REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ibagué, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	73001-33-33-007-2014-00151-01
Demandante:	Diego Fernando Serrano Romero
Apoderado:	Carlos Arturo Vásquez Sánchez
Demandado:	Municipio de Valle de San Juan
Apoderado:	Herminzul Rodríguez Salgado (principal) – Héctor Yesid Ramírez Hernández (sustituto)
Tema:	Insubsistencia de libre nombramiento y remoción

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 30 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Diego Fernando Serrano Romero,[1] instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Municipio de Valle de San Juan, Tolima, 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 037 del 23 de julio de 2013, suscrito por el alcalde del ente accionado, que declaró insubsistente su nombramiento como almacenista general, código 215, grado 02.

Consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a reintegrarlo a un cargo de igual o superior categoría al que desempeñaba al momento de su desvinculación.

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.

Que, para todos los efectos legales y prestacionales, se considere que no ha existido solución de continuidad del vínculo laboral.

[1] A través de apoderado judicial.

Se prevenga a la demandada sobre la obligación legal de dar cumplimiento al fallo en los términos dispuestos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Se ordene el pago de costas y agencias en derecho, así como de intereses moratorios.

1.1.2. Hechos

Relata el actor que, por medio del Decreto 074 del 17 de noviembre de 2012, el alcalde de Valle de San Juan lo nombró en el cargo de Almacenista General, Código 215, Nivel P, Grado 02.

Refiere que tomó posesión del mentado cargo el 17 de noviembre de 2012.

Narra que el 12 de julio de 2013 tuvo problemas con el Secretario General y de Gobierno del ente demandado, señor Germán Villanueva Conde, porque éste le indicó que debía recibir a su nombre un giro por tres millones de pesos ($3.000.000), como avance para la celebración de las fiestas de la Virgen del Carmen, con la advertencia de que si no lo hacía entonces presentara carta de renuncia.

Señala que el 16 de julio de 2013, a través de memorando número 01, el Secretario General y de Gobierno le hizo un llamado de atención por llegar tarde a trabajar.

Menciona que el mismo día presentó queja de acoso laboral ante la personería municipal contra el Secretario General y de Gobierno, refiriendo que el motivo de la persecución deviene de no haber prestado su nombre para la realización de un avance para la celebración de las festividades de la Virgen del Carmen.

Dice que en la misma fecha presentó renuncia a su cargo como almacenista, la cual no fue aceptada por el alcalde, según comunicación del 18 de julio de 2013.

Sostiene que, no obstante lo anterior, mediante el Decreto 037 del 23 de julio de 2013, suscrito por el alcalde municipal, fue declarado insubsistente en el cargo que ejercía como almacenista.

Aduce que mediante Oficio 1224-2013, emitido por el Secretario General y de Gobierno, se le informó que debía entregar el puesto y hacer el correspondiente proceso de empalme con quien lo reemplazaría en el cargo.

1.1.3. Concepto de violación

Citó como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 90 y 209 de la Constitución Política.

No se explicó el concepto de violación por cuanto sólo se trascribieron normas y apartes jurisprudenciales, pero de la lectura integral del escrito demandatorio se deduce que los cargos contra el acto demandado son por falta de motivación y desviación de poder.

1.2. Contestación de la demanda

La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que desconoce el imperativo de las normas que regulan el retiro de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Formuló la excepción de prescripción.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 30 de agosto de 2018, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

> *"**PRIMERO**: **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte actora a favor de la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.*
> *(…)"*

La decisión antepuesta se sustenta en las siguientes consideraciones:

> *"(…) en efecto el ejercicio del cargo de almacenista que desempeñaba el actor, implicaba la administración y el manejo de bienes, dineros y/o valores de la entidad territorial, así como un grado de confianza entre este y su superior jerárquico, lo que a su vez conlleva a concluir, que en efecto se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.*
>
> *Siendo ello así (…) la declaratoria de insubsistencia del mismo no requiere de motivación alguna.*
> *(…)*
>
> *Afirma el apoderado actor, que* (el) *acto acusado fue expedido con desviación de poder ya que las razones que tuvo el alcalde para declarar insubsistente su nombramiento se funda en el hecho de no prestarse para hacer un avance para las fiestas de la virgen del Carmen a solicitud del Secretario General del ente territorial y no cumplir con el horario de entrada a laborar en la entidad.*
> *(…)*
>
> *Del acervo probatorio allegado no es posible derivar que el acto acusado haya sido proferido con desviación o abuso de poder y, contrario a ello, se observan algunas situaciones que afectaron la necesaria confianza que se tiene en esta clase de servidores, en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan así como el grado de responsabilidad que conlleva el cargo y, que es precisamente ese 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.*
>
> *En efecto la demandante sustentó la causal en dos razones fundamentales, la primera, en la negativa del actor de hacer un avance para la celebración de una festividades por lo cual presuntamente el secretario general lo recrimino y le dijo que renunciara; y segundo, el llamado de atención por no cumplir con el horario de llegada a laborar; en virtud de lo anterior, se examinará la información allegada. Veamos:*
>
> *El primer hecho que argumento como desviación de poder lo fundamenta en el problema que el aquí demandante dice haber tenido el 12 de julio con el señor Secretario General del ente territorial por negarse en prestar su nombre para hacer un avance para la celebración de una fiesta religiosa, motivo por el cual dice haber sido recriminado por este servidor público.*

Entre las pruebas arribadas para acreditar este hecho se encuentran los documentos obrantes a folios 17 a 19 y 26 a 30. Lo primeros tienen relación con un escrito en el que el demandante informa al mandatario local la intención de renunciar al cargo y le narra una serie de acontecimientos sucedidos el 12 de julio con el señor Secretario General, a lo que el mandatario le contesto siguiera cumpliendo con sus funciones y desconocer de la situación, solicitándoles hiciera la denuncia formal para efectos de la investigación correspondiente. Los segundos tienen relación con el trámite de un avance autorizado por el mandatario local.

De los documentos referidos permiten establecer que el demandante tuvo la intención de renunciar al cargo por la presunta situación que se presentó con el señor Secretario General, sin que exista otro medio probatorio que dé certeza de que tal hecho sucedió, al punto que el alcalde le solicita formalice la queja para que se adelantara la correspondiente investigación, desconociendo el despacho si el actor procedió a hacerlo, quedando en una simple manifestación del actor.

Igualmente, los documentos mencionados permiten establecer que el 12 de julio de 2013 el alcalde del municipio del Valle de San Juan a través de la Resolución 0126 autorizó, al señor Germán Villanueva Conde en su calidad de Secretario General para hacer un avance para la celebración de una fiesta religiosa, la cual tenía disponibilidad y registro presupuestal. De estos documentos que fueron allegados por el actor no es posible derivar que el autorizado fuera el demandante como tampoco es posible inferir su negativa a tramitar el avance, quedando en simples manifestaciones del actor.

El segundo hecho que indica que prueba la desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional del alcalde, lo fundamenta en el llamado de atención de que fue objeto a través por el señor Secretario General con el memorando No 1 de fecha 16 de julio de 2013 por no cumplir con el horario de llegada a laborar, lo que consideró una persecución pues afirma que no es el único que llega tarde pero si fue el único en recibir el llamado de atención. Por lo interior el 16 de julio de 2013, con el fin de dejar un precedente en el cual le pone en conocimiento de la señora Personera Municipal el antecedente de su decisión de no hacer un avance que en su sentir considera ilegal, y que, según él le fue ordenado hacerlo; a lo que le ha el llamado de atención por no cumplir con el horario de trabajo, lo cual no niega sino que justifica por no residir en el municipio y en el hecho de que considera que repone el tiempo al salir más tarde de la jornada fijada.

De la lectura del memorando se deduce primero que no fue la única persona que fue objeto del llamado de atención, pues también va dirigido a la señora Idis Norelis Duarte Barrios.

Tesorera del municipio y segundo, se les hace por sus llegadas fuera del horario establecido no un día sino durante cinco días, hecho que no solo es aceptado por el mismo demandante sino que, además, lo califico de persecución o acoso según se desprende de los escritos presentados al alcalde y a la personera y que su configuración también se encuentra ratificada con las copias de los folios del libro que se lleva como control a los funcionarios, siendo entonces, un hecho cierto que el actor no cumplía con el horario de trabajo, lo cual da sustento al llamado de atención. Pareciera que el actor pretende dejar de lado sus deberes como servidor público, entre los

cuales está la de cumplir con las órdenes que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales. En efecto, de los propios hechos que narra el actor en el escrito de demanda como en los documentos allegados solo hay afirmaciones hechas por el actor de donde se infiere que no solo no cumplía con sus deberes, sino que además, busca justificar su comportamiento.

El despacho no encuentra probado que el actor hubiera sido objeto de maltrato o acoso laboral, siendo la sola afirmación del demandante insuficiente para infirmar el acto administrativo demandado pues, se insiste, para que la presunción de legalidad desaparezca, es necesario que se genere una certeza incontrovertible en el juzgador sobre la actuación arbitraria del nominador, esto es, que tras la decisión discrecional de insubsistencia se esconde una desviación de poder.

El demandante tampoco probó que la persona designada como remplazo tenía calidades inferiores al señor Diego Fernando Serrano Romero y que con su nombramiento la administración no contribuyó a mejorar al servicio, al no allegar ningún elemento probatorio del cual se pudiera establecer si se produjo o no el desmejoramiento del servicio como las hojas de vida, pues tratándose de tal situación, ha señalado el Consejo de Estado que "es indispensable que en el proceso se encuentren acreditados los factores que permitan al juez hacer una aproximación objetiva a las calidades del servidor remplazado y de quien lo remplaza, en relación con las condiciones del buen servicio en el nivel directivo de la entidad respectiva, como la formación académica básica, la posgradual, las calidades personales y profesionales, la antigüedad y experiencia, el conocimiento del sector administrativo, la confianza y la capacidad de dirección y manejo que genera en el nominador, todo lo cual debe ser sopesado y analizado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues siempre hay un grado de subjetividad en la apreciación de tales factores en la toma de una decisión encaminada a reemplazar un servidor público por otro en un cargo, declarando insubsistente el nombramiento del primero para hacer posible el acceso al servicio del segundo.

Corolario de lo anterior, se concluye que la presunción de legalidad del acto administrativo acusado no fue desvirtuada y que la parte demandante no tiene derecho a ser reintegrada a la entidad demandada, por lo tanto, se negarán las pretensiones de la demanda." (sic)

1.4. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la parte actora formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación:

i) *"(…) el Municipio de Valle de San Juan no probó en el debate procesal, haber dejado la constancia de las causas que motivaron la insubsistencia del señor DIEGO FERNANDO SERRANO, en su respectiva hoja de vida, tal y como lo ordena la norma en comento* (se refiere al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968), *incumpliendo el señor Alcalde con la normatividad que regula estas situaciones administrativos de los funcionarios públicos."* (sic)

ii) *"(…) se desconocieron o interpretaron de manera errada las pruebas aportadas al proceso que dan cuenta que su retiro del servicio se debió a una persecución por parte del señor Alcalde Municipal del Municipio de Valle de San Juan, pues en el texto de la sentencia que se impugna en este escrito, la señora Juez de primera instancia, no se refirió nunca a los puntos de debate, este es, sobre el hecho de la desviación de poder en que incurrió el señor Alcalde del Municipio demandado, al ordenar la insubsistencia de mi poderdante, es decir, en este punto mi poderdante no tuvo la oportunidad de conocer si la situación del señor Alcalde fue arbitraria o no, al no aceptar la renuncia presentada por el señor DIEGO FERNANDO SERRANO, para dos días después declararlo insubsistente, esto significa que viola del derecho de orden constitucional, del debido proceso, pues no fue vencido dentro de las formalidades plenas de, como lo describe el artículo 29 Constitucional."* (sic)

iii) *"La prueba documental conlleva a la plena convicción de que, DIEGO FERNANDO SERRANO, desempeñaba sus funciones con rectitud y eficiencia, que son las condiciones esperadas de todo funcionario público, garantizando así la prestación de un adecuado servicio público, pero no sólo atendía sus responsabilidades sino que tal y como se desprende de los documentos, especialmente con el oficio 1069 de 2013, suscrito por el señor Alcalde Municipal de Valle de San Juan, que obran en el plenario, es evidente que el servicio que prestaba era excelente, pues no acepto la renuncia y manifestó "ruego entonces se reintegre a sus labores cotidianas por el bienestar del Municipio" estas frases del señor alcalde, dan el alcance que la actividad desplegada por el señor DIEGO FERNANDO SERRANO, era importante y estaba colaborando en forma esencial en el bienestar del ente territorial, y superaba las expectativas del buen servicio público. De esta manera se prueba que era un eficiente servidor y no se evidencian razones de servicio que ameritaran su retiro. La entidad demandada por su parte, tenía la obligación de indicar las razones de servicio que llevaron a la expedición del acto de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, sin embargo solamente se limitó a argumentar que el acto de insubsistencia fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional. En esas condiciones, demostró la parte actora que con su labor garantizaba la prestación de un buen servicio público y que con su retiro se desmejoró, mientras que la entidad no indicó como pretendía mejorar el servicio con la decisión de insubsistencia, siendo así, la causa de la expedición del acto demandado no estuvo basada en razones del buen servicio, sino que obedeció a una decisión arbitraria y caprichosa del nominador, configurándose la desviación de poder, derivada de la negativa de mi poderdante de prestar su nombre para realizar un avance para la celebración del día de la virgen del Carmen, por cuanto considero que era un acto ilegal y ello derivó un malestar en el Secretario General."* (sic)

iv) *"De otro lado, no se entiende como el señor Alcalde en su escrito del 18 de Julio de 2013, por medio del cual no acepta la renuncia del señor DIEGO FERNANDO SERRANO, por cuanto era importante su gestión para el bienestar del Municipio, pero dos días después ya no era importante su gestión y declaró la insubsistencia del cargo, lo cual constituye un acto arbitrario, dadas las circunstancias previas al acto de insubsistencia."* (sic)

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

La **parte actora** indicó haber probado en el proceso que el acto de insubsistencia no persiguió razones del buen servicio, sino que se estructura en una desviación de poder, *"pues buscó fue un castigo (…) al no prestar su nombre para que consumara, una burla a la ley de contratación administrativa …".* (sic)

Insistió que "el acto demandado no estuvo inspirado en razones del buen servicio, sino en motivos diferentes de carácter personal y burocráticos que afectaron su eficiente prestación, es decir, razones distintas a aquellas para las cuales la ley le confirió la facultad discrecional, incurriendo de esa manera en desviación de poder, pues al señor alcalde lo movió una situación de venganza, ante la negativa (…) de prestarse a realizar una actividad contraria a derecho …". (sic)

La **entidad accionada** reiteró que el acto acusado se ajusta al ordenamiento jurídico por cuanto no se probó la supuesta violación por desviación de poder.

El **Ministerio Público** conceptuó a favor de que se confirme la decisión de primera instancia, de negar las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

> *"La parte demandante indica que los motivos de retiro (…) fue producto de una persecución, por no haberse prestado para hacer un desembolso de recursos, para la fiesta de la Virgen del Carmen, pues no tiene sentido que el demandante presentó renuncia motivada, ésta no le fue aceptada, pero dos (2) días después es declarado insubsistente. Lo que para la parte demandante es una extrañeza y a la vez constituye indicio de persecución contra el demandante, con relación a la no aceptación de la renuncia en los términos presentada; para esta vista fiscal en relación con la renuncia la actuación del entonces alcalde estuvo ajustada a derecho y no merece ninguna censura, pues de haberse aceptado la renuncia en los términos en que fue presentada era dar por cierto unos hechos de los cuales él dice desconocer y que solamente en la renuncia el demandante se los pone de presente al señor alcalde. Con una renuncia así aceptada serían los argumentos de quien hoy cuestiona su no aceptación, para solicitar la nulidad del acto que hubiera aceptado esa renuncia.*
>
> *Ahora bien, el hecho de que el demandante hubiera puesto de presente ante la Personería Municipal, las actuaciones indebidas del entonces Secretario General y de Gobierno en su contra, ello no tiene por virtualidad, otorgarle al demandante una especie de fuero que se pudiera prestar como garantía de estabilidad frente o en oposición a la libertad de remoción que la constitución y la ley le asignan al alcalde respecto a su equipo de trabajo de dirección, confianza y manejo, como lo era el empleo de Almacenista (…) que desempeñaba el demandante. Finalmente, quien expidió el acto administrativo de retiro del servicio del demandante, fue el señor alcalde municipal respecto a quien en la demanda no se presenta ningún argumento debidamente probado de que haya realizado actos de persecución contra el demandante. Los argumentos se refieren al entonces Secretario General y de Gobierno, persona distinta al entonces alcalde Municipal.*
>
> *En los empleos de libre nombramiento y remoción, el principal requisito que tiene quien es nombrado respecto a las otras personas que cumplen con los requisitos legales del empleo, es la confianza que tiene en él el nominador. Si para acceder al empleo, lo que prima finalmente es la confianza del nominador en el nominado, esa misma situación es suficiente motivo para que el nominador retire del servicio al empleado de libre nombramiento y remoción.*

Lo que permite la continuidad en el empleo de un empleado de libre nombramiento y remoción, no es el buen desempeño de sus funciones, pues ese es una obligación de todo servidor público; la permanencia en el empleo depende del nominador, en cuanto las acciones del empleado estén de acuerdo con los propósitos administrativos y programáticos del nominador, lo que en todo caso no está obligado el nominador a expresarlo en el acto de retiro.
(…)" (sic)

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Saneamiento

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

2.2. 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.

2.3. Procedibilidad del recurso de apelación

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.

2.4. 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 037 del 23 de julio de 2013, expedido por el alcalde del Municipio de Valle de San Juan, Tolima, con el cual se declara la insubsistencia del nombramiento del señor Diego Fernando Serrano Romero, en el cargo de Almacenista, código 215, grado 02, nivel profesional.

2.5. Análisis de la Sala

2.5.1. 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;
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 Constitucional[2] 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 parágrafo 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,[3] en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,[4] el cual constituye un límite a la facultad discrecional de remoción.

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

---

[2] Corte Constitucional, sentencia SU 003 de 8 de febrero de 2018, magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.
[3] 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.
[4] 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.**[5]

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 8 de marzo de 2018[6] 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.

---

[5] Corte Constitucional, sentencia T-686 de 2014.
[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16).

2.5.3. 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,[7] 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 identificado[8] 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

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016, número interno 3685-2013.
[8] 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.[9]

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".

2.5.4. 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 Estado[10] 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 someterse[11].*
>
> *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*

[9] 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).
[10] *Ibidem.*
[11] 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 Estado[12] 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.

2.5.5. 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 indicó[13]:

"(…) 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

[12] Sentencia del 23 de febrero de 2011; Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; expediente. 17001233100020030141202(0734-10).
[13] 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 (…)"*[14].

2.5.6. Hechos probados

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

- A través del Decreto 074 de 2012, emitido por el alcalde de Valle de San Juan, se nombró al aquí demandante, señor Diego Fernando Serrano Romero, en el cargo de Almacenista General, Código 215, Grado 02, nivel profesional (folio 3).

- El acto antepuesto indica que el cargo para el cual fue designado el señor Serrano es de libre nombramiento y remoción.

- Diego Fernando Serrano Romero tomó posesión del referido cargo el 17 de noviembre de 2012, como se desprende del acta respectiva obrante a folio 6 del expediente.

- Mediante memorando 01 del 16 de julio de 2013 se le llamó la atención al señor Serrano, y otra funcionaria del ente demandado, por incumplimiento del horario laboral (folio 5), así:

"MEMORANDO No. 1

FECHA: ***16 DE JULIO DE 2013***

DE: ***SECRETARIO GENERAL Y GOBIERNO***

PARA: ***IDIS NORELIS DUARTE BARRIOS – TESORERA MUNICIPAL***

DIEGO FERNANDO SERRANO – ALMACENISTA MUNICIPAL

ASUNTO: ***HORARIO DE TRABAJO***

Por medio del presente escrito le recalco que el horario de trabajo en la Administración Municipal, para la dependencia de TESORERIA MUNICIPAL y ALCACEN MUNICIPAL, de la cual Ustedes son titulares corresponde a:

- *De martes a viernes hora de entrada 7:30 de la mañana hasta las 4:30 de la tarde*
- *Sábado de 7:30 de la mañana hasta la 1:00 de la tarde*

[14] 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.

Una vez verificado el correspondiente libro de entrada y salidas de los funcionarios de la Administración Municipal se ha logrado constatar lo siguiente:

- *El sábado 13 de julio llego a las 8:05 de la mañana*
- *El viernes 12 de julio llego a las 7:50 de la mañana*
- *El jueves 11 de julio llego a las 7:53 de la mañana*
- *El miércoles 10 de julio llego a las 7:42 de la mañana*
- *El martes 09 de julio llego a las 8:07 de la mañana*

Conforme lo anterior se observa claramente el incumplimiento en cuanto al horario de trabajo establecido dentro de la Administración Municipal."

- El 16 de julio de 2013 el señor Diego Fernando Serrano Romero envió un escrito[15] ante la personería municipal aduciendo que quería dejar *"un precedente de (…) persecución laboral que se está realizando* (en su contra) *a través de la Secretaria General y de Gobierno, debido a que el sábado anterior 13 de julio el señor Secretario General manifestó que el señor Alcalde necesitaba que* (él) *realizara un avance por valor de $3.300.000 para celebrar las fiestas de la Virgen del Carmen."* (sic)

  El mencionado escrito dice que el Secretario General le indicó que si no firmaba el avance que renunciara al cargo.

  También dice que fue hostigado al recibir un llamado de atención por incumplimiento del horario laboral, por cuanto recuperó el tiempo luego de finalizada la jornada laboral, como se tiene de las copias del libro de registro de la jornada de trabajo de los días 9 al 13 de julio de 2013 (folios 12 al 16).

- El mismo 16 de julio de 2013 el señor Serrano también presentó carta de renuncia a su cargo ante el alcalde municipal, expresando las razones antepuestas presentadas a la personería (folios 17 al 18).

- Con Oficio 1069-2013 del 18 de julio de 2013, el alcalde de Valle de San Juan responde la carta anterior refiriendo que no acepta la renuncia; e informa que desconoce los hechos denunciados, por lo que le pide formalizar la queja, con las pruebas respectivas, para que sean materia de investigación (folio 19).

- Por medio del Decreto 037 del 23 de julio de 2013, suscrito por el alcalde de Valle de San Juan, se declara insubsistente al señor Diego Fernando Serrano Romero en el cargo de Almacenista General, a partir de la fecha (folios 21 al 22). Acto notificado personalmente el mismo día (folio 23).

- El 12 de julio de 2013 el señor Germán Villanueva, Secretario General y de Gobierno de la Alcaldía de Valle de San Juan, recibe un pago por $3.000.000 para cubrir "otros gastos" que se requieren para la celebración de las fiestas de la Virgen del Carmen en el municipio, en cumplimiento a una autorización expresa del alcalde a través de la Resolución 0126 de igual fecha, que cuenta con certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal (folios 26 al 30).

2.5.7. Caso concreto

[15] Folio 8 al 10.

En el presente caso no está en discusión que el empleo de Almacenistra General, Código 215, Grado 02, desempeñado por el señor Diego Fernando Serrano Romero era de libre nombramiento y remoción, toda vez que así lo indicó el Decreto 074 de 2012, suscrito por el alcalde de Valle de San Juan , por medio del cual se realizó el nombramiento en la planta de personal.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, que textualmente indica:

> *"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:*
> *(…)*
>
> *c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;*
> *(…)"*

En tal orden, el presente asunto se trata de establecer la legalidad del Decreto 037 del 23 de julio de 2013, mediante el cual el alcalde de Valle de San Juan, declaró insubsistente al actor del cargo antes referido.

En esencia, el recurrente hace consistir la ilegalidad del acto impugnado, en que fue expedido por parte del alcalde con desviación de poder, falsa motivación y sin dejar constancia de las causas que motivaron la insubsistencia. Ello se sustenta en que su desvinculación se produjo con fines retaliativos por no prestar su nombre para recibir un avance con que se cubrirían gastos de la fiesta religiosa de la Virgen del Carmen; en que previamente había presentado renuncia al cargo, y aún cuando no se le aceptó, el nominador procedió a declararlo insubsistente; y en que no se consignó en su hoja de vida los motivos de la insubsistencia.

Pues bien, 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 …"*[16].

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

[16] Cargo formulado en el recurso de apelación por la parte actora.

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 aporte jurisprudencial[17]:

> *"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[18].*
>
> *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.*
>
> *(…)*
> *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 comento señaló[19]:

> *"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."*

---

[17] Consejo de Estado, sentencia del 23 de febrero de 2011 radicación número 17001233100020030114120 2 (0734-10) M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
18 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".*
[19] Sentencia del 7 de noviembre de 2019 radicación número 76001-23-31-000-2011-01138-01 (4852-14) M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

En este punto, el recurrente sostiene que el acto demandado esta viciado de desviación de poder porque el verdadero móvil de la insubsistencia fue la confrontación que tuvo días antes con el Secretario General y de Gobierno. Para probar este hecho trajo al plenario escrito dirigido a la Personería Municipal narrando las circunstancias por las que se presentó la discrepancia con aquel funcionario; carta de renuncia presentada al nominador con la misma exposición de motivos; oficio a través del cual se niega la renuncia al cargo, y se le pide oficializar la queja para el inicio de las investigaciones del caso; memorando por incumplimiento del horario laboral; y, el acto administrativo de insubsistencia; todas éstas sin la virtualidad para acreditar fines contrarios al ordenamiento jurídico perseguidos por la entidad demandada al removerlo de su empleo, pues el nominador del actor no era el Secretario General y de Gobierno sino el Alcalde, y frente a este último no se probó actos de persecución o acoso laboral que permitan inferir que fueron las razones que produjeron la remoción en el cargo.

Ahora, frente a la renuncia al cargo de libre nombramiento y remoción sin aceptación por parte del nominador, para luego declarar la insubsistencia en el empleo, como prueba de ilegalidad del acto acusado (insubsistencia), el Consejo de Estado, ha indicado:

- *"Ha de precisarse así mismo, que **la renuncia que presentó el actor no imponía a la entidad su aceptación, pues ello no enerva la potestad que tiene la entidad para declarar la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción**."*[20] (Resaltado de la Sala)

- *"(…) las demás pruebas que solicitó la demandante se contraen a las copias de la comunicación de su nombramiento, del acta de su posesión, de la resolución declaratoria de su insubsistencia y de **la carta mediante la cual presentó renuncia**, documentos que carecen de significación en orden a probar la aludida desviación de poder, porque los tres primeros sólo dan cuenta de la ocurrencia del hecho que en ellos se registra, y el último, **en sí mismo considerado, por las razones precedentemente expuestas, carece de virtualidad para evidenciar los fines supuestamente torticeros perseguidos por la administración al removerla de su empleo**."*[21] (Resaltado fuera del texto)

- *"Se concluye entonces, que **el hecho de que la declaratoria de insubsistencia sea concomitante a la presentación de la renuncia del actor, a su rechazo por el nominador y a los diferentes oficios que en torno al tema el actor radicó ante la Gerencia General de la entidad, en nada afecta la legalidad del acto acusado*** (insubsistnecia de libre nombramiento y remoción)."*[22] (Se resalta)

---

[20] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, sentencia del cuatro (4) de abril de dos mil dos (2002), radicación número: 25000-23-25-000-1996-0216-01(2697-01), actor: ALVARO JOSE PUERTA CASAS, demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA - ICEL

[21] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, sentencia del siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), radicación número: 05001-23-31-000-1992-00582-01(3224-99), actor: NORA ISABEL CORREA MONTOYA, demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE ANTIOQUIA.

[22] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), radicación número: 25000-23-42-000-2012-01093-01(0738-14), actor: DARÍO ERNESTO VACA ULLOA, demandado: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA.

Por consiguiente, la no aceptación de la renuncia al cargo y la posterior insubsistencia en el mismo no son prueba *per se* de la ilegalidad de este último, y menos acredita una supuesta retaliación laboral del nominador por haberse presentado la renuncia, pues, en terminos del Consejo de Estado, ello no enerva la potestad que tiene la entidad para declarar la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción[23].

Entonces, lo probado dentro del proceso no conduce con certeza a colegir que el retiro del demandante se debió a una supuesta retaliación laboral, pues no existe ninguna otra prueba distinta a la no aceptación de la renuncia que confirme su dicho frente al alcalde quien finalmente fue su nominador. El enfrentamiento del actor con el Secretario General y de Gobierno no reporta certeza acerca de los motivos que originaron la insubsistencia; y si bien manifiesta que existió una "*decisión arbitraria y caprichosa"* por cuanto no accedió a recibir un avance económinco para el cubrimiento de unos gastos de una festividad religiosa, por conciderarla contaria al régimen de contratación estatal, esto no se logró demostrar a lo largo del proceso, por lo que no se puede tener como motivo suficiente que pueda enervar la presunción de legalidad del acto administrativo que se demanda.

Cuando se pretende demostrar que el acto de insubsistencia no fue proferido en aras del buen servicio público sino con el fin de satisfacer intereses ocultos, es necesaria la demostración fehaciente de los vicios que se endilgan por quien tiene la obligación procesal de demostrarla.

De la misma forma, el oficio que el actor remitió a la Personería de Valle de San Juan, en donde le manifiesta su inconformidad con la instrucción de recibir dineros oficiales para el pago de gastos que no se sujetan al régimen de contratación estatal, a juicio de la Sala, también resulta insuficiente para desvirtuar la legalidad del acto, por carecer de respaldo probatorio la supuesta orden.

Respecto al llamado de atención por incumplimiento del horario laboral, no puede tomarse como un acto de hostigamiento o acoso ya que está probado que en efecto ocurrió reiteradamente por una semana, y que el memorando no sólo fue frente al aquí demandante sino respecto a otros funcionarios que también se estaban presentando tardíamente a trabajar. Tampoco es de recibo que el actor pudiera presentarse tarde a trabajar y luego quedarse a recuperar el tiempo sin anuencia del empleador, pues esto es un acto de insubordinación al que le cabía el llamado de atención recibido.

Sin más, y 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, por lo que, corolario a lo expresado por el Consejo de Estado[24], se infiere que la decisión obedeció a motivos de mejoramiento del servicio.

Ahora, 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, ha de indicarse que el Consejo de Estado ha sido reiterativo

---

[23] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO, sentencia del cuatro (4) de abril de dos mil dos (2002), radicación número: 25000-23-25-000-1996-0216-01(2697-01), actor: ALVARO JOSE PUERTA CASAS, demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE ENERGIA ELECTRICA - ICEL

[24] 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.

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.

En ese sentido, aún si el demandante contara con felicitaciones por el desempeño del cargo y por alcanzar logros académicos, ello no era determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantizar a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia del demandante en el ejercicio de su cargo no garantizaban su estabilidad, sino que se constituían en presupuestos naturales del ejercicio del cargo.

2.5.8. 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 30 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

2.6. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, en la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

2.7. 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 30 de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y a favor de la demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

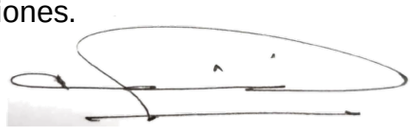
Se fijan las agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, en la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente, respecto a cada actor.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, se devolverá el expediente al Juzgado de origen, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

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,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Firmado Por:

Luis Eduardo Collazos Olaya
Magistrado
Oral 001
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fdd62976795bd8540e070d51374861fc344d4e6fb38c4ce13edb48f07fbc0ac1**

Documento generado en 23/08/2021 08:15:14 a. m.