTÍCULO 131. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:

3. Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará **y sólo cuando se afecte el quórum decisorio se ordenará sorteo de conijuez.**

No 018 del 4 de enero de 2016 mediante la cual se declara insubsistente a la demandante; **ii)** del Decreto 004 del 4 de enero de 2016 mediante el cual se modifica el decreto 182 de 2015 (manual específico de funciones) y; **iii)** del Decreto 0075 de 2016 mediante el cual se establece la planta global de la Alcaldía del Municipio de Girón.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1. La carrera administrativa y la provisión de los empleos públicos.

La Constitución Política en su artículo 125, estatuye la carrera administrativa de los servidores públicos determinando las clases de empleos públicos, siendo la regla, los empleos de carrera y exceptuándose los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, al igual que 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.

Al respecto, la Ley 909 de 2004³ establece la forma de ingreso y ascenso al empleo público y en el artículo 23 determina las clases de nombramientos en ordinarios, en periodo de prueba y en ascenso. Para el caso de los cargos de carrera, el nombramiento se debe hacer en periodo de prueba y en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de la ley en cita.

2. Empleos de libre nombramiento y remoción. Ingreso y retiro del servicio.

El artículo 5 de la Ley 909 de 2004, dispone lo siguiente:

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

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

(...)

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

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente...”

Se entiende de la norma transcrita, que son empleos de libre nombramiento y remoción, los empleos que implican especial confianza, que tengan asignadas, entre otras, funciones asistenciales y que estén al servicio directo e inmediato del Director de la entidad, siempre y cuando el empleo se encuentre adscrito al respectivo Despacho.

³ «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»

Ahora, el artículo 41 de la mencionada norma, regula las causales del retiro del servicio de los empleados que se encuentren en cargos de libre nombramiento y remoción, y en el literal a) dispone “por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción”. El parágrafo 2 del artículo 41, señala que “la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado...”

En sentencia de fecha **22 de noviembre de 2018**⁴ la Sección Segunda Subsección A del Honorable Consejo de Estado, recordó que en sentencia del 29 de febrero de 2016⁵, la Corporación había señalado que si bien la regla general es el ingreso a través del sistema de carrera administrativa, existen 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”, y en consecuencia, personas que no han superado el proceso meritario ingresan al servicio público desempeñar empleos que requieren el más alto grado de confianza para su desempeño, y es precisamente el grado de confianza el que permite al nominador disponer libremente de su provisión y retiro, “incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión”.

Se precisó en la mencionada providencia que “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”, lo que encuentra fundamento en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

No obstante, en la misma providencia se precisó que si bien la remoción de estos empleos no requiere motivación, la regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, dado que la discrecionalidad corresponde a un poder en el derecho y conforma a derecho que implica que su ejercicio se encuentra dentro de límites justos y ponderados.

Al respecto, la citada providencia del **22 de noviembre de 2018** señaló:

“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 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.

En igual sentido, la Subsección 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 ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

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».

⁴ Radicación número: 25001-23-42-000-2015-01406-01(5037-16)

⁵ Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Número interno 3685-2013.

En Sentencia del **21 de febrero de 2019**⁶ el Órgano de Cierre de esta Jurisdicción precisó:

“No obstante lo anterior, se debe aclarar que aun cuando el ejercicio de la facultad de libre remoción que tiene el nominador en estos casos es discrecional y no requiere motivación, existen unos límites constitucionales a esta facultad⁷, la cual debe sujetarse a parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, que se ven materializados en los siguientes criterios: 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.

En ese orden de ideas, «los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.»⁸

En la misma providencia, el Alto Tribunal resaltó que el desempeño de sus funciones por en forma idónea, competente y responsable por parte de un empleado de libre nombramiento y remoción, no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio en forma indefinida, pues esto generaría un fuero de estabilidad especial que no es propio de esta clase de nombramientos, y además, “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 ejerza”.

De otro lado, precisó que “la facultad discrecional del nominador no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público de libre nombramiento y remoción, ni por la iniciación de un proceso disciplinario interno o externo, y por tanto, el acto de remoción en esas circunstancias, en sí mismo, no adquiere carácter sancionador, pues la facultad discrecional es autónoma e independiente de la potestad disciplinaria, es decir, no pende de ésta para nada. De ahí que, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado, porque así no está dispuesto en el marco legal, ni así lo ha considerado el desarrollo jurisprudencial, y por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa”.

3. Agentes de tránsito.

El artículo 6 de la Ley 1310 de 2009⁹, dispone lo siguiente:

“Artículo 6°. Jerarquía. Es la organización interna del grupo de control vial que determina el mando en forma ascendente o descendente. La jerarquía al interior de estos cuerpos para efectos de su organización, nivel jerárquico del empleo en carrera administrativa, denominación del empleo, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en esta ley, será lo determinado en el presente artículo.

La profesión de agente de tránsito por realizar funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología como policía judicial,

⁶ Radicación número: 20001-23-33 000-2013-00189-02(0881-17)

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2012. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07).

⁹ Mediante la cual se unifican normas sobre agentes de tránsito y transporte y grupos de control vial de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.

pertenecerá en carrera administrativa al nivel técnico y comprenderá los siguientes grados en escala descendente:

CODIGO	DENOMINACION	NIVEL
290	Comandante de Tránsito	Profesional
338	Subcomandante de Tránsito	Técnico
339	Técnico Operativo de Tránsito	Técnico
340	Agentes de Tránsito	Técnico

IX. CASO EN CONCRETO

1. Hechos probados.

1.1. Mediante la Resolución No 141 del 29 de marzo de 2016 – folio 8 a 9 - el Director de Tránsito de Bucaramanga resolvió declarar insubsistente el nombramiento del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS en el cargo de COMANDANTE CÓDIGO 290 GRADO 01 NIVEL PROFESIONAL, de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

Examinada la motivación del acto, se observa que se hizo alusión i) al artículo 125 de la Constitución Política; ii) la potestad discrecional del nominador sobre los empleos de libre nombramiento y remoción; iii) la clasificación de los empleos de la entidad mediante la Resolución No 061 del 21 de febrero de 2011.

1.2. A folios 120 a 125 reposa copia de la Resolución No 061 del 21 de febrero de 2011, mediante la cual se efectúan unas incorporaciones, incluido el demandante en el cargo de COMANDANTE DE TRÁNSITO CODIGO 290 GRADO 01 NIVEL PROFESIONAL.

1.3. Con la Resolución No GNR 173735 del 12 de junio de 2015 – folios 12 a 19 -, COLPENSIONES reconoció al demandante la pensión de vejez condicionada al retiro del servicio; determinación que fue comunicada al Director de Tránsito con el oficio del 13 de julio de 2015 – folio 21 -.

Con la Resolución No GRN 111534 del 21 de abril de 2016, se ordenó el ingreso del actor a la nómina de pensionados – folios 143 a 170 -.

1.4. Mediante la Resolución No 062 de 2011 – folios 24 a 30 – se modifica la Resolución No 406 de 2007 para los empleos de la planta de personal de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, y en cuanto al cargo que desempeñaba el demandante contiene lo siguiente:

NIVEL	PROFESIONAL
DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	COMANDANTE
CODIGO	290
GRADO	01
NUMERO DE CARGOS	1
DEPENDENCIA	DIRECTOR GENERAL
JEFE INMEDIATO	DIRECCIÓN GENERAL ENTIDAD DESCENTRALIZADA

Funciones esenciales.

- Ejecutar la supervisión directa del Grupo de Control Vial.
- Planear y organizar las labores a realizar por el Subcomandante de Tránsito, los técnicos operativos y los agentes de tránsito.
- Coordinar con el Subcomandante de Tránsito la logística de radiocomunicación y

de transporte para una atención oportuna de las contingencias y demás servicios de control vial.

- Implementar medidas preventivas y correctivas necesarias, de acuerdo el informe presentado por el Subcomandante de tránsito, de las novedades consignadas en el libro respectivo.
- Transmitir al personal a su cargo las disposiciones y órdenes emanadas de la Dirección General al igual que las normas, decretos y leyes.
- Coordinar con el Grupo de Talento Humano la formación y capacitación de los funcionarios que conforman el Grupo de Control Vial.
- Llevar el control estadístico de todas las actividades que se desarrollan en el Grupo de Control Vial.
- Controlar y autorizar compensatorios a los funcionarios del Grupo de Control Vial
- Controlar la recepción, grabación y en el sistema y traslado físico a las inspecciones de los comparendos que imponga el Grupo de Control Vial.
- Llevar el respectivo control del parque automotor de la entidad y velar por su correcto funcionamiento.
- Asistir a las reuniones programadas por diferentes entidades municipales para dar solución a los problemas de movilidad de la ciudad o atender alguna eventualidad.
- Dar respuesta a los requerimientos de información provenientes de la oficina jurídica, así como a las solicitudes de la comunidad.
- Asistir a reuniones internas programadas por la entidad y en caso de requerirse a las reuniones que programe el sindicato.
- Conocer, fomentar implementar, mantener y revisar el sistema de gestión de calidad de la entidad.

1.5. Mediante oficio del 11 de julio de 2017 - folios 170 a 173 -, le Departamento Administrativo de la Función Pública respondió al oficio emanado por el Despacho de primera instancia en virtud del decreto oficioso de pruebas, que las entidades que cuenten con los cargos de COMANDANTES DE TRÁNSITO o que necesiten crearlos en su planta de personal, deben ajustar estas a de conformidad con la nomenclatura y clasificación definida en el artículo 6 de la Ley 1310 de 2009, y en consecuencia, estos empleos corresponden a carrera administrativa.

1.6. La Comisión Nacional del Servicio Civil – folio 197 – informó que la DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA no ha reportado el cargo COMANDANTE DE TRÁNSITO CODIGO 290 GRADO 01 NIVEL PROFESIONAL para ninguna convocatoria de concurso de méritos.

2. Conclusiones.

2.1. Naturaleza del cargo del demandante.

2.1.2. Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 2 literal b) de la Ley 909 de 2004, son empleos de libre nombramiento y remoción, los que implican especial confianza, que tengan asignadas, funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo y que **estén al servicio directo e inmediato del Director de la entidad**, siempre y cuando el empleo se encuentre adscrito al respectivo Despacho.

2.1.2. Con las pruebas que reposan en el expediente encuentra la Sala que contrario a como lo consideró el Juez de primera instancia, el cargo se COMANDANTE DE TRÁNSITO CODIGO 290 GRADO 01 del que fue desvinculado el demandante es de **libre nombramiento y remoción**, por las siguientes razones:

i) El cargo cuenta con funciones de asesoría institucional y apoyo, como se observa en las enlistadas en el numeral 1.4. del acápite de hechos probados – **criterio funcional.**

ii) El cargo está al servicio directo del Director de Tránsito de Bucaramanga, entidad descentralizada del nivel territorial – Acuerdo Municipal 040 de 1972 -, y además, se encuentra adscrito a dicho Despacho – **criterio orgánico** –

iii) Las funciones que se encuentran asignadas al cargo se encuentran estrictamente relacionadas con el funcionamiento de la Dirección General de la entidad, al punto que dentro de estas se encuentran a) planeación de las labores a ejecutar por los agentes de tránsito; b) implementar medidas correctivas y preventivas necesaria de acuerdo a los informes que se presenten; c) coordinar la capacitación de los funcionarios del Grupo de Control Vial; d) llevar el control estadístico de las actividades que desarrollan dichos funcionarios, así como autorizar los días compensatorios; e) llevar el control del parque automotor; f) asistir a las reuniones que programen las diferentes entidades municipales a efectos de dar solución a los problemas de movilidad; g) dar respuesta a los requerimientos de la oficina jurídica y a las solicitudes de la comunidad; h) asistir las reuniones citadas por el sindicato.

Así las cosas, considera la Sala que en ejercicio de dichas funciones es procedente exigir de quien lo ocupa un alto de nivel de confianza – **criterio subjetivo** -.

iv) No está demás señalar que la Comisión Nacional del Servicio Civil puso de presente que el mencionado cargo no ha sido ofertado para ser proveído a través de concurso de méritos.

2.3. Legalidad del acto de insubsistencia.

2.3.1. En cuanto a la motivación de la Resolución No 141 de 2016 – acto acusado – que la parte actora considera insuficiente, la Sala encuentra que dicha motivación se refiere precisamente la facultad discrecional del nominador, quien por demás, y conforme a lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, no se encuentra obligado a consignar los motivos de insubsistencia, pues el cargo que ocupaba la actora de libre nombramiento y remoción.

Así, estima la Sala que el contenido del acto demandado cumplió las exigencias de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la decisión discrecional de retiro del servicio.

De otro lado, no media prueba en el expediente que demuestre que el Director de Tránsito de Bucaramanga haya tenido en cuenta intereses particulares y caprichosos y que por tal razón se haya apartado del buen servicio.

2.3.2. Frente a la aplicación del artículo 150 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la norma prevé:

“ARTÍCULO 150. RELIQUIDACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN PARA FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

PARÁGRAFO. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”.

Como se indicó anteriormente, el cargo que era desempeñado por el demandante tiene la naturaleza de libre nombramiento y remoción, y por ende, se encuentra sujeto a la facultad discrecional del nominador.

Ahora, contrario a como lo consideró el Juez de primera instancia, el párrafo del artículo 150 antes transcrito no contiene una obligación para la Administración en cuanto a mantener la vinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción para mejorar su quantum pensional, pues lo que dispone es que no puede obligárseles a retirarse del cargo solo por el hecho de haberse le sido reconocido el derecho pensional.

Quiere decir lo anterior, que la norma impide precisamente que el nominador pueda expedir un acto de insubsistencia basado en el reconocimiento pensional del empleado, lo que no ocurrió en este caso, pues está probado que la Resolución No 141 de 2016 no tuvo como fundamento el reconocimiento pensional del señor GERARDO HERNANDEZ BARAJAS sino la facultad discrecional de la que goza al Director de la entidad demandada.

En sentencia del 6 de septiembre de 2012 – expediente (2389-2001) citado por la parte actora en el recurso de apelación, el Honorable Consejo de Estado abordó el siguiente problema jurídico:

“El problema jurídico por resolver se contrae a determinar si la demandante tenía derecho a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos II, Nivel 26, Grado 12¹, que desempeñaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, a pesar de que tuviera reconocida su pensión de vejez, y hasta la edad de retiro forzoso, o si por el contrario resultaba válido su retiro con fundamento en la facultad otorgada a la Administración mediante el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.

El párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, indica:

“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”.

La lectura del problema jurídico planteado en la sentencia citada da cuenta que no es procedente aplicar sus parámetros al caso concreto.

3. En resumen, la Sala encuentra que **i)** el cargo del que fue desvinculado el demandante es de libre nombramiento y remoción; **ii)** la motivación del acto encuentra fundamento legal; **iii)** el artículo 150 de la Ley 100 de 1993 no contiene una obligación para la administración de mantener la vinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción que cuenta con derecho pensional reconocido para que aumente el quantum.

Así, se revocará la sentencia apelada para negar las pretensiones de la demanda, sin que sea necesario pronunciarse sobre el recurso de apelación presentado por la parte actora por sustracción de materia.

X. CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dado que se revoca en su totalidad la sentencia apelada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 365 numeral 4 del Código General del Proceso se condenará en costas en ambas instancias, las que serán liquidadas por conducto de la Secretaría del Juzgado de primera instancia.

El A quo fijará las agencias en derecho en auto separado por parte del A quo.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTANDER**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. ACEPTAR el impedimento manifestado por la Honorable Magistrada SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida el día 18 de junio de 2018 por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TECERO. CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte actora, conforme a lo expuesto en precedencia.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previas constancias de rigor en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala de la fecha, según Acta No. 0042 de 2021.

(aprobado en forma virtual)
JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado Ponente

(aprobado en forma virtual)
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado