



Función Pública

Sentencia 2017-00193 de 2021 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA - Cargo de libre nombramiento y remoción / FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Acto de desvinculación no requiere motivación / FACULTAD DISCRECIONAL - Límites

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 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, a juicio de la Sala 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. 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.

DESVIACIÓN DE PODER - No probada / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD - No desvirtuada

Que no existe ninguna prueba que demuestre esa relación causa-efecto, pues, como lo afirmó el a-quo, los recortes de prensa por sí solos no son suficientes para desvirtuar la legalidad de la Resolución 009 de 6 de enero de 2016, ya que era necesario que fueran aportados otros elementos probatorios que lleven al convencimiento pleno del juzgador de la ocurrencia de la causal alegada, por lo mismo, es imposible determinar el móvil oculto o reprochable del nominador en razón a la carencia de actividad probatoria por parte de la demandante. Si bien la desviación de poder está llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también lo es que el acto por medio del cual fue declarada insubsistente la demandante, no adolece de esta causal de nulidad en tanto obedeció a los fines generales y de interés público; es decir, que lo que buscó el nominador en uso de su facultad discrecional, fue mejorar el servicio público. En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador. De ahí que tampoco tiene vocación de prosperidad este cargo de la demanda, por ello, al no configurarse este cargo de anulación en particular y mantenerse incólume la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del a-quo, que negó las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 68001-23-33-000-2017-00193-01(0417-19)

Actor: JOHANA CAROLINA CASTAÑEDA SÁNCHEZ

Demandado: DIRECCIÓN DE TRÁNSITO DE BUCARAMANGA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SEGUNDA INSTANCIA. ASUNTO: ESTABLECER SI EL ACTO DE INSUBSISTENCIA SE ENCUENTRA VICIADO DE DESVIACIÓN DE PODER.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 5 de julio de 2019¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 2 de agosto de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual negó las pretensiones de la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez en contra de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga.

I.ANTECEDENTES²

1.1 La demanda y sus fundamentos.

Johana Carolina Castañeda Sánchez, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -*Ley 1437 de 2011*- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 009 de 6 de enero de 2016 por medio de la cual el Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga declaró insubsistente su nombramiento como Asesor, código 105, grado 2 el cual corresponde a los denominados de libre nombramiento y remoción.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) el reintegro al cargo o a uno de superior categoría, sin solución de continuidad; (ii) el pago de todos los salarios u prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación con la correspondiente indexación; (iii) reconocer la suma de 45 salarios mínimos mensuales vigentes por concepto de daños morales causados; (iv) y, dar aplicación a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen integral de la situación fáctica del demandante, así:

La señora Johana Carolina Castañeda Sánchez estuvo vinculada en la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, inicialmente como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación por disposición de la Resolución 059 de 18 de febrero de 2009; y, luego, mediante Resolución 462 de 2 de septiembre de 2013 fue nombrada Asesor código 105 grado 2, adscrita a la planta de personal del Director General.

Dada la naturaleza del cargo que ocupaba la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez, esto es, de libre nombramiento y remoción, el Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga declaró insubsistente su nombramiento a través de la Resolución 009 de 6 de enero de 2016, bajo el argumento de que “(...) *el nominador -en ejercicio de la facultad discrecional- puede retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo y alcanzar los fines institucionales (...)*”.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

De la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 15, 25, 83, 121, 125 y 129.

Como concepto de violación de las normas invocadas, manifestó que el acto demandado está afectado por los cargos que se pasan a exponer:

Desviación de poder. Por cuanto el Alcalde de Bucaramanga señaló en varios medios de comunicación que debía “(...) *erradicar la corrupción (...)*” y, por ende, el Director de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga se vio en la obligación de realizar una persecución en contra de aquellos funcionarios que venían de la anterior administración. Esto trajo consigo la afectación del clima laboral y la salida de varios directivos y funcionarios, entre ellos, la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez, pese a que nunca había sido objeto de algún llamado de atención y que todo su tiempo lo dedicó a la creación, desarrollo e implementación del programa de gestión de calidad.

En otras palabras, la salida de la demandante no se debió a la búsqueda constante en mejorar el servicio, sino a una retaliación por haber laborado en la anterior administración.

Falta de motivación. Ya que la ausencia de motivación de los actos en donde se declara la insubsistencia de nombramientos de funcionarios de libre nombramiento y remoción se convierte en la posibilidad de que se convierta en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no tiene la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

1.3 Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda a la Dirección de Tránsito de Bucaramanga de conformidad con lo ordenado por auto de 2 de mayo de 2017 (folio 51), mediante notificación por correo electrónico efectuada el 8 de agosto de 2017 (folio 61), contestó de manera extemporánea.

1.4. La sentencia apelada⁴.

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 2 de agosto de 2018, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El cargo de Asesor código 105 grado 2 desempeñado por la demandante es de libre nombramiento y remoción, por ello el nominador, en razón a que es un cargo de confianza y manejo, podía declarar insubsistente el nombramiento de la demandante sin que mediara motivación, siempre y cuando no se vea afectada la prestación del servicio público.

Si bien es cierto el Alcalde de Bucaramanga es quien nombra al Director de Tránsito y hace parte del Consejo Directivo de la entidad, no significa que por este hecho haya influido en la expedición del acto acusado, pues dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre tal particularidad.

En efecto, las pruebas que obran en el expediente no permiten demostrar las irregularidades alegadas por la demandante, según la cual, el acto acusado se encuentra inmerso en falta de motivación y desviación de poder, pues no probó que su desvinculación hubiera obedecido al mero

capricho del nominador, a razones políticas o por animadversiones personales, concretamente, porque los artículos de prensa y radio por sí solos no son suficientes para demostrar razones diferentes al buen servicio; esto sin contar, que varias de las noticias aportadas fueron posteriores a la expedición del mismo y que son aseveraciones realizadas por el alcalde más no por el la autoridad que suscribió el acto.

1.5 El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación⁵:

Expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el *a-quo* por cuanto no fueron valoradas las pruebas que obran en el expediente y que denotan la persecución de parte de los directivos del ente demandado, entre ellas, del Alcalde de Bucaramanga, quien ostenta la calidad de presidente de la Junta Directiva de la Dirección de Tránsito; pues, (i) una vez éste se posesionó «1º de enero de 2016» comenzó a señalar en diferentes medios de comunicación que retiraría a todos los funcionarios que venían de la anterior administración y que fueran corruptos; (ii) a la fecha en que fue declarada insubsistente la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez ya había retirado a otros 10 funcionarios; y, (iii) la persona que la reemplazó generó trastornos funcionales al interior de la entidad.

De acuerdo con los testimonios rendidos en el proceso 2016-00197, el Director del ente demandado y las personas que éste nombró, entre ellas la Secretaria General, la señora Eva Cecilia López Rueda, se encargaron de ejecutar las órdenes impartidas por el Alcalde recién posesionado bajo el pretexto de “perseguir la corrupción” y con ello desprestigiaron, maltrataron y retiraron a los empleados de libre nombramiento y remoción que, insistió, venían de la anterior administración.

De otro lado, tampoco se tuvo en cuenta que fue la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez quien logró que la Dirección de Tránsito de Bucaramanga fuera certificada con normas técnicas de calidad, es decir, se produjo un acto de retiro, pese a las calidades profesionales y personales que aquella ostentaba.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con las exposiciones que obran en el recurso de apelación, establece la Sala como problema jurídico el siguiente:

Determinar si el acto por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento de la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez se encuentra viciado de desviación de poder, por cuanto, aparentemente, su retiro del servicio estuvo precedido de una persecución laboral en contra de aquellos funcionarios que hacían parte de la anterior administración y, además, su retiro se debió a causas ajenas al buen servicio.

Previo a resolver el problema jurídico y para fines metodológicos se hace necesario para la Sala, a pesar de que no hay discusión sobre la naturaleza del cargo y a sabiendas de que es un hecho probado y aceptado por las partes, reafirmar la razón por la cual se da tal condición.

La Dirección de Tránsito de Bucaramanga fue creada por iniciativa de la Asamblea Departamental en el año de 1936 como una dependencia de la Gobernación de Santander; sin embargo, con el objeto de prestarle un mejor servicio a los usuarios como al público en general, fue reestructurada con el fin de brindarle una descentralización administrativa y financiera a través del Acuerdo 040 de 1972⁶. Allí fue creada la Junta Administradora la cual sería conformada por: (i) el Alcalde de Bucaramanga o su delegado; (ii) dos representantes del Concejo Municipal con sus respectivos suplentes designados por el Concejo; (iii) el Director de Tránsito de Santander «sin voto»; (iv) el Jefe de la Oficina de Planeación Municipal; (v) un representante del Intra «sin voto»; y, (vi) el Secretario de Obras Públicas Municipales.

Posteriormente, a través del Acuerdo 016 de 1980 el Consejo municipal de Bucaramanga, en uso de las facultades que le confiriera el artículo 197 de la Constitución Política de 1886⁷, reestructuró la Dirección de Tránsito de Bucaramanga como un establecimiento con personería jurídica, dotada de autonomía administrativa, patrimonio y rentas propias, encargada de controlar y organizar todo lo relacionado con el tránsito dentro de su territorio, velar por cumplimiento de las disposiciones sobre la materia y ejercer las funciones de conformidad con el Código Nacional de Tránsito.

Tiempo después, el Concejo municipal de Bucaramanga en uso de las atribuciones que le otorgó la Constitución Política de 1991⁸ autorizó, mediante Acuerdo 002 de 2001⁹ al Alcalde por el término de un año para que modificara, adoptara y reformara la estructura administrativa de la administración central y de los institutos descentralizados, así mismo para que modificara y adoptara grados y escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos del municipio. En tal virtud, el Alcalde de Bucaramanga, por medio del Decreto 0221 de 30 de noviembre de 2001¹⁰, estableció la estructura de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga así:

“(…) 1. Consejo Directivo.

2. Dirección General.

3. Secretaría General.

4. Subdirección Financiera.

5. Subdirección Técnica.

6. Oficinas Asesoras.

6.1. Oficina Asesora jurídica.

6.2. Oficina Asesora de Planeación.

6.3. Oficina Asesora de Transporte.

6.4. Oficina Asesora de sistemas.

7. Órganos de Asesoría y Control.

7.1. Grupo revisiones Técnico-mecánicas.

7.2. Grupo de Control Interno.

(...)"

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones" estableció en su artículo 3º su campo de aplicación así:

"(...)

ARTÍCULO 3. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

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

(...)

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

(...)"

Por su parte, el artículo 5º *ibídem* clasificó los empleos como de carrera administrativa, con las siguientes excepciones:

"(...)

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

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

(...)

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

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

~
(...)

Presidente, Director o Gerente.

(...)" (Lo subrayado y en negrilla es de la Sala).

En el presente caso, se evidencia que mediante Resolución 458 de 2013 el Director General adicionó la Resolución 062 de 21 de febrero de 28 de agosto de 2013¹¹ el empleo creado a través del Acuerdo 012 de 28 de agosto de 2013 expedido por el Consejo Directivo de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, en el sentido de adicionar un cargo de Asesor código 105 grado 2, adscrito a la Dirección General, el cual, tendría las siguientes funciones esenciales:

"(...) 1. Servir de enlace entre la Dirección General y los procesos que componen el Sistema Integrado de Calidad en la entidad.

2. Socializar a la alta dirección los informes de auditorías externas e internas del SIGC, así como el seguimiento a los planes de mejoramiento derivadas de las mismas.

3. Diseñar estrategias gerenciales para el desarrollo de los lineamientos e incluir planes de acción establecidos en el sistema integrado de Gestión de Calidad.

4. Asesorar a los diferentes profesos del SIGC en los productos del sistema y las respectivas acciones de mejoramiento continuo que se requiera.

5. Asistir en el desarrollo del proceso de la auditoría interna de calidad

(...)"

En ese sentido, el caso en estudio se analizará bajo los parámetros que cobijan al Asesor o quien haga sus veces como de libre nombramiento y remoción, toda vez que además de que no existe discusión o controversia entre las partes sobre la naturaleza del cargo que ostentaba la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez, es evidente que era la encargada de realizar, implementar y mejorar los procesos que componen el Sistema Integrado de Calidad en la entidad; de hecho, conforme con la norma anteriormente citada, se encuentra excluido del sistema de carrera, precisamente porque dicho cargo comporta un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

Visto lo anterior, la Sala para desatar los problemas jurídicos planteados abordará los siguientes aspectos: i) de la facultad discrecional; y, ii) del caso en concreto.

i) **Facultad Discrecional. Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.**

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

“(…) Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley.

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

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

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

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

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.

Resulta razonable afirmar 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 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, a juicio de la Sala 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.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece 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 2. 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. (…)”.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en 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. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad¹².

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de

parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado¹³ 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.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece 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”.

Así las cosas, 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 despido¹⁴, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

ii) Del caso en concreto.

En el *sub-lite*, el apoderado de la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el *a quo* por cuanto no efectuó una adecuada valoración de las pruebas, pues, a su juicio, existen los suficientes elementos probatorios que permiten concluir que el acto acusado se encuentra inmerso en desviación de poder.

Para efectos de resolver el punto objeto de controversia, la Sala cuenta con los siguientes elementos probatorios:

a) Por medio de la Resolución 058 de 18 de febrero de 2009 la Directora General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga nombró a la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez como Jefe de la Oficina Asesora de Planeación, código 115, grado 02¹⁵; luego, mediante Resolución 462 de 2 de septiembre de 2013 fue nombrada Asesor código 105 grado 02, empleo que estaría adscrito al Director General¹⁶.

b) En virtud de la Resolución 009 de 6 de enero de 2016 el Director General de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga declaró insubsistente el nombramiento de la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez del cargo de Asesor código 105 grado 02¹⁷.

c) A folios 15 a 23 del expediente se evidencian diversos recortes de prensa en los cuales el entonces Alcalde electo de Bucaramanga, el señor Rodolfo Hernández, realizó diversas acusaciones en torno a la corrupción que permeaba a las diferentes entidades que hacían parte de la Alcaldía.

Pues bien, para efectos de brindar una solución al problema expuesto, es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia y la doctrina¹⁸ han clasificado las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, (ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, éstos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias “(...) que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.(...)”¹⁹

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

En el presente caso el apoderado de la demandante sustenta esta causal desde dos puntos de vista, de un lado, que existen los suficientes elementos probatorios que demuestran la persecución en contra de aquellos funcionarios que habían laborado en la anterior administración; y de otro, que con su salida se desmejoró el servicio. Para sustentar estos argumentos expresó, en el recurso de apelación, que no se ha tenido en cuenta que: (i) una vez el Alcalde de Bucaramanga se posesionó «1º de enero de 2016» comenzó a señalar en diferentes medios de comunicación que retiraría a todos los funcionarios que venían de la anterior administración y que fueran corruptos; (ii) a la fecha en que fue declarada insubsistente la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez ya había retirado a otros 10 funcionarios; y, (iii) la persona que la

remplazó generó trastornos funcionales al interior de la entidad.

Con relación con el primer argumento, esto es, con la presunta persecución laboral, la Sala observa de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, que el señor Rodolfo Hernández Suárez «Alcalde Bucaramanga para el periodo 2016-2019» tenía información de la difícil situación financiera que estaba atravesando la administración ocasionada por presuntos actos de corrupción; así mismo, que una de las personas que conformó su gabinete de gobierno fue el señor Miller Humberto Salas como Director de Tránsito de Bucaramanga; y, finalmente, que una vez éste se posesionó, declaró insubsistente el nombramiento de la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez.

Vistas las cosas de esa manera, en principio, sería dable declarar la nulidad del acto acusado, pues el Alcalde de Bucaramanga, antes de adoptar cualquier determinación que pueda afectar el buen y normal desarrollo de la entidad, debió realizar un balance y conocer la realidad de la situación administrativa y financiera; sin embargo, no se puede perder de vista que es posible que se haya realizado un proceso de empalme el cual le permitiera obtener tal información, pero además, no fue el Alcalde de Bucaramanga quien suscribió el acto acusado, sino el Director de Tránsito, razón por la cual es necesario que al proceso sean allegados diversos elementos probatorios en los cuales se evidencie el nexo causal entre el burgomaestre, el Director de la entidad y la demandante.

Dicho de otra manera, si bien el Alcalde fija las políticas públicas que satisfacen las necesidades de la sociedad y, para ello, conforma un gabinete con personas de su entera confianza que le van a ayudar a materializar todos los objetivos propuestos, tal es el caso del Director de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, es inevitable para desvirtuar la legalidad del acto acusado bajo el argumento propuesto por la demandante, que se pruebe la relación existente entre la acción determinante del Alcalde y el Director de la entidad con la declaración de insubsistencia.

Al realizar el anterior examen, es dable concluir que no existe ninguna prueba que demuestre esa relación causa-efecto, pues, como lo afirmó el *a-quo*, los recortes de prensa por sí solos no son suficientes para desvirtuar la legalidad de la Resolución 009 de 6 de enero de 2016²⁰, ya que era necesario que fueran aportados otros elementos probatorios que lleven al convencimiento pleno del juzgador de la ocurrencia de la causal alegada, por lo mismo, es imposible determinar el móvil oculto o reprochable del nominador en razón a la carencia de actividad probatoria por parte de la demandante.

Es necesario precisar, a la altura de lo enunciado, que al plenario NO fueron trasladados los testimonios rendidos en el proceso 2016-00197 en los términos que establece el artículo 174 del Código General del Proceso²¹, ni mucho menos fueron practicados los testimonios de los señores Rafael Horacio Núñez Latorre, Oscar Mauricio Sanabria Morales, Yadira Fernanda Gamboa Lamus, Claudia Bustamante Díaz y Martha Galván, pues aunque fueron solicitadas y ordenadas por el *a-quo*, el demandante no diligenció las respectivas boletas de citación en aras a que comparecieran los testigos²².

Así pues, pese a que la demandante manifestó que se pretendió retirar a todas aquellas personas que hacían parte de la anterior administración, lo cierto es que se no probó alguna conducta relacionada con esa persecución laboral, toda vez que no existen documentos que demuestren llamados de atención, descalificación laboral, ni el trato denigrante que haga presumir dicha situación, es decir, no cumplió con lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso²³, según el cual, les corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Al respecto, el tratadista Hernán Fabio López Blanco ha señalado²⁴:

“(…) Desde el punto de estrictamente procesal la prueba tiene como finalidad llevar certeza al funcionario judicial, usualmente el juez, acerca de los hechos base de las solicitudes pertinentes, llámense pretensiones, excepciones perentorias o cualquier otra cosa; en suma, se persigue con ella convencerlo de la ocurrencia de determinadas circunstancias de hecho. (…).”

Y es que para que proceda la causal de desviación de poder, las probanzas, se insiste, deben ser suficientes y contundentes que permitan inferir que la motivación del acto fue diferente al buen servicio, o de que su reemplazo generó una desmejora del servicio público; y como se dijo en líneas anteriores, la demandante no desdibujó con prueba seria, más allá de meras afirmaciones, la presunción de legalidad del acto demandado, en virtud de la cual se presume que la decisión de su insubsistencia obedeció a razones el buen servicio y que el mismo no se desmejoró.

En otras palabras, 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. De allí que, acreditar la existencia de condiciones fácticas anteriores al acto administrativo objeto de impugnación, con actuaciones realizadas con posterioridad al mismo, con la finalidad de destruir la presunción que lo ampara no es procedente. Así lo ha señalado esta Corporación:

“(…) 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”²⁵.

Por esta misma razón, tampoco es de recibo el argumento relacionado con el retiro de otros 10 funcionarios para el momento en que se produjo el retiro de la demandante, por cuanto además de que no obra en el plenario los actos administrativos que confirmen tal aseveración, los cargos de libre nombramiento y remoción como el ocupado por la demandante están destinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales y, en tal contexto, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacía el mismo propósito,

máxime cuando el cargo que ostentaba la demandante dependía de manera exclusiva del Director de Tránsito de Bucaramanga, pues estaba adscrito a éste.

Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que, en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral.

En lo que se refiere al presunto desmejoramiento del servicio, la Sala dirá que el recurrente no explicó en qué medida se deterioró el funcionamiento de la entidad, de hecho, sus manifestaciones estuvieron dirigidas a elevar las calidades profesionales y humanas que tenía la actora, sin que demostraran a ciencia cierta, por qué razón la decisión influyó negativamente en la prestación del servicio.

Vale decir respecto de este punto en particular, que las altas capacidades y logros académicos con los que pueda contar la demandante, no generan fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solas a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario. En efecto, así lo ha puntualizado la Corporación²⁶:

"(...) en lo que respecta al buen desempeño del actor durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador; fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examiné (sic), la que se presume ejercida en aras del buen servicio (...)"

Igualmente, vale la pena señalar que no existe en el expediente una prueba que indique que la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez haya realizado algo excepcional al normal desempeño de sus funciones como Asesor código 105 grado 02, que conduzca a considerar que quien la reemplazó no alcanzó tal grado de excepcionalidad. En efecto, no solo es necesario realizar afirmaciones relativas al buen desempeño laboral, sino que debió demostrar que cumplió con los estándares propuestos por la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y que su productividad estaba por encima de aquellas personas que continuaron desempeñando el citado cargo.

Entonces, si bien la desviación de poder está llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también lo es que el acto por medio del cual fue declarada insubsistente la demandante, no adolece de esta causal de nulidad en tanto obedeció a los fines generales y de interés público; es decir, que lo que buscó el nominador en uso de su facultad discrecional, fue mejorar el servicio público.

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la demandante fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador. De ahí que tampoco tiene vocación de prosperidad este cargo de la demanda, por ello, al no configurarse este cargo de anulación en particular y mantenerse incólume la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del *a-quo*, que negó las pretensiones de la demanda.

Condena en Costas.

En el numeral segundo de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandante. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda²⁷ de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del CPACA²⁸, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el *a-quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la demandante, quien formuló sus pretensiones de manera seria desde el punto de vista jurídico. Por consiguiente, se revocará el numeral segundo que condena en costas a la parte vencida dentro del proceso, por las consideraciones expuestas en precedencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR con modificación la sentencia de 2 de agosto de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual negó las pretensiones de la señora Johana Carolina Castañeda Sánchez en contra de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo a través de la cual el Tribunal Administrativo de Santander condenó en costas a la parte demandante. En su lugar, se dispone:

NEGAR la condena en costas, acorde con lo explicado en la motivación precedente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

(Firmado electrónicamente)
CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Informe visible a folio 267.
2. Demanda visible a folios 1 a 14 del expediente.
3. El abogado Orlando Quintero Rojas.
4. Visible a folios 222 a 227 del expediente.
5. Visible a folios 232 a 238 del expediente.
6. *"(...) Por el cual se reorganiza la Oficina de la Dirección de Circulación y Tránsito de Santander (...)"*.
7. *"(...) Corresponde a los Consejos municipales ordenar lo conveniente, por medio de acuerdos o reglamentos interiores, para la administración del Distrito; votar, en conformidad con las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales; llevar el movimiento anual de la población; formar el censo civil cuando lo determine la ley ejercer las demás funciones que le sean señaladas. (...)"*.
8. *"(...) ARTICULO 313. Corresponde a los concejos: (...)"*
3. *Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo. (...)"*.
9. *"(...) POR MEDIO DEL CUAL SE CONCEDEN UNAS AUTORIZACIONES Y FACULTADES EXTRAORDINARIAS AL SEÑOR ALCALDE MUNICIPAL (...)"*.
10. *"(...) Por el cual se establece la estructura de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga y se determinan las funciones generales de la dependencia (...)"*
11. *"(...) por el cual se adiciona un cargo al Manual de Funciones de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga (...)"*.
12. Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
13. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.
14. Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968
15. Visible a folio 42 del expediente.

16. Visible a folio 43 del expediente.

17. Visible a folio 135 del expediente.

18. Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en *"Le grands arrêts de la jurisprudence administrative"* 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, Pag. 26 a 35.

19. CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Dra. Clara Forero de Castro.

20. *"(...) por la cual se declara insubsistente un nombramiento (...)".*

21. *"(...) ARTÍCULO 174. PRUEBA TRASLADADA Y PRUEBA EXTRAPROCESAL. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtir la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales. (...)".*

22. Información tomada de la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 17 de mayo de 2018.

23. *"(...) Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)".*

24. LOPEZ BLANCO, H. F. *CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, PRUEBAS* (2017), Bogotá, Colombia, DUPRE Editores, Pag.70.

25. CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 24 de Marzo de 2011. Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardua en proceso con radicación interna 1587-09.

26. Consejo de Estado, Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 31 de julio de 1997, radicado 16128, actor Manuel Salamanca.

27. Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 07:07:12