



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
-Apelación Sentencia

Demandante: HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN y Otros

Demandado: E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López

Radicación: 20-001-33-33-006-2013-00037-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 10 de noviembre de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS.

La apoderada del demandante, manifiesta que el señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN, fue nombrado en la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, mediante Resolución No. 0482 de 26 de abril de 2004, en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, dependiente de la Subgerencia Financiera en la ciudad de Valledupar, cargo del cual tomó posesión el día 4 de mayo de 2004.

Que posteriormente, a través del Acuerdo No. 124 de 30 de noviembre de 2006, por el cual se suprimieron y se incorporan unos cargos a la planta de personal de la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, fue adscrito a dicha entidad en el cargo de Almacenista General, nivel profesional, código 215, grado 04, del cual tomó posesión el 3 de enero de 2007.

Sostiene que cuando el señor GIOVANNETTI DURÁN, cumplió 8 años, dos meses y 9 días de servicio, el 9 de julio de 2012, mediante Resolución No. 0340 fue declarado insubsistente por el Gerente Encargado de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, acto que le fue notificado de manera personal ese mismo día.

Indica que al día siguiente de la declaratoria de insubsistencia, mediante oficio sin número de 10 de julio de 2012, le fue comunicado que a través de la Resolución No. 0342 de 10 de julio de 2012, fue nombrado el señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO en el cargo de Almacenista General, por lo que se le agradecía coordinar la entrega de todo lo correspondiente al Área de Almacén y levantar el Acta de entrega y solicitar el paz y salvo del inventario de bienes inmuebles y enseres a su cargo para el trámite del pago de sus prestaciones sociales.

En virtud de lo anterior, el accionante el día 12 de julio de 2012 realizó la entrega de dicha dependencia.

Refiere que el actor desempeñó el cargo de Profesional Universitario, código 340 dependiente de la Subgerencia financiera, desde el 4 de mayo de 2004 hasta el 2 de enero de 2007, esto es, 2 años, 7 meses y 29 días, y en el cargo de Almacenista General, Código 215, Grado 04, desde el 3 de enero de 2007 hasta el 12 de julio de 2012.

2.2. PRETENSIONES.

La parte demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 0340 de 9 de julio de 2012, mediante la cual el Gerente Encargado de la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, declaró insubsistente el nombramiento del señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN, en el cargo de Almacenista General, Código 215, Grado 04, por haber sido expedido con violación de normas superiores a las que debía estar sujeto y con desviación de poder en el ejercicio de la facultad discrecional.

Que como corolario de lo anterior, se ordene a la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, el reintegro del señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN; al mismo cargo que venía desempeñando o en otro de igual o superior categoría y remuneración, y funciones afines a los que tenía al momento de declararse su insubsistencia.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la E.S.E Hospital Rosario Pumarejo de López, pagar al demandante todos los emolumentos dejados de percibir, esto es, salarios, primas, bonificaciones, prestaciones sociales, vacaciones, cesantías, etc., con los reajustes correspondientes, desde el momento de su remoción y hasta cuando sea reincorporado efectivamente al servicio. Que así mismo, se reconozca y se ordene el pago de los aportes a la seguridad social, a fin de determinar la continuidad en el sistema de pensiones, salud y riesgos profesionales.

Que se disponga que, para todos los efectos legales, entre la fecha de retiro y la de reintegro no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

Que se reconozca y pague por concepto de perjuicios morales el equivalente a 100 SMLMV, para el afectado directo, su cónyuge y su hija, por concepto de daño a la vida de relación el equivalente a 100 SMLMV para el afectado directo y 50 SMLMV para su cónyuge e hija, y por daño al proyecto de vida, el equivalente a 100 SMLMV para el afectado directo.

Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189, 192 y 193 del CPACA, y se actualicen los valores de la condena de acuerdo al índice de Precios al Consumidor.

III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar mediante sentencia de fecha 10 de noviembre de 2017, negó las pretensiones de la demanda, argumentando que el cargo de nulidad consistente en que el acto administrativo que declaró insubsistente al señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN del cargo de Almacenista General, se expidió con desviación y abuso de poder en el ejercicio en la facultad discrecional, al ser reemplazado con una persona que no cumplía con el requisito de la experiencia relacionada para desempeñar el cargo, No encuentra sustento en las pruebas allegadas al expediente, toda vez que, por el contrario, en el expediente se encuentra acreditado que el señor ANTONIO

JOSÉ MEJÍA ROMERO al momento de su nombramiento, mediante la Resolución No. 0342 de 10 de julio de 2012, cumplía con los requisitos para desempeñar el cargo de Almacenista General, Código 214, Grado 04 de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, en la medida en que cuenta con la formación académica requerida, es profesional en Ingeniería Industrial y además, contaba con 5 años, 11 meses y 14 días de experiencia relacionada.

En cuanto a la segunda razón de nulidad alegada por la parte demandante, consistente en que la declaratoria de insubsistencia del señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN, no se produjo por razones del buen servicio, sino de manera arbitraria, porque éste, mientras ejerció el cargo, cumplió fielmente con sus deberes, excediendo la mayoría de las veces el horario habitual de trabajo, y cumplimiento a cabalidad con las funciones propias del cargo, advirtió que los empleados al servicio del Estado detentan el deber de prestar de manera eficiente, idónea, responsable y óptima el servicio público que les fue encomendado y para el cual fueron nombrados, al contribuir en la consecución de los fines esenciales del Estado, además que tales calidades deben caracterizar a los funcionarios y por ende, no confieren por sí solas estabilidad laboral.

Aunado a lo anterior, sostuvo que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, por lo tanto, aunque en el sub examine obran ciertos elementos probatorios, que señalan la eficiencia y el buen desempeño del cargo por parte del señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN, tal cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de Almacenista General no constituye un límite a la facultad del nominador para remover a un empleado ajeno a la carrera administrativa, puesto que bien pueden existir otros motivos del servicio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada por cuanto asegura que la Resolución No. 340 de 9 de julio de 2012, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN, está viciada de nulidad, por no haber sido expedida en función del buen servicio, en tanto fue reemplazado por otra persona que no cumplía los requisitos para el cargo, lo que conlleva a concluir que fue expedida con abuso y/o desviación de poder, lo cual se encuentra debidamente probado, tanto con la hoja de vida del actor, en la que se evidencia que no se dejó anotación alguna de cuáles fueron los motivos que llevaron a la administración a tomar la determinación de declararlo insubsistente, contrariando lo normado en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, como con la hoja de vida del señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO, con la cual se demuestra que al ser nombrado y tomar posesión del cargo de Almacenista General de la E.S.E Hospital Rosario Pumarejo de López, no cumplía con los requisitos de Ley, específicamente con el requisito de experiencia relacionada, toda vez que la misma fue acreditada con una certificación expedida mucho tiempo después de su vinculación a la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, es más porque fue expedida hasta mucho tiempo después de haber sido presentada la presente demanda, y porque las certificaciones que aportó para acreditar experiencia en general, no cumplen con los requisitos de Ley, cuál es la de detallar las funciones del cargo desempeñado.

Precisa que pese a que la insubsistencia es una excepción a la no motivación de ese tipo de actos administrativos, ello no significa que no deban existir razones

suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación.

Advierte que la legislación Colombiana, establece que los requisitos para desempeñar un cargo se deben demostrar antes de su posesión no después, y en el presente caso se observa claramente que la certificación que reposa en la hoja de vida del señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO, fue expedida el 13 de noviembre de 2012; por parte del Ingeniero Civil Juan David Mindiola, es decir, 4 meses después de su posesión, que lo fue el día 10 de julio de 2012, lo que demuestra que no acreditó para su posesión la experiencia relacionada para desempeñar el cargo.

Considera que no le asiste razón al Juez cuando afirma que la parte actora tenía que tachar de falsa la certificación expedida por el señor Ingeniero Civil Juan David Mindiola Acosta, cuando tanto en el texto de la demanda como en los alegatos de conclusión, no se hizo otra cosa sino cuestionar, dicha certificación. Dice que en gracia de discusión, la falsedad sería competencia del área penal, y en caso tal, si el Despacho tenía dudas al respecto y en aras de llegar a la verdad, debió haber proferido un auto de mejor proveer, mediante el cual solicitara a la Empresa Prestadora de los Servicios de Salud, en la cual ha estado el actor, si durante los periodos del 20 de enero de 2004 al 15 de julio de 2005 y del 8 de noviembre de 2010 al 10 de agosto de 2011, le aparecen aportes realizados a nombre de este empleador.

Dice que tampoco deben ser tenidas en cuenta las certificaciones para acreditar el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 2005 al 15 de mayo de 2009, toda vez que la certificación expedida por el señor IVÁN BENTANCOUR en calidad de Director de Operaciones de las Supertiendas Olímpica, certifica que prestó sus servicios como Fiscal de Cajas en dicha empresa, pero se tiene que el señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO No laboraba para las Supertiendas Olímpicas sino para la Cooperativa de Servicios Varios COOSERVICIOS CTA, a través de un Convenio de Asociación – Trabajo, y a su vez la certificación expedida por dicha Cooperativa, no cumple con los requisitos de ley, debido a que no especifica las funciones como tal.

Que en gracia de discusión la experiencia adquirida como Fiscal de Cajas no se puede tener como experiencia relacionada, por la simple afirmación de que dicho cargo está relacionado con el área administrativa y financiera, sin que ello estuviere probado en el plenario. A más, cuando las funciones del cargo de Almacenista General y Fiscal de Cajas, son totalmente diferentes y opuestas, ya que las del primero, básicamente están basadas en el control, adquisición, programación, distribución de bienes muebles y el Fiscal de Cajas, se refiere es al manejo de personal y al control del dinero en las cajas y a los paquetes que los clientes dejen olvidados en el almacén.

Por lo expuesto, afirma que se encuentran acreditadas las causales de nulidad invocadas, pues el acto administrativo no fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional.

V. ALEGATOS

La parte demandante, mantuvo la tesis de que la declaratoria de insubsistencia del señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN, se dio con desviación y abuso de poder en el ejercicio de la facultad discrecional, como quiera que quien entró a reemplazarlo señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO, al momento de su

posesión acreditó tener experiencia profesional, más no acreditó tener la experiencia relacionada para desempeñar el cargo de Almacenista General, y la experiencia relacionada que acreditó, fue en fecha posterior a su posesión, razón por la cual no puede ser tenida como tal.

Que además el hecho de que cuando una persona es declarada insubsistente, si bien el acto administrativo por medio del cual se realiza dicha declaratoria, no debe ser motivado, en la hoja de vida del declarado insubsistente sí debe quedar una constancia y/o anotación de los motivos o las causas que dieron lugar a dicha declaratoria. Lo que en el presente caso no se realizó, ya que el demandante no había dado y nunca dio motivo alguno para que fuera separado del cargo.

La parte demandada no se pronunció.

VI. CONSIDERACIONES

5.1. Problema jurídico.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo proferido el 10 de noviembre de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del señor HENRY EDUARDO GIOVANNETTI DURÁN en el cargo de Almacenista General Código 215, Grado 04 de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, se encuentra viciado de nulidad por desviación y/o abuso de poder en el ejercicio de la facultad discrecional.

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

Como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia¹, 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.

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

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente, Dr. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de éste 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 párrafo 2º, contempla la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

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

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado² 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 CPACA señala que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza, y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa. Lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

En conclusión, 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. Igualmente debe 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 despido³, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

5.3. *La desviación de poder como vicio invalidante de los actos administrativos.*

La Desviación de Poder como causal de nulidad encuentra su fundamento en el artículo 137 del C.P.A.C. A., al señalar la norma que, la acción de nulidad procederá cuando los actos administrativos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

² Sentencia T-372 de 2012.

³ Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968.

La misma, se configura cuando el acto administrativo persigue un fin espurio, innoble o dañino, distinto a los que ha fijado el Ordenamiento Jurídico, como es el de interés general o el mejoramiento del servicio, fines que dicho sea de paso, se presumen. De tal suerte que en su actuar el Funcionario desvía los fines de las competencias otorgadas, disfrazando la actuación con un manto de legalidad, el cual encubre la motivación subjetiva y arbitraria que conlleva a la expedición del acto.

La Corte Constitucional ha señalado en sentencia C – 456 de 1998⁴, ha señalado que:

“El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”.

Ahora bien, cuando se arguye esta causal de nulidad, es una obligación de quien afirma la existencia de la misma llevar al Juez Administrativo, los medios que conduzcan a desvirtuar la citada presunción, siendo entonces, el análisis de las probanzas arrojadas al proceso, las que permiten determinar si, efectivamente los hechos que se alegan como constitutivos de la causal de nulidad, están presentes en la expedición del acto acusado, de forma tal, que desvirtúen la legalidad que resguarda a todo acto administrativo.

La Jurisprudencia Contencioso Administrativa en asuntos similares al caso bajo estudio ha sostenido que corresponde al Juez de conocimiento analizar frente a cada caso concreto, si las razones o motivos que se sustentan y se pretenden acreditar en el debate procesal, contienen el suficiente peso para soportar una presunta desviación del poder. Sobre lo aquí expuesto, el Consejo de Estado ha fijado la siguiente pauta:

“(II) Desviación de poder. (...)”

El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio⁵.

Sin embargo, es pertinente afirmar por parte de la Sala, que demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.⁶

⁴ Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

⁵ Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub. B, C.P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 30 de marzo de 2011 Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04308-01(2014-10).

Como se puede observar, la desviación de poder como vicio invalidante de legalidad de los actos administrativos es una causal de nulidad que implica para quien la alega, la ineludible obligación de soportar jurídica y probatoriamente los supuestos que la configuran.

5.4. Caso concreto.

En virtud de los precedentes razonamientos y de cara al *sub lite*, en el presente caso, no está en discusión que el cargo denominado Almacenista General, Código 215, Grado 04 de la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, que desempeñaba el demandante es de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, del material probatorio allegado, se advierte que la Resolución 0340 del 9 de julio de 2012, visible a folio 262, por la cual el Gerente Encargado del Hospital Rosario Pumarejo de López, declaró insubsistente al demandante, no contiene motivación respecto de los supuestos de hecho y de derecho, pues solo se plasmó que era en uso de las facultades legales. En este sentido, al ser un cargo de libre nombramiento y remoción conlleva que el acto de insubsistencia no debe contener una motivación expresa porque se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

Para desvirtuar dicha presunción, es a la parte demandante a quien le corresponde allegar todos los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades anotadas como lo invoca en la demanda. En este sentido, es indispensable que con pruebas así lo demuestre, en cumplimiento de la carga procesal señalada en el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

En esta segunda instancia dos son los cargos que le endilga el actor al acto acusado: i). La falta de anotación en la hoja de vida sobre las causas que dieron origen a su retiro, como lo ordena el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 y ii). La desmejora en el servicio, porque el funcionario que lo reemplazó no reunía los requisitos para desempeñar el empleo.

En relación con el cargo que hace el recurrente, de no registrarse en la hoja de vida las razones para declarar insubsistente al actor, ha de decirse que tal omisión no tiene la capacidad de viciar la declaratoria de insubsistencia, pues dicha constancia no hace parte del acto administrativo, y si la ley permite la remoción del empleado sin consignar los motivos, mal puede ser causa de anulación no dejar registradas las razones para declarar la insubsistencia. En tanto no prospera el reproche por tal omisión, la cual sólo podría tener consecuencias de tipo disciplinario más no tiene la capacidad para anular el acto acusado.

Al respecto, ha sido enfático el Consejo de Estado⁸, cuando manifiesta:

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la falta de anotación de los motivos de la declaratoria de insubsistencia en la hoja de vida, no es un

⁷ En otro pronunciamiento del Consejo de Estado, se señaló, lo siguiente: "...El actor pretende demostrar esta censura con suposiciones y pareceres personales, sin allegar prueba fehaciente que demuestre el fin torcido de la administración, cuestión que no es posible tratándose de la censura por desvío de poder, como quiera que la carga de la prueba le incumbe al demandante que alega el fin contrario al buen servicio y en este aspecto, la prueba ha de ser contundente, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración." Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub. A, 9 de marzo de 2000, Radicación: 815-99.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia de 2 de marzo de 2017, Consejero Ponente, Dr. William Hernández Gómez, Expediente: 25 000 23 42 000 2013 01135 01.

elemento de validez del acto administrativo, posición que ha sido reiterada y pacífica por el Consejo de Estado, con base en los siguientes argumentos:

Lo anterior porque si bien la Corte Constitucional mediante sentencia C-734 de 2000 declaró exequible el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, norma que determinó que se debe anotar en la hoja de vida el motivo por el cual se produjo el retiro de los empleos de libre nombramiento y remoción por considerar «[...] la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda [...]»; también es cierto que esta Corporación al aplicar dicha norma y los efectos de la sentencia C-734 de 2000, señaló que dicha anotación se efectúa con posterioridad a la decisión administrativa, sin que su omisión pueda afectar la existencia y validez de la manifestación de voluntad expresada por el nominador.

Al respecto se citan, entre otras la sentencia del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda, Subsección A:

«[...] La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda.[...]»

Además, ha señalado el Consejo de Estado⁹ que los motivos del acto son siempre anteriores a su expedición, es decir, que la constancia que se deja en la hoja de vida del empleado es sólo una expresión posterior al momento en que se toma la decisión que concreta la manifestación de la voluntad de la administración y en consecuencia es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez.

De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta el carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula.

En el caso concreto, no se encuentra probado que la entidad demandada haya cumplido con este requisito, sin embargo, tal como se señaló en párrafos anteriores, esta situación no genera la nulidad del acto demandado, ni puede calificarse como una desviación de poder, toda vez que dicha constancia no hace parte del acto administrativo”.

De otro lado, tenemos el segundo de los cargos referente a la presunta desviación y/o abuso de poder en que incurrió la administración al declarar insubsistente el nombramiento del señor Henry Eduardo Giovannetti Durán, del cargo de Almacenista General, el que por más de 8 años desempeñó de manera idónea y eficaz, y reemplazarlo por otro funcionario que no cumplía con los requisitos del cargo al momento de la posesión, lo que según el demandante permite suponer que la decisión de la administración fue contraria al buen servicio.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia de 10 de diciembre de 2015, Consejera Ponente, Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno 1412-2014.

Da cuenta el expediente a folio 331 del cuaderno No. 2 los requisitos exigidos para desempeñar el cargo del cual fue desvinculado el actor. Son éstos:

"EDUCACIÓN. Título de formación universitaria en Administración de Empresas, Administración Pública, Ingeniero Industrial, Economía o Contaduría.

EXPERIENCIA: Dos (2) años de experiencia relacionada."

En el registro laboral del actor se demuestra que cumplía con los requisitos que exigía el desempeño del empleo. En efecto, obra a folio 69 del cuaderno No. 1 que el demandante ostenta el título de Economista de la Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar. Así mismo, se encuentra demostrado que a la fecha de posesión en el empleo del cual fue declarado insubsistente cumplía con la experiencia relacionada requerida, y que no posee sanciones penales y disciplinarias, ni llamados de atención en el ejercicio del cargo. No obstante, es criterio reiterado del Consejo de Estado¹⁰ que este solo hecho por sí no otorga estabilidad, toda vez que son atributos que deben observar todos los servidores del Estado.

En este orden de ideas, debe precisarse que las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En tanto, el hecho de que el hoy demandante hubiese realizado una buena gestión como Almacenista General, no desdice de las aptitudes de quien fue encargado en reemplazo suyo para ejercer el cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública.

Además, no probó que la persona nombrada en su reemplazo no cumpliera con los requisitos para el desempeño del cargo para probar el desmejoramiento del servicio, pues tal como lo analizó el Juez de primera instancia, el señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO, al momento de la posesión acreditó el título profesional de Ingeniero Industrial de la Universidad Autónoma de Colombia (fl. 412), y los dos años de experiencia relacionada que exige el cargo, lo cual se demuestra con la certificación expedida por el Director de operaciones de Supertiendas Olímpica S.A., en la que se hace constar lo siguiente:

"Certifico que el ingeniero industrial ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 77.033.682 de Valledupar, prestó sus servicios como Fiscal de Cajas a Supertiendas Olímpica S.A., a través de la Cooperativa de Servicios COOSERVICIOS desde el 19 de agosto de 2005 hasta el 15 de mayo de 2009, realizando las siguientes funciones:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B sentencia de 29 de noviembre de 2012, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, número interno: 1781-2012; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, sentencia de 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1205-2010.

- *Manejo del personal de área de cajas y servicio al cliente, planificando, coordinando y controlando el horario de trabajo y demás actividades desarrolladas en dicha área*¹¹.

Se precisa que, para esta Sala solo se debe tener en cuenta para acreditar la experiencia relacionada, la certificación transcrita precedentemente, pues tal como lo argumenta el apelante la certificación expedida por el Ingeniero Civil JUAN DAVID MINDIOLA ACOSTA (fls. 446-447), tiene fecha (13 noviembre de 2012) anterior a la del nombramiento (10 julio de 2012), y si bien es cierto no puede ponerse en duda la veracidad de su contenido por no haber sido tachado de falso, no menos lo es que, los requisitos para acceder a un cargo deben demostrarse al momento de su posesión.

No obstante, se tiene que el señor ANTONIO JOSÉ MEJÍA ROMERO, se desempeñó como Fiscal de Cajas en el área de atención al cliente de las Supertiendas Olímpicas, por espacio de 3 años y 9 meses, debiendo manejar el personal del área de cajas y servicio al cliente, planificando, coordinando y controlando el horario de trabajo y demás actividades desarrolladas en dicha área, lo que hace relación a las funciones del cargo de Almacenista General de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, entre ellas las de: i). Recibir, revisar, custodiar, ubicar y distribuir los elementos que se adquieran; ii). Verificar que los elementos que entran al almacén correspondan a la cantidad, calidad y demás especificaciones detalladas en las órdenes de compra o contratos; iii). Ordenar los trámites necesarios cuando se presenten las pérdidas de elementos devolutivos; iv). Elaborar el registro y comprobantes necesarios en el trámite de ingreso o salida de elementos, entre otras.

De lo anterior, se observa que el funcionario nombrado en reemplazo del hoy demandante al momento de la posesión acreditó el cumplimiento de los requisitos para desempeñar el cargo, esto es el título profesional en ingeniería industrial y dos años de experiencia relacionada. En consecuencia, se concluye que el demandante no probó que la decisión discrecional de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción denominado Almacenista General código 215, Grado 04 de la E.S.E Hospital Rosario Pumarejo de López, tuviera origen en razones por fuera de la ley y no en el mejoramiento del servicio, toda vez que posterior a su retiro no se probó ninguna circunstancia negativa que hubiese afectado el servicio público a cargo del área en el que él se desempeñaba. Entre otras cosas, porque no basta con las simples afirmaciones, se deben aportar al proceso o practicar las pruebas para demostrar dicha situación, máxime cuando la excelente hoja de vida y el desempeño del demandante en el empleo no enerva la facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia pues, para la provisión de su empleo, catalogado como de libre nombramiento y remoción, según la normativa estudiada, se le ha otorgado al nominador la discrecionalidad para nombrar a la persona de su confianza.

Por las razones que anteceden, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

¹¹ Ver folio 418 del expediente.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: *CONFIRMAR* la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Valledupar de 10 de noviembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Reconocer personería a la doctora SANDRA MARÍA CASTRO CASTRO, como apoderada judicial de la E.S.E. HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LÓPEZ, en los términos y para los efectos del mandato conferido.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 016.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Presidente