



Sentencia 00382 de 2015 Consejo de Estado

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA – Principio de doble instancia. Alcance. Requiere de la presencia de un superior funcional. Objeto del recurso. Carga procesal del recurrente. Argumentar las inconformidades con la decisión de instancia

El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa. De otra parte, la normatividad procesal define los fines y el alcance de la apelación, como también el interés para interponerla, al precisar en el inciso 1º del artículo 350 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984 que el recurso de apelación «... tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme...». Una lectura sistemática de las anteriores normas lleva a concluir que al sustentar la apelación, el recurrente debe señalar al *ad quem* las inconformidades frente a la decisión del a quo para que el superior revise los posibles errores en que haya incurrido la primera instancia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 31 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 350 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 267

JEFE DEL CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO- Cargo de libre nombramiento y remoción / ACTO DE INSUBSISTENCIA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN- Facultad discrecional. No requiere motivación. Presunción legal del despido por razones de mejoramiento del servicio. Admite prueba en contrario. Carga de la prueba de la desviación de poder

Atendiendo precisamente a la naturaleza del cargo de Jefe de Control Interno como aquellos de libre nombramiento y remoción, por la confianza que éste demanda, se tiene que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento es discrecional, en tanto que puede dejarse sin efectos el nombramiento realizado, sin necesidad de motivar el acto de desvinculación, al presumirse que fue expedido en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público, como lo ha señalado la Sala. Así pues, las afirmaciones que se hagan en la sustentación de este cargo deben cumplir con la carga de la prueba que le corresponde de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984 y es por ello que a la parte actora le corresponde aportar las pruebas que lleven al juez a la certeza de que los motivos o fines que tuvo la administración son ajenos al interés público en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad. NOTA DE RELATORÍA. Sobre el carácter discrecional de la insubsistencia de los nombramientos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 1º de noviembre de 2007, C.P., Jesús María Lemos Bustamante, Rad., 4249-04.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 177

DESVIACIÓN DE PODER- Concepto / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – Desviación de poder. No idoneidad del reemplazo. Cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del cargo. Prueba

En cuanto a la desviación de poder resulta pertinente anotar que se trata del vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función

administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, 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 que debe someterse. En cuanto a la configuración de ésta causal de nulidad, por tal aspecto, es menester recordar, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, que lo que debe cuantificar el juez, a efectos de calificar la no idoneidad del reemplazo, son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, porque, en principio, el acto administrativo de nombramiento de un empleado es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia, de manera que la eventual ilegalidad del primero, no incide en la legalidad del segundo. En este sentido, debió probarse que el reemplazo de la actora no reunió los requisitos necesarios para el ejercicio del cargo o en su defecto que las calidades del nuevo funcionario eran evidentemente inferiores de las de la funcionaria saliente, de tal manera que se patenten las dificultades en la prestación del servicio generada por su retiro, razones éstas que imponen declarar la improsperidad de la desviación de poder por este argumento. NOTA DE RELATORIA. En cuanto a la configuración de la desviación de poder como causal de nulidad del acto administrativo. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 4 de septiembre de 2008, C.P., Jesús María Lemos Bustamante, rad. 0883-05.

PRUEBA DEL VÍNCULO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO -Insuficiencia del testimonio para acreditar la relación laboral. Idoneidad del documento

Sobre su vinculación laboral a la Universidad Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, ninguna prueba documental o certificación laboral fue allegada al proceso, pues únicamente obra el testimonio del señor Jesús Alonso Arroyave Pérez, quien laboró como Director de Talento Humano, que manifestó que la actora se desempeñó allí (desde el año de 1996) y dijo que le correspondía instruir los procesos disciplinarios que adelantaba la Universidad en contra de sus funcionarios. Al respecto valga señalar que dicha prueba no es demostrativa de la vinculación de una persona a un empleo público, en tanto que es un hecho respecto del cual la ley exige como medio de prueba idóneo y válido uno distinto al testimonio, como es el documento. En este sentido ésta Corporación ha señalado que *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 50 de 1886, normativa vigente, el desempeño en empleos públicos debe ser acreditado a través de los respectivos documentos en los que conste ese hecho, o en sus copias auténticas.* Al respecto valga señalar que dicha prueba no es demostrativa de la vinculación de una persona a un empleo público, en tanto que es un hecho respecto del cual la ley exige como medio de prueba idóneo y válido uno distinto al testimonio, como es el documento. En este sentido ésta Corporación ha señalado que *«de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 50 de 1886, normativa vigente, el desempeño en empleos públicos debe ser acreditado a través de los respectivos documentos en los que conste ese hecho, o en sus copias auténticas».* NOTA DE RELATORIA. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de julio de 2014, C.P., Guillermo Vargas Ayala.

BUEN DESEMPEÑO EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - No enerva la facultad discrecional

Esta Subsección ha afirmado en numerosas oportunidades que las cualidades laborales y personales de un funcionario, por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional, más aún en tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción. Finalmente, es menester indicar que 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 garantiza 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 del servidor en el ejercicio de su cargo no garantiza su estabilidad, sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del cargo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00382-01(0193-12)

Actor: LUZ ANGELA GARZON ROJAS

Demandado: EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA LTDA - METRO DE MEDELLIN LTDA

APELACIÓN SENTENCIA - AUTORIDADES MUNICIPALES

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia de 30 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda, instaurada por la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN ROJAS, en contra de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda, en adelante "Metro de Medellín Ltda".

2. PRETENSIONES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN ROJAS, por conducto de apoderado judicial, presentó demanda ante el a quo a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 2630 de 7 de septiembre de 2001, suscrita por el Gerente General de la Empresa Metro de Medellín Ltda, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de Control Interno Disciplinario, así como del Oficio sin fecha ni número a través del cual se le comunicó la anterior decisión.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó en síntesis, se condene a la demandada a su reintegro al mencionado cargo o a otro de similar o igual categoría; que se le pague el valor de todos los salarios, primas, bonificaciones, prestaciones legales y extralegales y cotizaciones al sistema de seguridad social dejados de percibir, junto con el pago de las costas del proceso.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Relató la demanda que la actora se vinculó laboralmente a la Empresa Metro de Medellín Ltda, mediante contrato de trabajo a término fijo, desde el día 30 de junio de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999, en calidad de trabajadora oficial como abogada inscrita a la Unidad de Personal y ante la terminación del contrato de trabajo, las partes convinieron de mutuo acuerdo prorrogar su duración, hasta el 29 de junio de 2000.

Dijo que la accionada se trata de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa regida por la Ley 6ª de 1945, su Decreto Reglamentario No. 2127 del mismo año, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 2400 de 1968 y 1950 de 1973; entonces por regla general sus servidores son trabajadores oficiales y por excepción empleados de libre nombramiento y remoción, por lo que no se aplica el régimen de carrera administrativa.

Añadió que mediante Resolución No. 2426 de 2000, la demandante fue nombrada en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno

Disciplinario, adscrita a la Gerencia General, posesionada según Acta No. E- 395, iniciando a partir del 21 de junio de 2000, tarea en la que se le encomendó el montaje, implementación y estructuración de la Oficina de Control Interno Disciplinario, que fue creada mediante resolución de junio de 2000, en cumplimiento de la exigencia legal establecida en el artículo 48 de la Ley 200 de 1995, ejerciendo unas funciones que le fueron atribuidas hasta el 7 de septiembre de 2001, fecha en la que fue declarada insubsistente conforme a la Resolución No. 2630 de esa fecha.

Precisó que se trata de una abogada, egresada el 17 de noviembre de 1998 de la Universidad de Medellín, con especialización en derecho administrativo, en enero de 2000. Además contaba con diplomados en derecho disciplinario de la Procuraduría y el Instituto Tecnológico de Antioquia de los años 1999 y 2000 y un seminario en derecho disciplinario organizado por la Empresa “Ecomedios” en los años 1999 y 2000. Que ejerció como Asistente de la Oficina Jurídica del Politécnico Colombiano “Jaime Isaza Cadavid desde octubre de 1997, hasta junio de 1999 y fue abogada dependiente de la Unidad de Personal de la Empresa Metro de Medellín entre el 30 de junio de 1999, hasta la fecha en que se creó el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, cargo en el que laboró desde el 21 de junio de 2000 hasta el 7 de septiembre de 2001.

Agregó que para su retiro de la empresa, el Gerente no tuvo en cuenta su dedicación, esfuerzo, entrega, experiencia, conocimiento institucional y calidades académicas, sino que procedió a nombrar en su reemplazo al señor Francisco José Gaviria Posada, sin que se atendiera a la mejora del servicio, pues comparando sus calidades y las del señor Gaviria Posada, quien a pesar de cumplir los requisitos académicos, la experiencia específica acreditada no estaba referida a las funciones del cargo, pues sólo hasta el momento de la insubsistencia de la demandante se estaba diseñando dicho manual de funciones y el perfil del cargo *“el cual deberá contener una experiencia mínima en materia disciplinaria”*.

Sostuvo que la salida de la demandante no obedeció a falta de eficiencia en el ejercicio de funciones sino a fines torcidos ajenos al buen servicio y que además incumplió la obligación señalada en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, normatividad que consideró aplicable por remisión del artículo 887 y 3° de la Ley 443 de 1998.

Precisó que en consecuencia no se puede decir que el nominador estaba en ejercicio de una competencia discrecional, sino que por el contrario estaba frente a una de carácter reglado, competencia de ejercicio de manera parcial con el ocultamiento del fin perseguido con el acto administrativo, con lo que dijo, se evidencia un vicio en los fines perseguidos sustrayéndose del buen servicio, al satisfacer motivos personales del Gerente General de la entidad para favorecer al señor Francisco José Gaviria Posada, a quien se le aumentó el sueldo de manera sustancial.

4. CAUSA PETENDI DE NULIDAD

Invocó como normas violadas los artículos 26, 53, 125, 209 de la Constitución Política.

De orden legal citó el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, los artículos 35, 36, 84 y 282 del Decreto 01 de 1984 y el artículo 303 del C.P.C.

Señaló la actora que los actos demandados incurren en desviación de poder, pues la persona que ingresó a reemplazarla no contaba con las calidades personales, académicas ni la experiencia laboral administrativa de la demandante, por cuanto, ella había realizado varios diplomados y seminarios en derecho disciplinario, dirigidos a mejorar la prestación del servicio encomendado como Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario y quien la reemplazó no tenía la trayectoria jurídica en el ejercicio de sus funciones del cargo de Control Interno Disciplinario, con lo que carece de idoneidad en su ejercicio; que con ello se prueba la presunción de desviación de poder en cabeza de la administración, quien tiene que probar que el nuevo funcionario sí es una persona idónea para desempeñar el cargo encomendado.

Dijo que según lo señalado por el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, y el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 debidamente interpretados por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de junio de 1994, la figura de la insubsistencia de nombramientos de empleados públicos se utiliza para la mejora del servicio, lo que no ocurrió en el caso pues *“se ha venido atrás en el ejercicio del mismo”*.

Añadió que se incurre en falsa motivación, pues luego de citar en extenso la sentencia C- 479 de 1992, de la Corte Constitucional, la autoridad

nominadora haciendo uso de la facultad discrecional puede remover a cualquier funcionario siempre que no pertenezca a una carrera, pero en todo caso ello no significa una desprotección del debido proceso, máxime que se presume la remoción en aras del buen servicio, correspondiéndole al servidor público desvirtuar, controvertir y probar que los móviles aducidos por el empleador al momento de la expedición del acto administrativo que provocó la remoción se apartan del fin natural del servicio público.

Que además se incurre en expedición irregular pues el acto administrativo demandado carece de motivación por lo que fue expedido de manera irregular, para lo cual, luego de efectuar un recuento histórico del tema aseveró que el Decreto 01 de 1984, artículo 36 dispone 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; que en Colombia, a través de lo señalado en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, pese a establecer que en los casos de funcionarios que no pertenezcan a una carrera se puede declarar la insubsistencia sin motivar la providencia, con lo que se exige dejar constancia en la hoja de vida.

Añadió que uno de los principios de la función administrativa se trata de la publicidad y con la motivación del acto administrativo se le da al juez una información en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, para constatar si se ajusta al orden jurídico y los fines señalados en el mismo. Que conforme al artículo 303 del C.P.C. las providencias serán motivadas a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite. Que la motivación responde al principio de publicidad de las actuaciones lo que supone mayor control a las decisiones de la administración, lo que significa que si no hay publicidad se viola el debido proceso.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Metro de Medellín Ltda, ejerció su derecho de contradicción, a través de apoderada judicial en escrito de oposición a las pretensiones de la demanda, obrante a folios 63 a 65 del expediente.

Dijo que en cuanto a lo que denomina la actora como experiencia administrativa para el ejercicio del cargo, puede verse claramente que fue obtenida por aquella trabajando en la empresa, ya que la que tenía tampoco era la más amplia.

Propuso la excepción de “legalidad de la resolución que declaró la insubsistencia y la comunicación que notificó la insubsistencia de la demandante”, dentro de la cual dijo que los actos demandados fueron proferidos dentro de la facultad de la administración de nombrar y remover libremente a los empleados que no pertenezcan a carrera administrativa o no estén amparados por un periodo determinado. Que los actos así expedidos están protegidos por la presunción de legalidad ya que se entienden encaminados a obtener efectividad en el servicio público.

Que se dictaron conforme a las ritualidades exigidas, orientados al mejoramiento del buen servicio público que concluyó con la terminación del vínculo legal y reglamentario que unió a la demandante con la Empresa Metro de Medellín Ltda, y la resolución de insubsistencia fue suscrita por la autoridad competente.

6. LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de Descongestión, negó las pretensiones del libelo, a través de providencia de 30 de septiembre de 2011. (fls. 118 y s.s.).

El a *quo* hizo referencia en primer lugar a la posición asumida por esta Corporación en cuanto a la facultad discrecional para declarar insubsistente el nombramiento para un cargo de libre nombramiento y remoción y entre otros argumentos destacó que en algunas ocasiones se ha encontrado probada la desviación de poder en el acto que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción por no tener quien lo reemplaza la experiencia y calidades académicas que lo hagan apto para el cargo, como lo pretende la demandante.

Que la Jurisprudencia de ésta Corporación ha entendido que el nombramiento de empleados de cargos de libre nombramiento y remoción es discrecional y en consecuencia su retiro también es discrecional, salvo que se nombre en el cargo un reemplazante que no cumpla con los requisitos mínimos para el mismo, lo que es excepción a la regla general.

Precisó que la actora no se trató de una empleada en provisionalidad sino de libre nombramiento y remoción razón por la cual no le eran aplicables los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de la necesidad en la motivación de los actos de retiro del servicio.

Luego dijo que no eran válidos los argumentos de ninguna de las partes en tanto que a efectos de definir la validez de la experiencia y conocimientos para un cargo no puede considerarse que no sean aceptados aquellos estudios adelantados a costa de la entidad demandada, ni la experiencia obtenida en el cargo cuando esa experiencia relacionada directamente con el cargo podría mostrar a una persona como más apta para ocuparlo.

Que no puede considerarse que el buen desempeño y los conocimientos de la demandante le signifiquen la aplicación de un fuero de estabilidad, pues éstas condiciones no pueden por sí solas enervar el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del nominador en el entendido de que presentar los conocimientos adecuados y comportar un buen desempeño en el cargo constituye un deber de todo servidor público y son unos presupuestos indispensables para garantizar la adecuada prestación del servicio público.

Añadió que la aplicación del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 fue interpretada de manera errónea por la actora, pues el indicar las causas de la insubsistencia en la hoja de vida no hace de ella una competencia reglada; que sólo se trata de un rito adicional para dar claridad a futuros empleadores respecto de la pulcritud del trabajo realizado por el empleado declarado insubsistente, a fin de que no se creyera que la ausencia de motivación del acto ocultara un posible actuar deficiente del empleado en el ejercicio de sus funciones. Que la obligación señalada en el inciso segundo del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, no tiene la entidad suficiente para convertir en facultad reglada una facultad discrecional.

Dijo que las afirmaciones de la actora acerca del favorecimiento del Gerente al señor Francisco José Gaviria son especulaciones, así como lo del aumento de salario, lo que no fue probado aunado a que a la accionante se le niveló su salario a categoría 203C, mientras laboraba como abogada de personal. Y que no se probó que el señor Gaviria no cumpliera con la experiencia y conocimientos mínimos en materia disciplinaria que estaban siendo incluidos en el manual de funciones que se estaba diseñando al momento de desvincular a la actora.

Indicó que fue escaso el material probatorio aportado, respecto a calidades académicas y experiencia del señor Gaviria. Que además, la propia demanda hace alusión a un manual de funciones que estaba en desarrollo al momento de la desvinculación de la demandante y nombramiento de Francisco Gaviria. Y por ello, no existían unos requisitos mínimos establecidos respecto de la experiencia y calidades académicas que debía cumplir un aspirante al cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, por lo que mal puede decirse que no era idóneo para el cargo, como lo corroboró la testigo Ofelia Osorio Guzmán.

Sobre la idoneidad para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción, dijo que la facultad discrecional puede ser cuestionada cuando quien llega nombrado a uno de estos cargos no cumple con los requisitos mínimos, sin que se debe hacer un juicio de valor sobre la eventual mayor idoneidad de algún otro aspirante.

Concluyó entonces que la actora no había logrado acreditar que efectivamente la expedición del acto demandado estuviera inmerso en la causal de anulación de desviación de poder, pues no se acreditó que la desvinculación de la demandante obedeciera a razones diferentes a la buena prestación del servicio público; además, conforme a la facultad discrecional del nominador para disponer de cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial, lo puede hacer en cualquier tiempo.

7. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandante interpuso el recurso de alzada. (fls. 128-167).

Manifestó, en síntesis, que la facultad discrecional del nominador para expedir el acto que declara insubsistente al servidor público que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, tiene como limitante que se expida para mejorar la prestación del servicio en beneficio del interés general.

Consideró que el a *quo* no valoró en su integridad la prueba documental y testimonial (parcial) obrante en el proceso, pues no se dio cumplimiento al auto de pruebas, al no liberar los oficios correspondientes, emisión con la que se negó a la actora la oportunidad de probar que con el nombramiento del señor Francisco Gaviria Posada la entidad demandada desmejoró el servicio, pues con ella y la prueba testimonial se configuraba la desviación de poder, por la carencia de experiencia y conocimientos que ostentaba el señor Francisco Gaviria Correa sobre la ley disciplinaria al momento de ocupar el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, lo que desmejoró la prestación del servicio, no sólo para la labor investigativa sino preventiva.

Agregó que no sólo basta acreditar el título de abogado sino la experiencia profesional mínima, relacionada con el mismo, como dijo que lo señala el manual de funciones, en donde se requería una experiencia de dos años y que posterior a su retiro ese requisito fue modificado sin justificación.

Precisó que la experiencia de la actora radicó en haber laborado en el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, *“correspondiéndole instruir los procesos y realizar capacitaciones al personal docente y directivos, aunado al hecho de que para ese entonces ya había iniciado la redacción de su libro denominado EL REGIMEN DISCIPLINARIO ESTATAL – LEY 200 DE 1995”* (fl. 136).

Insistió en que debe atenderse al testimonio del señor Jesús Alonso Arroyave Pérez como Director de Talento Humano de la entidad universitaria en donde laboró previamente, quien habló de sus calidades académicas y laborales.

Resaltó que de la prueba documental “Plan de Acción de 2001”, se evidencia el interés de la parte demandada de tomar como propios los resultados de las metas logradas para ese año, cuando la demandante se encontraba en el cargo, direccionando ese plan, es decir, se tomó como propios los frutos y el esfuerzo personal y profesional de la actora, pues efectuó capacitaciones a todo el personal y visitas a diversos lugares de trabajo nocturno para hacer seguimiento a las cuadrillas de operarios y evidenciar las falencias o fortalezas que reportaban para la prevención de conductas contrarias a la norma disciplinaria. Que desplegó una campaña preventiva y se disminuyó al 100% las conductas que se estaban presentando al interior de la entidad, lo que se advierte en la prueba documental aportada por la entidad y que justo antes de que se lanzara la campaña a nivel institucional se le notificó la decisión de retiro.

Que todo el material probatorio da cuenta del desmejoramiento del servicio, pues para el primer semestre del año 2000 se muestra la necesidad de dictar clase a los Gerentes, Auxiliares y Jefes de Proceso, en donde se propuso contactar a los Doctores Rafael Darío Restrepo, Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia y a Jorge Alberto Otálvaro, Personero Municipal, para dictar una capacitación a los directivos, situación cuestionable pues el Dr. Restrepo era el Magistrado a quien por reparto le había correspondido sustanciar y decidir sobre la demanda instaurada por la demandante en contra de la Empresa Metro de Medellín, como se dijo en el plan de acción de 21 de junio de 2002, aunado a que por auto de 19 de abril de ese año se había admitido la demanda.

Añadió que si el reemplazo de la actora contaba con la experiencia necesaria para el ejercicio del cargo no era necesario contactar a terceras personas para realizar una labor propia de la oficina, con lo que se evidencia que no se pretendió el mejoramiento del servicio.

Insistió en que no existe fundamento o criterio razonable para que se haya modificado el requisito mínimo de experiencia que se había establecido en la época en que fue desvinculada del cargo, con lo que se favorecieron los intereses del señor Francisco Gaviria; que ello se evidencia en el plan de acción de 21 de agosto de 2001, frente al cumplimiento de metas y logros obtenidos por la demandante cuando estuvo ocupando el cargo, pues quien la reemplazó únicamente se limitó a culminar lo que ya se había dejado proyectado y programado por la actora, pues no aportó nada nuevo y no le dio continuidad a la gestión y además, para el año 2002 se incrementaron los procesos disciplinarios y las denuncias recibidas, ya que mientras la demandante en 8 meses y 7 días reportó 7 procesos disciplinarios, el señor Gaviria en seis meses reportó siete.

Que el desmejoramiento del servicio se advierte en la falta de continuidad a los procesos adoptados por la entidad mientras la demandante estuvo vinculada a la Empresa Metro de Medellín, desmejorando la prestación del servicio producto del abandono de la gestión preventiva, con lo que se lesionó el buen funcionamiento de la entidad.

Reiteró que al momento de la desvinculación del servicio de la actora se exigía como requisito mínimo acreditar una experiencia de dos años, pero que ello no quedó consagrado en la reforma que se hizo y la actora gozaba de una experiencia aproximada de cuatro años en el área relacionada con el cargo al momento de ser desvinculada del mismo.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad la apoderada de la parte demandada (fls. 221-223), insistió en que en el proceso no se demostró la desmejora del servicio, presupuesto necesario para que se declare la nulidad del acto demandado, con base en que la señora Garzón Rojas adquirió el conocimiento y la experiencia en Derecho Disciplinario en el ejercicio de su cargo y que confrontada su hoja de vida con la del Dr. Francisco José Gaviria Posada, persona que la reemplazó en el cargo, se advierte que el señor Gaviria contaba con una amplia experiencia al momento de posesionarse y que se había graduado hacía casi 30 años y se había desempeñado en altos cargos de dirección, de los cuales se destaca el de Jefe de Departamento de Personal de FABRICATO y Jefe de Relaciones Industriales y de Personal de la Compañía Colombiana de Tabaco en los cuales supervisaba el estricto cumplimiento del reglamento interno de trabajo, actividades afines a las que ejerció en la Oficina de Control Interno Disciplinario.

En cambio, la demandante al momento de ingresar a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá llevaba unos pocos meses de graduada y cuando ejerció como Jefe de Control Interno Disciplinario su única experiencia en el campo profesional la adquirió en la entidad en la Oficina de Personal; que por ello no puede afirmarse que para desempeñarse como Jefe de Control Interno Disciplinario se requiera la experiencia académica y administrativa con que contaba la demandante, pues quien la reemplazó tenía aún más experiencia.

Insistió en que la declaratoria de insubsistencia de un cargo del libre nombramiento y remoción es una facultad discrecional del nominador que no requiere motivación alguna y ello obedece a que su expedición se hace para mejorar el servicio, conforme al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, además, que la permanencia del empleado de libre nombramiento y remoción por la propia naturaleza del acto está supeditada a la discrecionalidad del nominador.

A su turno, la apoderada de la demandante (fls. 224 a 229) señaló que a la demandante se le vulneró el derecho fundamental del debido proceso y el principio de legalidad por cuanto al omitirse liberar los oficios de práctica de pruebas, se impidió que se decidiera conforme a derecho, por lo que la ausencia en la apreciación del acervo probatorio solicitado adolece de certeza sobre los hechos que se debaten, limitando la apreciación conjunta de las pruebas.

Que el señor Gaviria Posada no acreditó experiencia en el sector público al momento de ingresar a la entidad demandada fecha en la cual requería de una mínima experiencia en el tema disciplinario.

Reiteró su argumentación frente a la labor que estaba desplegando la demandante en la entidad al momento de ser declarado insubsistente su nombramiento, junto con el argumento según el cual con el ingreso del señor Gaviria se incrementaron en un 100 % los procesos disciplinarios.

9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹

El señor Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado sostuvo, en síntesis, que por tratarse de un cargo de libre nombramiento y remoción el cargo de la demandante, no existía la obligación legal de motivar el acto de retiro con base en el carácter discrecional de la decisión.

Frente a la desviación de poder y en particular frente al argumento según el cual el funcionario que reemplazó a la actora no contaba con la

experiencia de las funciones y su salida de la administración no fue sino por fines torcidos y ajenos al buen servicio, dijo que de las pruebas existentes en el *sub lite* no indicaban que el señor Gaviria no cumpliera con los requisitos mínimos de su ejercicio, por lo que dicho argumento no contaba con el soporte fáctico, en tanto que la idoneidad del reemplazo se probó.

Dijo que conforme a esta Corporación, lo que debe calificar al juez a efectos de calificar la no idoneidad del reemplazo son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, porque en principio el acto administrativo de nombramiento de un empleado es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia, por lo que la eventual ilegalidad del primero no incide en la ilegalidad del segundo.

Añadió que no se probó ningún fin torcido de la administración y además la accionante desconoce que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción como es su caso, es procedente sin necesidad de motivación, sin procedimientos o condiciones adicionales a la expedición del acto por parte del nominador y goza de presunción de legalidad, por lo que debía confirmarse la sentencia de primera instancia en tanto que el acto enjuiciado se basó en la discrecionalidad con que contaba la Empresa.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El marco de juzgamiento de esta instancia lo constituye el recurso de alzada y se contrae a establecer si la Resolución No. 2630 de 7 de septiembre de 2001, suscrita por el Gerente General de la Empresa Metro de Medellín Ltda, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de Control Interno Disciplinario, así como del Oficio sin fecha ni número a través del cual se le comunicó la anterior decisión, deben ser anulados al adolecer del vicio de desviación de poder, conforme al marco del recurso de alzada.

1. Cuestión previa. Del recurso de apelación.

Previo a estudiar el recurso de apelación interpuesto, esta Corporación considera necesario realizar la siguiente precisión:

El principio de la doble instancia, elevado a canon constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, prevé que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley; esta garantía del derecho de impugnación, como posibilidad de controvertir una decisión judicial, exige la presencia jerárquica del Superior, quien participa como autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa.

En suma, el principio de la doble instancia encierra una de las más caras garantías establecidas en la Carta Política, por ello, es deber del Juez, salvo las excepciones expresamente consignadas por el Legislador, procurar su realización y plena efectividad como garantía de los derechos de impugnación y de contradicción que subyacen del mismo.

No obstante, el acceso a dicho derecho no opera de manera deliberada; por ello, el legislador ha establecido algunos requisitos de oportunidad y procedencia para su efectividad, que deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación, requisitos que dentro del procedimiento contencioso administrativo quedaron consignados dentro de los artículos 181 y 212 del Decreto 01 de 1984, modificado por la Ley 1395 de 2010. El primero, prevé que serán apelables las sentencias de primera instancia; el segundo establece, el trámite bajo el cual ha de surtir la apelación señalando el término para la sustentación².

De otra parte, la normatividad procesal define los fines y el alcance de la apelación, como también el interés para interponerla, al precisar en el inciso 1º del artículo 350 del C.P.C., aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984

que el recurso de apelación "... tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme...".

Una lectura sistemática de las anteriores normas lleva a concluir que al sustentar la apelación, el recurrente debe señalar al *ad quem* las inconformidades frente a la decisión del a quo para que el superior revise los posibles errores en que haya incurrido la primera instancia.

2. Del fondo del asunto.

El objeto de la litis versa sobre la legalidad de los actos de retiro del servicio de la demandada como Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Empresa Metro de Medellín Ltda, cargo que ocupó desde el 21 de junio de 2000 hasta el 7 de septiembre de 2001.³

Por ello, para poder verificar si se configura el vicio de desviación de poder en que insiste la apelante, debemos efectuar las siguientes precisiones acerca de la naturaleza de la entidad y del cargo que ocupaba la actora para luego, de conformidad con el marco de la alzada y el acervo probatorio obrante en el expediente, establecer si el acto censurado adolece del vicio endilgado.

2.1. De la naturaleza del cargo.

El artículo 125 de la Carta Política, dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Para el caso, la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá – Metro de Medellín Ltda – se trata de una entidad de derecho público del orden municipal que se constituyó en sociedad de responsabilidad limitada mediante Escritura Pública No. 1020 de 31 de mayo de 1979, otorgada ante la Notaría 9ª de Medellín e inscrita el 3 de julio de 1979 en la Cámara de Comercio de esa ciudad (fsl. 67 y s.s.).

No fue allegada al expediente certificación o documento que señale la clasificación del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario, en tanto como se afirma a folio 11, fue creado a través de la Resolución No. 2426 de 21 de junio de 2000, unos pocos días antes del ingreso de la actora, sin embargo, pese a que no existe controversia acerca de que se trata de aquellos de libre nombramiento y remoción, debe señalarse que al momento de ser desvinculada la señora Garzón Rojas del servicio, se encontraba vigente la Ley 443 de 1998, que en el artículo 5º clasificó los empleos como de carrera administrativa, con excepción, para el nivel territorial, de los siguientes:

"ARTÍCULO 5º. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:

(...)

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

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

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior distinta a los entes universitarios autónomos⁴; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefe de Control Interno.

(...)." Negrilla de la Sala.

De lo expuesto, atendiendo precisamente a la naturaleza del cargo de Jefe de Control Interno como aquellos de libre nombramiento y remoción, por la confianza que éste demanda, se tiene que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento es discrecional⁵, en tanto que puede dejarse sin efectos el nombramiento realizado, sin necesidad de motivar el acto de desvinculación, al presumirse que fue expedido en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público, como lo ha señalado la Sala:

"...el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera."⁶

Empero, se recuerda que tal presunción legal, desde luego, puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, los que llevaron al nominador a declarar la insubsistencia del nombramiento.

Así pues, las afirmaciones que se hagan en la sustentación de este cargo deben cumplir con la carga de la prueba que le corresponde de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por expresa remisión del artículo 267 del Decreto 01 de 1984 y es por ello que a la parte actora le corresponde aportar las pruebas que lleven al juez a la certeza de que los motivos o fines que tuvo la administración son ajenos al interés público en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad.

2.2. Tópicos del recurso de apelación. Causal de desviación de poder.

El recurso de apelación se centra en la configuración del vicio de desviación de poder al considerar, fundamentalmente, que (i) quien reemplazó a la actora no reunía los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo y además, (ii) porque hubo desmejoramiento del servicio, por la falta de continuidad en el seguimiento de los programas y actividades iniciados por la actora precisamente por la calidad e idoneidad que ella demostraba para el ejercicio del pluricitado cargo.

En primer lugar, en cuanto a la desviación de poder resulta pertinente anotar que se trata del vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto perseguido por el mismo, configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, 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 que debe someterse.

Ahora bien, el primero de los argumentos del recurso consiste, en síntesis, en que el señor Francisco Gaviria Posada, no reunía los requisitos mínimos del cargo y carecía de experiencia sobre la ley disciplinaria al momento de ser nombrado y tomar posesión como Jefe de la Oficina de Control Interno, pues no sólo bastaba acreditar el título de abogado sino acreditar experiencia profesional mínima relacionada con el mismo, exigencia señalada en el manual de funciones, según la apelante, al requerirse una experiencia mínima de dos años y que posterior a su retiro ese requisito fue modificado sin razón de justificación.

En cuanto a la configuración de ésta causal de nulidad, por tal aspecto, es menester recordar, como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁷, que lo que debe cuantificar el Juez, a efectos de calificar la no idoneidad del reemplazo, son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, porque, en principio, el acto administrativo de nombramiento de un empleado es ajeno y autónomo a la declaratoria de insubsistencia, de manera que la eventual ilegalidad del primero, no incide en la legalidad del segundo.

Al respecto valga precisar que no fue allegado al expediente el manual de funciones y requisitos del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de la Empresa Metro de Medellín Ltda, sin embargo, a folio 203 del expediente obra certificación suscrita por la Jefe del Área de Gestión del Talento Humano de esa entidad, en la que señala que para el 7 de septiembre de 2001 los requisitos exigidos para tal cargo eran los determinados por la ley, toda vez que para la época la empresa se encontraba adelantando un proceso de reestructuración administrativa, el cual finalizó el primer trimestre del año 2002, en el que se definieron los perfiles de cada uno de los cargos de la entidad.

Partiendo de la anterior afirmación, debemos en consecuencia, remitirnos a la normas aplicable al sub lite, como es la Ley 87 de 1993, por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones, previsión que establece en su artículo 11:

“ARTÍCULO 11. DESIGNACIÓN DE JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO. El asesor, coordinador, auditor o quien haga sus veces será un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo, según sea su competencia y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones propias de cada entidad.”.

Parágrafo 1º. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del Control Interno.”. Resalta la Sala.

Esta norma, además de ratificar el querer del legislador en el artículo 5º de la Ley 443 de 1998, que califica el cargo de Jefe de Control Interno como de libre nombramiento y remoción, precisa los requisitos que debe acreditar quien pretenda ocuparlo, es decir, *“formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del Control Interno”.*

Ninguna otra previsión aplicable a la fecha de retiro de la actora contiene un requisito adicional al señalado para el ejercicio del control interno disciplinario, razón que aunada a lo manifestado por la misma la entidad, dicha Oficina fue creada a través de la Resolución No.2426 de 21 de junio de 2000, fecha desde que la actora sumió el cargo en cuestión, razón que lleva a colegir la ausencia de un manual de funciones y requisitos específico, por lo que debían aplicarse las previsiones señaladas en la ley, entre las cuales no se encuentra la exigencia de los dos años de experiencia relacionada, al contrario de lo señalado por la apelante.

En consecuencia, procederá la Sala a verificar si en efecto, existe infracción a la norma que dispone los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de la Empresa Metro de Medellín Ltda, atendiendo al parámetro normativo señalado en la ley. En efecto, las pruebas allegadas dan cuenta del siguiente resumen de estudios académicos y trayectoria laboral de la demandante.

Estudios Superiores⁸:

| Fecha | Título | Universidad o Entidad |
|--------------------------|---|---|
| 17 de noviembre de 1998 | Abogada | Universidad de Medellín |
| 22 de noviembre de 1999 | Seminario “El régimen disciplinario de cara al nuevo milenio” (un Día) | Personería de Medellín y Contraloría General de Medellín. |
| 23 y 24 de marzo de 2000 | Seminario “Aspectos Prácticos del Control Disciplinario” (16 horas académicas). | Entidad “ECOMEDIOS” |
| 28 de abril de 2000 | Mitos y Realidades del Consumo de Sustancias en el medio laboral (un día). | Hospital Universitario San Vicente de Paul |

| | | |
|---|---|---|
| 1° de septiembre de 2000 al 2 de diciembre de ese mismo año | Diplomado “Código Disciplinario” 126 horas. | Entidad Educativa “Tecnológico de Antioquia”. |
| 5 y 6 de diciembre de 2000 | Seminario Las Reformas de la Administración (20 horas académicas) | Entidad: “High Training Professional Group”. |
| 29-09-2000 | Curso de Competencias para el liderazgo- 20 horas | SENA |

Advierte la Sala, que en el formato de hoja de vida de la función pública (fls. 197 y 198) se indica que contaba con seis semestres aprobados de la Especialización en Derecho Administrativo, pero contradictoriamente, en la página siguiente indica que cursó la especialización en la Universidad de Medellín, finalizándola en el mes de junio de 1999, es decir casi seis meses después de graduarse como abogada.

Quiere decir lo anterior, que únicamente se probó que al momento del retiro de la entidad, la actora acreditaba la condición de abogada, pero no contaba con ningún título de especialización, sino con algunos cursos cortos y un diplomado de derecho disciplinario.

Trayectoria Laboral de la demandante.

| Fecha | Cargo | Lugar |
|---|---|---------------------------------|
| 30 de junio de 1999 - 29 de junio de 2000 ⁹ | Abogada adscrita a la Unidad de Administración de personal de la Gerencia administrativa y de Talento Humano. | Empresa Metro de Medellín Ltda. |
| 21 de junio de 2000 - 7 de septiembre de 2001 ¹⁰ | Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario | Empresa Metro de Medellín Ltda. |

Sobre su vinculación laboral a la Universidad Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, ninguna prueba documental o certificación laboral fue allegada al proceso, pues únicamente obra el testimonio del señor Jesús Alonso Arroyave Pérez, quien laboró como Director de Talento Humano, que manifestó que la actora se desempeñó allí (desde el año de 1996) y dijo que le correspondía instruir los procesos disciplinarios que adelantaba la Universidad en contra de sus funcionarios. (fl. 97).

Al respecto valga señalar que dicha prueba no es demostrativa de la vinculación de una persona a un empleo público, en tanto que es un hecho respecto del cual la ley exige como medio de prueba idóneo y válido uno distinto al testimonio, como es el documento. En este sentido ésta Corporación ha señalado que *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 50 de 1886, normativa vigente, el desempeño en empleos públicos debe ser acreditado a través de los respectivos documentos en los que conste ese hecho, o en sus copias auténticas.”*¹¹

De todo lo anterior, es evidente que la actora, contaba con los requisitos mínimos para su desempeño como Jefe de la Oficina Jurídica, es decir, acreditar el título de abogada, cargo en que en el que sólo permaneció poco más de un año y dos meses. Además, si bien es cierto, la señora Garzón Rojas laboró previamente un año como abogada adscrita a la Unidad de Administración de personal de la Gerencia Administrativa y de Talento Humano, y acreditó un diplomado y unos pocos cursos cortos sobre el tema, tal situación es irrelevante para demostrar la superioridad en la trayectoria académica y laboral de quien la ingresó a reemplazar, pues se insiste, el análisis del juez debe proyectarse sobre éste aspecto, en la verificación de los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, aspecto que pasa a analizarse:

De acuerdo a la Resolución No. 2632 de 17 de septiembre de 2001, suscrita por el Gerente General de la demandada, se nombró al señor Francisco José Gaviria Posada como Jefe de Control Interno Disciplinario.

Además, el formato de hoja de vida del señor Gaviria Posada, allegado a folios 186, sin soportes físicos, señala que es Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, con tarjeta profesional No. 16289 del Ministerio de Justicia, información que se corrobora en consulta individual de abogados en la página web de la Rama Judicial¹², que indica como fecha de expedición el 2 de agosto de 1977 y se encuentra vigente.

La hoja de vida indica (fl. 186) que el mencionado señor cuenta con “otros estudios” sobre administración de recursos financieros, comercio exterior, análisis y otorgamiento de créditos, desarrollo organizacional, funciones administrativas sobre la tesis de Peter Drucker, administración por objetivos y reingeniería administrativa, no obstante, no se allegó la copia de ningún diploma o certificado que corrobore lo allí indicado.

Tampoco se allegó ninguna prueba documental que de cuenta de la trayectoria laboral, allí especificada como (i) abogado de la sección jurídica de la Compañía de Seguros, (ii) como jefe de departamento de personal de FABRICATO o (iii) como Jefe de Relaciones Industriales y de Personal de la Compañía Colombiana de Tabaco y (iv) Subgerente del Banco Ganadero.

Por ello, igual apreciación cabe señalar a la defensa de la entidad, en cuanto a que tales condiciones se acreditan documentalmente por lo que no vale la simple relación en la hoja de vida de ingreso, de los estudios o los empleos desempeñados, pues ellos se demuestran con las constancia, certificaciones, actas de nombramiento y posesión y los diplomas otorgados por las entidades educativas pertinentes.

Además, si bien se allegaron certificaciones de algunos cursos tales como Cátedra Empresarial Metro (24 horas), Alta Gerencia y Habilidades de Dirección (152 horas) y la participación en un Congreso de Derecho Disciplinario (24 horas), se tiene que todos ellos fueron realizados por el señor Gaviria Posada en el año 2008. (fls. 194 y s.s.).

De todo lo probado anterior, se advierte entonces, que tanto para el retiro de la señora Luz Ángela Garzón Rojas como el ingreso del señor Francisco José Gaviria Posada a la Empresa Metro de Medellín, se encontraban en las mismas condiciones académicas, con la acreditación del título profesional de abogado, y si bien la actora allegó un diplomado en el tema, el único requisito que en realidad es exigido por la Ley 87 de 1993, es la *“formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del Control Interno.”*

Se reitera además que la norma no exige 2 años de experiencia específica, como anotó la demandante, razón por la que es irrelevante que el señor Gaviria Posada no haya demostrado al ingreso a la entidad alguna trayectoria laboral relacionada con el tema, en tanto que lo que se debe analizar es el cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

Ahora bien, ésta Subsección ha afirmado en numerosas oportunidades que las cualidades laborales y personales de un funcionario, por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni coartan la facultad discrecional, más aún entratándose de cargos de libre nombramiento y remoción.

En este sentido, debió probarse que el reemplazo de la actora no reunió los requisitos necesarios para el ejercicio del cargo o en su defecto que las calidades del nuevo funcionario eran evidentemente inferiores de las de la funcionaria saliente, de tal manera que se patenten las dificultades en la prestación del servicio generada por su retiro, razones éstas que imponen declarar la improsperidad de la desviación de poder por este argumento.

Ahora bien, en cuanto al aspecto relacionado con el desmejoramiento del servicio, el recurso de apelación indica, en síntesis, que la entidad tomó como propios los resultados de las metas logradas para ese año, cuando la demandante se encontraba en el cargo direccionando ese plan, es decir, se tomó como propios los frutos del esfuerzo personal y profesional de la demandante, quien efectuó capacitaciones a todo el personal y visitas a diversos lugares de trabajo nocturno para hacer seguimiento a las cuadrillas de operarios para la prevención de conductas contrarias a la norma disciplinaria, como parte de una campaña preventiva y que se disminuyó al 100% las conductas que se estaban presentando al interior de la entidad, lo que se evidencia en la prueba documental aportada por la entidad y que luego de su salida se advirtió la falta de capacitación principalmente al nivel directivo de la Empresa, como se evidencia en el plan de acción de 21 de agosto de 2001, todo lo cual llevó a que para el año 2002 se incrementaran los procesos disciplinarios y las denuncias recibidas, pues mientras ella estuvo en ese cargo en 8 meses y 7 días reportó 7 procesos disciplinarios, pero el “reemplazante” en seis meses reportó siete.

Al respecto se recepcionó el testimonio de la señora Ofelia Osorio Guzmán, quien señaló desempeñarse como abogada de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Empresa Metro de Medellín Ltda. desde el año 2001 (no se dijo la fecha exacta) hasta el año 2003. (fls. 94 y 95) y quien manifestó que no recibió ninguna capacitación de la actora, pero si la acompañó a varias charlas que ella hacía y le constaba que su filosofía de trabajo era más preventiva que coercitiva y que para esa época la capacitación la efectuaban la demandante y la señora Juliet Pabón, abogada de la misma oficina.

Además dijo, acerca de la Ley 734 de 2002, que ella misma junto con las señoras Juliet Pabón y Patricia Alarcón daban conferencias y charlas a los empleados.

Coligió la testigo que el señor Francisco Gaviria no tenía ninguna experiencia en la materia, pero en ningún momento señaló que se hubiese desmejorado el servicio prestado y al contrario dijo que en los dos años que estuvo en el Metro pudo observar buena conducta por parte de sus funcionarios respecto del régimen disciplinario. (fl. 95).

También se allegaron los siguientes documentos:

. Copia el Informe de Resultados respecto de plan de acción del año 2001, elaborado por la Oficina de Control Interno Disciplinario el 27 de enero de 2002, que abarcó dos componentes. (fls. 71 y 72).

. Labor preventiva. En él se indicó que durante el año 2001 dicha Oficina, difundió entre todo el personal de la Organización las normas que integran el régimen disciplinario y se dijo que en el último bimestre se contactó al personal de comunicaciones para organizar el lanzamiento de la campaña tendiendo a dar a conocer todos los cambios en el régimen disciplinario.

. Labor correctiva: se dijo que durante el año 2001 se tramitaron 4 indagaciones preliminares y una vez agotada la etapa probatoria se concluyó que no existía mérito suficiente para la apertura de la investigación disciplinaria. Que además se adelantaron 6 investigaciones disciplinarias.

. Copia el Informe de Resultados respecto de plan de acción del año 2002, elaborado por la Oficina de Control Interno Disciplinario el 21 de junio de 2002, referente a:

. Frente al tema de la capacitación se dijo que aproximadamente hasta el 26 de abril se instruyó al 94% del personal de la Empresa en lo relacionado con el nuevo Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002, de acuerdo a campaña iniciada el 7 de febrero). Se dijo que con el lanzamiento de la campaña se entregó a todo el personal copia del nuevo Código Disciplinario Único y elementos publicitarios de la campaña.

. Además se dijo que de las denuncias recibidas que dieron origen a investigaciones disciplinarias iniciadas durante el año 2001, en el primer semestre de 2002 aún se encontraban en trámite 4 de ellas. Se dijo que en el primer semestre del año 2002 se recibieron 5 denuncias por presuntas irregularidades en la ejecución de los procedimientos operativos y administrativos y que en la actualidad tres de dichas actuaciones se encontraban en etapa investigativa y las dos restantes pendientes por formulación de cargos.

. Se dijo que tenían como objetivo, en cuanto a la perspectiva de imagen y prestigio, el fortalecimiento de la imagen de la Oficina de Control Interno Disciplinario a través de un contacto permanente con todos los niveles administrativos y operativos de la organización.

Como se aprecia, ni el testimonio a que se ha hecho referencia ni los documentos allegados dan cuenta de manera palmaria que en efecto se haya presentado desmejoramiento del servicio de la Oficina de Control Interno Disciplinario con la salida de la señora Luz Ángela Garzón Rojas, pues al contrario, el sistema de charlas y labor preventiva se siguió implementando, si no de manera directa por el señor Francisco Gaviria, sí a través de las personas que se encontraban bajo su dirección, pues la misma testigo indica que junto con otras dos funcionarias impartieron orientación acerca de la Ley 734 de 2002. Además, se implementó una capacitación del 94% de los empleados acerca del nuevo Código Disciplinario Único, quedando pendiente la capacitación de unos Subgerentes Auxiliares y Jefes de Proceso, con lo que no puede aceptarse que se haya fallado en la consecución de los objetivos en la labor preventiva.

No puede atenderse a las cifras a que acude la apoderada de la actora¹³ frente al incremento en la labor coercitiva, pues no indican mayor cambio en los indicadores de las conductas disciplinarias investigadas; al contrario, como se aprecia a folios 80 a 86 se registran 15 diferentes investigaciones disciplinarias adelantadas en virtud de denuncia o queja, correspondientes a los años 2000 y parte del año 2001, la gran

mayoría de ellas cuando la actora laboraba como Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario.

Finalmente, es menester indicar que 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 garantiza 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 del servidor en el ejercicio de su cargo no garantiza su estabilidad, sino que se constituye en el presupuesto natural del ejercicio del cargo.

Así las cosas, le asiste razón a la parte demandada, en el sentido de que con la declaratoria de insubsistencia de la actora no se configuró la desviación de poder por desmejora en el servicio, que obedeciera a la arbitrariedad intencional de la Administración con fines personales, para favorecer a terceros o con influencia de una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, en abuso de sus poderes para fines diferentes de aquellos que le fueron conferidos por la ley.

Por lo anterior, se concluye que en el *sub lite* el acto de remoción acusado fue simplemente el resultado del ejercicio de las facultades que ostentaba el nominador, por lo que al no haberse logrado desvirtuar su legalidad, la Sala confirmará la sentencia del a quo por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO. - CONFÍRMASE pero por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de septiembre de 2011, que negó las súplicas de la demanda instaurada por LUZ ÁNGELA GARZÓN ROJAS contra la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda, "Metro de Medellín Ltda".

SEGUNDO. - RECONÓCESE personería al abogado Wilson Andrés Salazar García, para actuar dentro del presente proceso como apoderado judicial de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda Metro de Medellín Ltda, de conformidad con el poder otorgado, obrante a folio 253 del expediente.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Visible a folio 231 y s.s.

2. Sustentar significa "...4. Defender o sostener determinada opinión..." Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, 1992, pág., 1365.

3. Mediante Resolución No. 2426 de 21 de junio de 2000, suscrita por el Gerente Administrativo y de Talento Humano de la Empresa Metro de Medellín Ltda, se nombró a la señora LUZ ÁNGELA GARZÓN ROJAS como Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario Categoría 301 C, cargo para el que se posesionó en esa fecha.

También está demostrado que mediante Resolución No. 2630 de 7 de septiembre de 2001, proferido por el Gerente General de esa Empresa, se declaró insubsiste el mencionado nombramiento a partir del 7 de septiembre de 2001, decisión que le fue comunicada a través del Oficio sin fecha obrante a folio 2 del expediente. Ver folios 11 y s.s. y 203.

4. El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-506 de 1999.

5. Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º. de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante y Sentencia de 13 de mayo de 2010, Radicación número: 15001-23-31-000-2001-01226-02(1293-08), Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez Actor: Oscar Julio Quintero Lizarazo.

6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09).

7. Al respecto esta Subsección en sentencia del 4 de septiembre de 2008, Expediente No 250002325000199900073-01, No. Interno: 0883- 2005, ACTOR: GUILLERMO JIMÉNEZ BARRAGÁN, Magistrado Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, precisó:

"En relación con la idoneidad, capacidad, eficiencia y buen desempeño del cargo esta Corporación ha expuesto en numerosas ocasiones que tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, estas circunstancias por sí solas no generan fuero alguno de estabilidad en el empleo pues pueden existir otras razones de buen servicio que hagan necesario y aconsejable el retiro del servicio público.

Sin embargo quedó probado que la persona que reemplazó al actor no cumplía los requisitos mínimos que el cargo exigía, desvirtuándose de esta forma la presunción de legalidad del acto acusado y configurándose la desviación de poder porque el nominador al expedir la declaración de insubsistencia no se basó en razones del mejoramiento del servicio ya que escogió en reemplazo del actor a una persona que no cumplía los requisitos mínimos para ejercer el empleo.

El nombramiento de una persona que no reúne los requisitos mínimos para el cargo no puede entenderse realizado en aras del buen servicio público pues aumenta el riesgo potencial de desmejorar el servicio, por lo tanto, tal hecho resulta contrario a derecho y vicia de nulidad el acto acusado."

8. Folio 4 y ss.

9. Folio 15 y s.s. y 185 y s.s

10. Folio 11 y s.s. y 203.

11. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, 10 de julio de 2014, Radicación número:

18001-23-31-000-2013-00187-01(PI), Actor: José Jairo Díaz Andrade.

12. http://gacetadelforo.ramajudicial.gov.co/gaceta_del_foro/consulta_tramites_resultado.aspx?opcion=6. Página web consultada el día 26 de septiembre de 2014.

13. Referentes a que para el año 2002 se incrementaron los procesos disciplinarios y las denuncias recibidas, pues mientras que la actora estuvo en el cargo en 8 meses y 7 días reportó 7 procesos disciplinarios y el reemplazante en seis meses reportó siete.

Fecha y hora de creación: 2024-11-24 04:49:03