



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARTA RODRÍGUEZ MONTERO

DEMANDADO: MUNICIPIO DE VALLEDUPAR -
PERSONERIA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR

RADICADO: 20-001-33-33-001-2015-00290-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO. -

Procede la Sala a resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Declarar probada las excepciones de Legalidad del Acto demandado e Inexistencia de las causales de anulación invocadas, propuesta por la apoderada judicial de la Personería de Valledupar

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso”¹.

II.- ANTECEDENTES. -

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Decrétese la inaplicabilidad del artículo séptimo, ubicado en el capítulo IV, del acápite enumerado I, denominado IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO, alusivo al Carácter del empleo de Libre Nombramiento y Remoción del cargo de Personero Auxiliar Código 017, Grado 01, del manual de Funciones plasmado de la Resolución N° 0014 de febrero 2 de 2012. Por cuanto dicho cargo según la Ley y sus funciones ostenta la naturaleza de Carrera Administrativa.

¹ Folio 183 del expediente.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, Décrete la Nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución N° 0010 de Enero 23 del 2015, "Por Medio De La Cual Cesa Una Comisión y Se Continúan Ejerciendo Una Funciones.", resolución suscrita por el Dr. ALFONSO CAMPO MARTINEZ, en su calidad de Personero Municipal de Valledupar.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el reintegro al Cargo de Personero Auxiliar Código 017, Grado 01 del cual ostentaba mi mandante antes la expedición del acto demandado, hasta cuando se provea el cargo de personera Auxiliar Por concurso de meritos (sic) a través de las Listas de elegibles de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

CUARTO: Que se ordene el pago de los valores que resulte como diferencia entre lo recibido del cargo de Secretaria Ejecutiva y lo que debió percibir como Personera auxiliar hasta cuando se produzca el reintegro a este último cargo, valores estos que se tendrán que cancelar debidamente indexados tomando como base el índice de precios al consumidor.

QUINTO: Las demás disposiciones y condenas que a juicio del juzgador determine para restablecer el derecho particular que se invoca mediante la presente demanda.²

2.1.- HECHOS. -

Los fundamentos fácticos de las pretensiones invocadas por la actora a través de su representante judicial, se podría resumir así³:

Manifiesta que su poderdante ingresó a la Personería Municipal de Valledupar mediante Resolución N° 006 del 14 de septiembre de 1992, siendo nombrada en el cargo de Secretaria Ejecutiva Grado 07, bajo la modalidad de carrera administrativa. Esboza que tomó posesión mediante Acta N° 3541 del 15 de septiembre de 1992.

Mediante Resolución N° 0029 del 16 de enero de 2014, a la demandante le fue otorgada una comisión por término de tres años para desempeñar el cargo de Personera Auxiliar Código 017 grado 01, el cual es de libre nombramiento y remoción, de acuerdo a la Resolución N° 0014 de 2012. Posteriormente, mediante Resolución N° 0010 del 23 de enero de 2015, el Personero Municipal cesa la comisión conferida a la demandante, ordenándole continuar con el cargo del cual es titular, es decir, Secretaria Ejecutiva.

De lo anterior, precisa que estos actos administrativos no se encuentran ajustados a derecho, en razón a que su naturaleza no es de libre y nombramiento, sino de carrera administrativa. Esta afirmación, la sustenta en tres líneas de razonamiento, primero, que el nivel directivo de que trata el art. 5 de la Ley 909 de 2004 no es atinente para los personeros auxiliares, sino para los personeros delegados. Segundo, que la Personería Municipal cambió mediante Resolución N° 0014 de 2012 (Manual de Funciones) la naturaleza del cargo de personero auxiliar a libre nombramiento y remoción, modificación que a su juicio es ilegal, ya que debió hacerse mediante Acuerdo proferido por el Concejo Municipal.

Por último, trae a colación lo señalado por la defensa del ex personero municipal de Valledupar, Nicomedes Vásquez Berrío dentro de un proceso disciplinario adelantado en su contra, donde expresó que los cuatro cargos de personeros

² Folios 6 a 7 del expediente.

³ Folios 3 a 4 del expediente

auxiliares pertenecen a la carrera administrativa, y dos de ellos están ocupados y se encuentran inscritos en la Comisión del Servicio Civil, Seccional Cesar.

El requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial se surtió el 11 de mayo de 2015, constancia expedida por la Procuraduría 185 Judicial I para Asuntos Administrativos⁴.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 24 de noviembre de dos mil diecisiete (2017), negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“Argumento final y definitorio: La columna vertebral de la demanda, reiterada en los alegados finales, es que el cargo de Personero Auxiliar no es de libre nombramiento y remoción sino de carrera administrativa, por tanto, quien ocupaba ese cargo en comisión solo podía ser removida por otro aspirante que hubiese superado el concurso de mérito. Argumento falaz para este caso concreto, puesto si en gracia de discusión aceptamos que el cargo de Personero Auxiliar es de Carrera Administrativa, la hoy accionante no podría ocuparlo en comisión, ya que esta situación laboral administrativa solo está concebida para los cargos de libre nombramiento y remoción o de periodo, no para los de carrera administrativa, en consecuencia, la Resolución 0029 del 16 de enero de 2014 que la designó en comisión, devendría en ilegal y de contera el desempeño de ese cargo por MARTA CECILIA RODRIGUEZ MONTERO también lo sería; y ningún derecho podría devenir de esa ilegalidad; aceptar lo contrario es ni más ni menos que vulnerar impunemente el contenido del artículo 128 de la Constitución Política”⁵.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE⁶

Del recurso de apelación interpuesto por el mandatario de la parte activa de esta controversia, se solicita que se revoque la sentencia emanada por el Juzgado Primero (1°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar de fecha 24 de noviembre de 2017 y, en su defecto, se accedan a las pretensiones de la demanda.

Su inconformidad radica en que el A Quo no apreció debidamente la prueba testimonial rendida por la señora Diana Ivonne Zuleta Olivella, en la medida que esta declaró que su cargo de personera auxiliar es de Carrera Administrativa, más no de libre nombramiento y remoción.

En ilación con lo anterior, el representante de la accionante alega que el cargo de personera auxiliar no se encuentra dentro de las excepciones del literal a, numeral 2° del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, puesto que el cargo al que hace referencia este precepto normativo es a los personeros delegados, los cuales guardan una diferenciación notable con los personeros auxiliares. A su criterio, estos últimos son permanentes y tratan temas especializados y específicos dentro de la entidad, mientras que los primeros son creados por la necesidad de cada municipio mediante acuerdos expedidos por los Concejos Municipales.

⁴ Folios 114 a 115 del expediente.

⁵ Folios 176 a 183 del expediente.

⁶ Folios 189 a 193 del expediente.

De la misma manera, puntualiza que la naturaleza de las funciones y el salario devengado también es un criterio relevante para determinar la calidad de empleado público.

Para terminar, el abogado aduce que en materia laboral opera el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual aplica al caso concreto, porque siendo un cargo de carrera administrativa lo que se configuró no fue una "comisión" sino un "encargo".

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 1° de febrero de 2018 se admitió el recurso de apelación formulado por la parte actora del sub-judice contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar⁷.

Por auto del 22 de febrero de 2018, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁸.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la Litis, contra la sentencia del 24 de noviembre de 2017.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada 24 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si el cargo de personero(a) auxiliar detenta la naturaleza de carrera administrativa, y, por consiguiente, procede el reintegro del cargo de la demandante, en detrimento de la legalidad del acto administrativo demandado; o si, por el contrario, la decisión adoptada en primera instancia en el sentido de desestimar las pretensiones se ajusta a los lineamientos legales y jurisprudencialmente aceptados para el caso, evento en el cual se confirmará la legalidad del mismo.

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

⁷ Folio 199 del expediente.

⁸ Folio 203 del expediente.

Copia de la Resolución No. 006 de fecha 14 de septiembre de 1992, expedida por el Personero Municipal de Valledupar, mediante el cual se nombró a MARTHA RODRÍGUEZ MONTERO para desempeñar el cargo de Secretaria 07 de la Personería Delegada en lo Penal⁹.

Copia de Acta de Posesión del cargo referenciado con anterioridad, emanado por Personería Municipal de Valledupar, de fecha 15 de septiembre de 1992¹⁰.

Copia del Acuerdo No. 023 de fecha 15 de julio de 1999, proferido por el Concejo Municipal de Valledupar, por medio del cual se adoptó el Manual de Funciones de la Personería Municipal de Valledupar, y se establecen funciones y requisitos mínimos para el desempeño de los empleos¹¹.

Copia del concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha 14 de septiembre de 2006, donde se manifiesta:

“Por lo anterior, esta Comisión considera que el cargo de personero auxiliar al no estar enunciado taxativamente dentro del literal a) del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 y al no corresponder tampoco a los criterios adoptados en el literal b) d (sic) ese mismo artículo, se clasifica como un empleo de carrera administrativa,

Ahora bien, en el caso en alguna oportunidad el cargo de personero auxiliar haya sido considerado como de “libre nombramiento y remoción”, la calidad del funcionario de quien lo venía ejerciendo bajo la modalidad de nombramiento ordinario se convierte en provisional tal y como lo establece párrafo segundo del artículo 6 de la Ley 909 de 2004”¹².

Copia de la Resolución No. 00014 de fecha 2 de febrero de 2012, expedida por el Personero Municipal de Valledupar, mediante el cual se adoptó el “MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES, REQUISITOS Y DE COMPETENCIA LABORALES” para los diferentes empleos que conforman la planta de personal global de la Personería Municipal de Valledupar¹³.

Copia del fallo de primera instancia (absolutorio) proferido por la Procuraduría Provincial de Valledupar de fecha 26 abril de 2012 contra el ciudadano Nicomedes José Vásquez Berrío (ex Personero Municipal de Valledupar), donde esboza lo siguiente:

“5. 1 VERSION LIBRE

El disciplinado rindió voluntarias explicaciones en desarrollo de la audiencia verbal.

En lo que interesa al proceso, señaló:

a) Que los cuatro cargos de Personero Auxiliar de la planta de personal de la Personería Municipal de Valledupar son cargos que le pertenecen a la Carrera Administrativa, y dos de ellos están ocupados uno por la doctora DIANA IVONNE ZULETA OLIVELLA, y otro por LUIS GUILLERMO QUIROZ QUINTERO quienes se encuentran inscritos en la Comisión Seccional del Servicio Civil del Departamento del Cesar mediante la Resolución 0027 del 9 de febrero de 1994”¹⁴.

⁹ Folio 15 del expediente.

¹⁰ Folio 16 del expediente.

¹¹ Folios 55 a 88 del expediente.

¹² Folios 111 a 113 del expediente.

¹³ Folios 23 a 54 del expediente.

¹⁴ Folios 89 a 100 del expediente.

Copia de Evaluación del Desempeño Laboral emanada por la Comisión Nacional de Servicio Civil surtida a la servidora pública, Diana Ivonne Zuleta Olivella, sin fecha de expedición¹⁵.

Copia de certificación extendida por la Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera de la Personería Municipal de Valledupar, de fecha 5 de mayo de 2015, donde se expresa:

"Que la Doctora MARTA CECILIA RODRIGUEZ MONTERO (...), labora en esta entidad desde el 15 de septiembre de 1992, como Secretaria Ejecutiva, inscrita en carrera administrativa a partir del 9 de Febrero de 1994, con una asignación mensual de: Un millón setecientos cuarenta y ocho mil trescientos ocho pesos ml. (\$1.748.309.00)"¹⁶.

Copia de certificación expedida por la Jefe de la Oficina Administrativa y Financiera (e) de la Personería Municipal de Valledupar, de fecha 6 de febrero de 2015, donde se manifiesta lo siguiente:

"Que la Doctora MARTA CECILIA RODRIGUEZ MONTERO (...), labora en esta entidad desde el 15 de septiembre de 1992, como Secretaria Ejecutiva, inscrita en carrera administrativa a partir del 9 de Febrero de 1994, y a partir del 16 de enero de 2014 hasta el día 23 de enero de 2015, se comisiono (sic) para desempeñar el cargo como Personera Auxiliar, con una asignación mensual de: Tres Millones Novecientos Cincuenta y Nueve Mil Ochenta y un Pesos Ml. (\$3.959.081.00)"¹⁷.

Copia de la Resolución No. 0029 de fecha 16 de enero de 2014, expedida por el Personero Municipal de Valledupar, mediante el cual se otorgó la comisión al servidor público MARTA RODRÍGUEZ MONTERO para desempeñar el cargo Personera Auxiliar, código 017, Grado 01, por un término de tres (3) años a partir del 16 de enero de 2013¹⁸.

Copia de la Resolución No. 010 de fecha 23 de enero de 2015, expedida por el Personero Municipal de Valledupar, mediante el cual cesó la comisión relatada en el párrafo anterior¹⁹.

Dentro del sub-lite, se recalca la declaración rendida por la señora DIANA IVONNE ZULETA OLIVELLA donde narra sobre la naturaleza del cargo de personero auxiliar lo siguiente:

"PREGUNTADO: Diga el cargo y la categoría del que desempeña la señora Marta Rodríguez Montero en la Personería Municipal de Valledupar... o desempeñaba. CONTESTADO: Ella se venía desempeñando como secretaria ejecutiva y posteriormente le fue dada una comisión para desempeñar el cargo de personera municipal. PREGUNTADO: Diga si los cargos que venía desempeñando la señora Marta Rodríguez Montero son de carrera o de libre nombramiento y remoción, especificando cuál es de una categoría y cuál es de otra. CONTESTADO: El cargo de secretaria ejecutiva es un cargo de carrera administrativa, y el de personero auxiliar en la actualidad es un cargo de libre nombramiento y remoción. No obstante, nosotros, o en mi caso, pues mantenemos el cargo de carrera, en el sentido de que continúo con los derechos de carrera porque

¹⁵ Folios 101 a 110 del expediente.

¹⁶ Folio 17 del expediente.

¹⁷ Folio 18 del expediente.

¹⁸ Folio 19 del expediente.

¹⁹ Folio 21 del expediente.

anteriormente el cargo era denominado de abogado auxiliar, entonces, pero en la actualidad el cargo es de libre nombramiento y remoción, el cargo de personero auxiliar. (...) PREGUNTADO: Según las características de sus funciones, ¿Usted ejerce labores de dirección, confianza, mando en ese cargo, o más labores técnicas-jurídicas? CONTESTADO: No, labores técnicas-jurídicas. Dirección, de manejo, directamente no ejercemos los personeros auxiliares”²⁰.

De igual forma, se adjuntó al proceso judicial la declaración rendida por el señor ALFONSO CAMPO MARTÍNEZ donde afirma respecto a la vinculación de la señora Marta Rodríguez Montero lo siguiente:

“PREGUNTADO: Señor personero, explique al Despacho, teniendo en cuenta la Resolución 029, ¿Por qué se comisionó a la señora Marta Rodríguez Montero en el cargo de personera auxiliar? CONTESTADO: De acuerdo con la discrecionalidad del Personero de Valledupar, debido a que había renunciado la doctora Karol Aguilar Tabares quien ocupaba el cargo de libre nombramiento y remoción. El personero teniendo la facultad de nombrar cualquier persona que reuniera las condiciones, decide dentro de los funcionarios mirar quién podría reunir los requisitos, y de manera discrecional, decidimos nombrar en comisión a la Doctora Marta Rodríguez, traerla del cargo donde ella concursó, que es el cargo de Secretaria Ejecutiva, y la llevamos en comisión al cargo de libre nombramiento y remoción. (...) PREGUNTADO: Explique señor Personero, teniendo en cuenta la Resolución 010 de 2015, ¿Por qué se devolvió al cargo de Secretaria Ejecutiva a la señora Marta Rodríguez? CONTESTADO: La doctora se devuelve al cargo un año después porque es discrecionalidad del señor Personero de suspender la comisión porque el cargo es de libre nombramiento y remoción, ¿y qué hicimos? No desmejorarla, sino devolverla al cargo que originalmente, la doctora Marta Rodríguez pertenece... señor juez, voy a..., lo que, lo que (sic) voy a decir es de manera complementaria, teniendo en cuenta el tema de fondo jurídicamente hablando de la discrecionalidad del señor Personero, pero, además, complementariamente (sic), la doctora Marta por pertenecer, por ser una funcionaria de experiencia en el cargo que ella tiene, originalmente para el cual concursó tiene unas prebendas adicionales, en el cargo de secretaria ejecutiva. Cuando la ascendimos en comisión, esas prebendas naturalmente se le incrementaron, y eso está ajustado a un presupuesto que el municipio, son unos recursos que el municipio le gira a la Personería, y ese año, complementariamente el municipio recortó el presupuesto de la Personería de Valledupar como consta en esta certificación mediante un Acuerdo Municipal, le bajó el presupuesto, y naturalmente que esa fue una razón complementaria para que el señor Personero tomara la decisión, teniendo en cuenta siempre, que había la discrecionalidad del Personero de suspender la comisión y devolverla al cargo al cual pertenece”²¹.

Finalmente, se recalca el testimonio del señor LUIS GUILLERMO QUIROZ QUINTERO donde afirma lo siguiente:

“PREGUNTADO: Diga, cuál era la naturaleza de personero auxiliar, es decir, si era de carrera administrativa, o si, por el contrario, de libre nombramiento y remoción. CONTESTADO: Bueno, yo llegué ahí, decía que, con ocasión a la muerte de mi hermano, y tiempo después, algunos

²⁰ Minuto 3:04 a 15:00 de la audiencia de pruebas.

²¹ Minuto 16:05 a 27:42 de la audiencia de pruebas.

meses después, no tantos, se presentó pues, la elección de carrera, y nos presentamos a esos, en esos momentos, pues, algunos compañeros para que quedara en carrera, y finalmente, allí quedé como de carrera”²².

2.4. ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA PARTE DEMANDANTE

Teniendo en cuenta este recuento fáctico y jurídico, esta Corporación Judicial, procede a decidir sobre el recurso de apelación impetrado por la defensa de la señora Marta Rodríguez Montero, enfatizando en que su razonamiento giró en contradecir la naturaleza del cargo de personero auxiliar, ya que a su juicio, al detentar las calidades de carrera administrativa no podía el Personero Municipal de Valledupar separarla discrecionalmente. En consecuencia, el mandatario solicita el reintegro de la funcionaria hasta que se surta el concurso de méritos para proveer ese cargo.

2.4.1. SOBRE LA NATURALEZA DEL CARGO DE PERSONERO AUXILIAR Y LA COMISIÓN EFECTUADA POR LA PERSONERÍA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR

Con el fin de alcanzar la solución al problema jurídico planteado, es menester referirse a los aspectos generales del régimen de empleo público en Colombia. En este sentido, el artículo 125 de la Carta Política de 1991, estableció como regla general que la vinculación a la función pública debe hacerse mediante carrera administrativa, exceptuando de este presupuesto, a los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley. Al exponer los parámetros que guían la carrera administrativa, la Corte Constitucional en fallo reciente manifestó que:

“Desde su reconocimiento constitucional la carrera como expresión del mérito impone las siguientes reglas:

- (i) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera;
- (ii) Se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley;
- (iv) Para el caso en que ni la Constitución ni la Ley hayan fijado el sistema de nombramiento, éste se realizará mediante concurso público;
- (v) El ingreso y el ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y
- (vi) En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrán determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera”²³.

Siendo la carrera administrativa la prerrogativa constitucional que se debe aplicar a la mayoría de servidores públicos, le corresponde al Legislador fijar las pautas que determinen cuándo un cargo tiene una naturaleza de libre nombramiento y remoción. De allí que el numeral 2° del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 haya planteado unas directrices generales para decantar este asunto. Del mismo modo, la doctrina constitucional ha ayudado a interpretar este precepto, con el fin de que los cargos de libre nombramiento y remoción no se conviertan en la regla general al momento de proveer los empleos públicos.

“14. Consecuente con lo anterior, bajo los parámetros del artículo 125 de la Constitución., esta Corporación ha dicho que es posible considerar que un cargo es de libre nombramiento y remoción, cuando: (i) tenga

²² Minuto 28:53 a 36:47 de la audiencia de pruebas.

²³ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia C-046 de 2018, pág. 33.

fundamento legal, sin contradecir la esencia de la carrera; (ii) exista un principio de razón suficiente que justifique la excepción a la regla general; y, por último, (iii) que "la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política"²⁴.

Adicionalmente, esta providencia judicial reitera lo argüido por la Sentencia C-161 de 2003, que precisó tres criterios hermenéuticos para esclarecer la esencia de los empleos de libre nombramiento y remoción.

"En ese marco, la Sentencia C- 161 de 2003 [103] se refirió a los parámetros que deben observarse para determinar cuándo un cargo puede ser catalogado de libre nombramiento y remoción, es decir, excluido de la regla general de la carrera administrativa. La decisión estableció que el examen de constitucionalidad debe partir de un criterio plural de evaluación del contenido de la norma estudiada, que involucre más de un elemento para comprender la clasificación propuesta por el Legislador respecto de un empleo público. En estos términos, indicó que el estudio debe sustentarse en tres criterios fundamentales que deben ser valorados articuladamente:

(i) "el criterio subjetivo de confianza cualificada, que se relaciona con aquellos empleos en los cuales la confianza es necesaria, en cuanto quien desarrolla la labor tiene a su cargo responsabilidades de dirección, manejo, conducción de políticas o directrices institucionales, por cuanto las funciones a realizar demandan un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple;

(ii) el criterio objetivo funcional o material, que refiere a que el Legislador, para efectos de fijar una clasificación de empleos, puede hacer una remisión al contenido de las funciones atribuidas expresamente por la Constitución, la ley o el reglamento; en ese sentido, cuando se trata de funciones de dirección, conducción o manejo institucional es viable catalogar el empleo como de libre nombramiento y remoción; y,

(iii) el criterio orgánico, el cual impone efectuar la respectiva clasificación de los empleos teniendo en cuenta el nivel jerárquico que ocupan dentro de la estructura de la entidad"²⁵.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha seguido esta misma línea argumentativa para decantar los lineamientos que se deben observar en este tipo de empleos.

"Así las cosas, se tiene que si bien es cierto la Constitución consagró varios tipos de empleo, dentro de los cuales está el de libre nombramiento y remoción, no lo es menos que la definición de la naturaleza del cargo corresponde al Legislador o a los reglamentos y no puede ser arbitraria, en tanto que no puede desconocer que la regla general de acceso a la función pública es la carrera. Entonces, resulta claro que el carácter de libre nombramiento y remoción de un empleo público no sólo está determinado por el criterio orgánico, esto es, por una norma que expresamente señale esa calidad, sino que se establece, principalmente, por el criterio funcional, de tal forma que solamente puede ser catalogado de libre nombramiento y remoción un empleo que reúna las condiciones propias del mismo, pues de lo contrario se viola la regla constitucional según la cual la principal manera de acceder a los cargos públicos es el sistema de carrera"²⁶.

²⁴ Ibidem, págs. 30-31.

²⁵ Ibidem, págs. 31-32.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad. No. 11001-03-28-000-2003-0003-01(3082), 11 de diciembre de 2003, pág. 10.

De lo expuesto, se pueden colegir tres presupuestos: (i) la carrera administrativa constituye la regla general para el ingreso, ascenso y retiro de los servidores públicos; (ii) la regulación de las excepciones a los cargos de carrera (elección popular, trabajadores oficiales, libre nombramiento y remoción, entre otros) están determinadas por el Legislador y los reglamentos internos de funciones; y por último, (iii) para evitar el poder arbitrario del nominador, la jurisprudencia constitucional y administrativa, han fijado tres criterios hermenéuticos para establecer la naturaleza de los empleos públicos, a saber, uno subjetivo, uno funcional y otro orgánico.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

El representante judicial de la señora Marta Rodríguez Montero, sustentó su recurso de apelación en tres aspectos; primero, que el a quo no apreció debidamente la prueba testimonial rendida por la señora Diana Ivonne Zuleta Olivella, en la medida que, esta declaró que su cargo de personera auxiliar es de carrera administrativa, más no de libre nombramiento y remoción; en segundo lugar, que el empleo de personera auxiliar no se encuentra dentro de las excepciones del literal a, numeral 2° del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, puesto que el cargo al que hace referencia este precepto normativo es a los personeros delegados, los cuales guardan una diferencia notable con los personeros auxiliares; finalmente, que en materia laboral opera el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual aplica al sub-examine, porque siendo un cargo de carrera administrativa lo que se configuró fue un "encargo", y no una "comisión".

Teniendo en cuenta lo aseverado en las líneas introductorias de este capítulo, esta Sala observa que los argumentos de la parte demandante debieron ir encaminados a explicar por qué el cargo de personero(a) auxiliar no cumple con los criterios definitorios de los empleos de libre nombramiento y remoción, es decir, revelar, desde un punto de vista subjetivo, funcional y orgánico que este cargo cuenta con las características primordiales de la carrera administrativa.

Por estos motivos, para la Sala, no resultan pertinentes las pruebas testimoniales practicadas a los señores LUIS GUILLERMO QUIROZ QUINTERO y DIANA IVONNE ZULETA OLIVELLA, ya que a pesar de que afirmaron que tenían derechos de carrera en el ejercicio del cargo de personeros auxiliares, estos no hicieron énfasis en las funciones específicas que ejercían, por lo cual, no se permite entrever en sus declaraciones que sus labores ameritaban o no, confianza, dirección y/o poder de mando. Además, ellos aseveraron que tenían tales prerrogativas especiales, debido a que anteriormente desempeñaban el cargo de abogados auxiliares bajo la modalidad de carrera administrativa, por consiguiente, la administración decidió conservar esas calidades al momento de transformar ese empleo.

Las mismas conclusiones se pueden extrapolar a las declaraciones hechas por el ex personero municipal, NICOMEDES JOSÉ VÁSQUEZ BERRÍO, dentro del proceso disciplinario surtido en su contra²⁷, pues como se transcribió anteriormente, la jurisprudencia emanada por las Altas Cortes colombianas, enseña que la clase de vinculación de un cargo no la dictamina el discernimiento arbitrario de un Ente nominador, sino la naturaleza del cargo que se detenta.

En ese tenor, cabe indicar que el concepto proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha 14 de septiembre de 2006²⁸ donde concluye que el cargo de "Personero Auxiliar" es de carrera administrativa, tampoco es aplicable al sub-lite; ya que fue expedido antes de la Resolución No. 00029 del 2 de febrero de 2012 (Manual

²⁷ Folios 91 a 92 del expediente.

²⁸ Folios 111 a 113 del expediente.

Específico de Funciones, Requisitos y Competencias de la Personería de Valledupar).

Así pues, esta Sala de decisión procederá a realizar un análisis minucioso de los parámetros subjetivo, funcional y orgánico del cargo de personero auxiliar. Sobre el criterio subjetivo de confianza, se puede colegir que este trabajo sí tiene responsabilidades de dirección, manejo, conducción de políticas o directrices institucionales, dado a que es la primera función esencial que consagra la Resolución No. 00014 del 2 de febrero de 2012, o Manual de Funciones.

“III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

1. Dirigir, coordinar y evaluar los planes, programas y proyectos de la unidad a su cargo que garanticen el cumplimiento de los objetivos y la misión institucional”²⁹ (Subrayado agregado al texto).

Tal ocupación también se puede extraer de la copia que aporta la actora en relación al proceso de evaluación del desempeño laboral que se adelantó a la señora Diana Ivonne Zuleta Olivella:

“Compromisos Laborales pactados con sus Condiciones de Resultado

1. Dirigir, coordinar y evaluar los planes, programas y proyectos de la unidad a su cargo que garanticen el cumplimiento de los objetivo (sic) y la misión institucional. Representar a la personería municipal de valledupar (sic) judicial y extrajudicialmente por mandato expreso del señor personero, en defensa de los intereses de la entidad”³⁰ (Subrayado agregado al texto).

Además, este empleo requiere especial confianza del nominador, en razón a que al suprimirse el cargo de “Personero Delegado” en el nuevo Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias (Resolución No. 00014 de 2012), la función de representar judicial y extrajudicialmente a la entidad recae únicamente en los Personeros Auxiliares, mediante la delegación del Personero Municipal de Valledupar.

“ III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

(...)

3. Representar a la Personería Municipal de Valledupar judicial y extrajudicialmente por mandato expreso del señor Personero Municipal, en defensa de los intereses de la entidad.”³¹

Este último argumento, también permite inferir que el criterio objetivo funcional o material se cumple en el sub-examine, ya que en el año de 1999, la Corte Constitucional explicó que la razón principal por la que los “Personeros Delegados” tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción se debe a que el desempeño de sus funciones delegadas requiere un alto grado de responsabilidad y confianza.

“Al analizar las funciones que de manera similar se han establecido en los municipios para el Personero Delegado (en el caso del Distrito Capital, el ya citado Acuerdo 34 de 1994 y la Resolución No. 153 de 1992 [16]), se advierte que este cargo pertenece claramente al nivel directivo de las personerías, en cuanto cumplen las funciones propias del Personero como integrante del Ministerio Público en el correspondiente municipio (C.P., arts. 118) en virtud de la delegación de funciones de la cual son destinatarios. El grado de responsabilidad y confianza que exige el

²⁹ Folio 38 del expediente.

³⁰ Folios 105 a 110 del expediente.

³¹ Folio 38 del expediente.

cumplimiento de estas funciones delegadas, hace evidente que se trata de empleos que deben ser de libre nombramiento y remoción”³².

Tales líneas de razonamiento son análogas al caso concreto, pues como se explicó en líneas pasadas, los demás cargos que se mencionan en la Resolución No. 00014 del 2 de febrero de 2012³³ no incluyen dentro del catálogo de sus funciones, la representación judicial y extrajudicial de los intereses de la entidad.

Asimismo, siguiendo el criterio orgánico, este empleo cuenta con un nivel jerárquico elevado, dado que dentro del mencionado Manual de Funciones se asevera que tiene un carácter “Directivo”.

Corolario de lo anterior, es criterio de esta Corporación que el cargo de “Personero Auxiliar” es, en esencia, de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, la comisión para desempeñar tal empleo se encuentra ajustada a la legalidad, de conformidad al art. 26 de la Ley 909 de 2004, que consagra:

“ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

Por todas estas razones, se confirmará la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, pues la parte actora falló en su intento por desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado y, en cambio, los argumentos precedentes, condujeron a esta Sala de decisión a la certeza que no le asiste razón al demandante, por lo que se confirmará la sentencia objeto del recurso que inspiró la presente providencia.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

La Sala no condenará en costas en esta instancia, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP³⁴,

³² Corte Constitucional, Sala Plena, M.P. Martha Victoria Sánchez De Moncaleano, Sentencia C-475 de 1999, págs. 28-29.

³³ Folios 19 a 59 del expediente.

³⁴ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)”

aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA³⁵.

Al respecto, el H. Consejo de Estado dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”³⁶.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

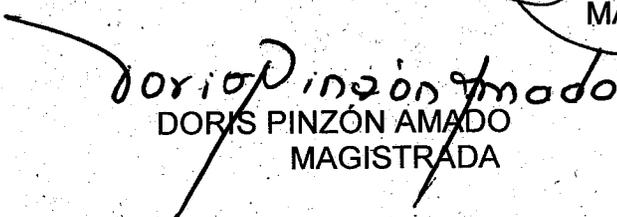
PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

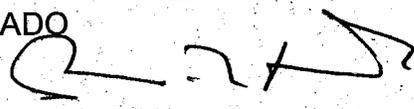
SEGUNDO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 027.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

³⁵ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez