



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE AGUACHICA Y PERSONERÍA MUNICIPAL DE AGUACHICA (CESAR)

RADICADO: 20-001-33-33-008-2017-000023-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo de la litis en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 22 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO: DECLARAR probadas la excepción de *Presunción de legalidad de la Resolución No. 055 del 29 de julio de 2016*, propuesta por el apoderado de la parte demandada. En consecuencia:

NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ACÉPTESE la renuncia al poder presentada por el doctor LUIS FERNANDO CASTRO HINOJOSA, como representante judicial del Municipio de Aguachica (Cesar), de conformidad con lo manifestado en los memoriales visibles a folios 628 al 632 del expediente.

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente”.

II. ANTECEDENTES.-

1.1. 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 pretensiones²

“Primera. Declárese la Nulidad del Acto Administrativo contenido en la resolución 055 del 29 de julio de 2016, mediante el cual el Personero Municipal de Aguachica, resolvió declarar insubsistente el nombramiento de la señora Adriana Milena Mojica Herrera quien ocupaba en provisionalidad el cargo de auxiliar administrativa –habilitada pagadora,

¹ Folio 645 del expediente

² Folios 59 y 60 del expediente

con código 407 del nivel asistencial de la planta global de la Personería Municipal de Aguachica.

Segunda. Que a título de Restablecimiento en el derecho violado se ordene A Municipio de Aguachica – Personería Municipal de Aguachica el reintegro de mi poderdante Adriana Milena Mojica Herrera en el cargo de auxiliar administrativa – habilitada pagadora, con código 407 del nivel asistencial de la planta global de la Personería Municipal de Aguachica, o uno de igual o superior jerarquía.

Tercera. Como consecuencia de lo anterior ordenar a Municipio de Aguachica – Personería Municipal de Aguachica el reconocimiento y pago de los salarios y factores salariales, dejados de percibir por mi mandante Adriana Milena Mojica Herrera en razón de la declaración de insubsistencia del nombramiento que desempeñaba, hasta el momento en que se haga efectivo el reintegro.

Cuarta. Como consecuencia de lo anterior ordenar a Municipio de Aguachica – Personería Municipal de Aguachica, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, dejadas de percibir por mi mandante en razón de la declaración de insubsistencia del nombramiento que desempeñaba, hasta el momento en que se haga efectivo el reintegro.

Quinta.- Como consecuencia de lo anterior ordenar a Municipio de Aguachica – Personería Municipal de Aguachica el reconocimiento y pago de los demás emolumentos laborales, dejados de percibir por mi mandante, en razón de la declaración de insubsistencia del nombramiento que desempeñaba, hasta el momento en que se haga efectivo el reintegro.

Sexta.- Como consecuencia de lo anterior ordenar a Municipio de Aguachica – Personería Municipal de Aguachica el reconocimiento y pago de los aportes al régimen de seguridad social en salud, pensión riesgos profesionales, caja de compensación familiar.

Séptima.- Ordenase (sic) a Municipio de Aguachica – Personería Municipal de Aguachica, que las condenas a favor de la señora Adriana Milena Mojica Herrera, se indexen aplicando para ello la presente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por mi poderdante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de la sentencia ejecutoriada que resuelve favorablemente las pretensiones de la demanda, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho

OCTAVA. Condenase (sic) en costas y agencias en derecho a la parte demandada”.

1.2. HECHOS

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así³:

El Personero Municipal de Aguachica de la época, mediante Resolución No. 087 del 30 de fecha 30 de septiembre de 2010, nombró a la señora ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA en el cargo de auxiliar administrativa – habilitada pagadora de esa entidad, con código 407 del nivel asistencial, donde cumplía las labores de pagaduría y recursos humanos. La accionante se posesionó el día 1 de octubre de 2010, devengando una asignación de \$1.358.772 de pesos colombiano para el año 2016.

El día 29 de julio de 2016, el Personero Municipal de Aguachica a través de Resolución 055 declaró insubsistente el nombramiento de la demandante. Esta situación, de acuerdo a su apoderado judicial, reviste de ilegalidad debido a que hubo falta y falsa de motivación del acto administrativo, así como una supuesta desviación de poder por parte del mencionado servidor público.

Dicha afirmación, la sustentó en que: (i) su nombramiento se dio en provisionalidad, por lo tanto no se podía convertir en uno de libre nombramiento y remoción como supuestamente lo alegaba el jefe de la entidad; (ii) el Personero no tuvo en cuenta el mejoramiento del servicio porque su reemplazo (la señora ALEXANDRA YINETH CARREÑO ORTEGA) no contaba con suficiente experiencia para atender las necesidades del cargo; (iii) la entidad no tuvo en cuenta la estabilidad laboral y el mínimo vital de su mandante ya que esta es madre cabeza de familia de dos hijos menores; (iii) no se efectuó una provisión definitiva del cargo de su cliente en la medida de que no se adelantó concurso de méritos en dicha institución; (iv) la insubsistencia no se produjo como consecuencia de una sanción disciplinaria perpetrada por las autoridades competentes; (v) a la señora MOJICA HERRERA no se le realizó calificación por parte de su superior jerárquico.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 20 de marzo de 2018, negó las pretensiones de la demanda⁴.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) En este orden, es claro para el Despacho que el cargo que desempeñó la demandante, esto es, el de Auxiliar Administrador – Habilidad Pagador, se encuentra definido en el literal c) del numeral 2 del artículo 5° de la Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción, por tratarse de un empleo cuyo ejercicio implica la administración y manejo directo y/o valores del Estado, máxime cuando –tal como se anotó en precedencia- la aquí demandante estaba facultada para el giro de cheques, distribución del presupuesto, elaboración de las nóminas, etc., para lo cual se debía constituir las respectivas pólizas de manejo (fl. 154), dada su responsabilidad en la administración y manejo directo de bienes y/o dineros de la Personería Municipal de Aguachica (Cesar).

(…)

Finalmente, dada la connotación libre nombramiento y remoción que ostenta el cargo del que fue desvinculada la actora, NO se evidencia que con la expedición del acto administrativo de desvinculación se haya desconocido las normas en que deba fundarse, por el contrario, se

³ Folios 62 al 64 del expediente.

⁴ Folios 633 a 645 del expediente.

observa que fue expedido con apego a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. En consecuencia, los cargos de nulidad de falta de motivación e infracción de las normas en que debe fundarse, NO prosperan.

(...)

Así pues, tenemos que con el retiro de la señora ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA no se probó que se desmejoró el servicio, pues la persona que se nombró en su reemplazo tenía las aptitudes académicas y profesionales y cumplía con los requisitos mínimos exigidos por el Manual de Funciones de la Personería Municipal de Aguachica (Cesar) para ejercer el cargo de Auxiliar administrativo – Habilitado Pagador, código 407, de modo que para esta sede judicial, con su designación en ningún momento se desmejoró el servicio.”

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE⁵

Sobre recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, en la cual se negaron totalmente las pretensiones de la parte actora, el recurrente manifestó que la sentencia proferida por ad quo debe ser revocada, ya que “el empleo de auxiliar administrativa –habilitada pagadora, en su ejercicio y según Resolución 002 de 2016 (Manual de Funciones de la Personería), no implica la administración y el manejo de los bienes, dineros y/o valores del Estado, por lo cual, no le es aplicable la excepción establecida en el numeral 2 literal c) del artículo 5 de la Ley 909 de 2004”⁶.

Esta aseveración la fundamentó en que, (i) sus funciones no implican la adopción de políticas y directrices, puesto que el verbo “Elaborar” no significa disponer, ni ordenar como se distribuye el presupuesto ya que eso es potestativo de quien dirige la entidad; (ii) el empleo en cuestión no está adscrito al despacho del Personero Municipal de Aguachica; (iii) no existe dentro del sub-examine ningún acto administrativo escrito emitido por la personería y dirigido a la actora donde se le asigne, delegue o desconcentre la función de firmar los cheques de la entidad conjuntamente con el Personero, esto, en razón a que arguye que su mandante realizó dicha función de manera verbal; (iv) no obra dentro de los requisitos del empleo la suscripción de pólizas por parte del trabajador, empero, la señora MOJICA HERRERA realizó dicha actividad “por presión y exigencia del personero, quien ante la orden verbal de su jefe inmediato, en acatamiento de la subordinación laboral existente”⁷.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 11 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte activa de la Litis, contra la sentencia del 20 de marzo de 2018 proferida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar⁸.

Por auto del 1 de agosto de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁹.

⁵ Folios 647 a 650 del expediente.

⁶ Folio 648 del expediente.

⁷ Folio 649 del expediente.

⁸ Fólío 657 del expediente.

⁹ Folio 661 del expediente.

Dándole trámite al auto de sustanciación de este Despacho, la accionante presentó su respectivo memorial reiterando los argumentos esbozados en el recurso de apelación¹⁰.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

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

III. 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 ambos extremos de la Litis, contra la sentencia del 20 de marzo de 2018.

3.1. 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 el extremo activo de la Litis, contra la sentencia fechada 20 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se negaron en su totalidad las pretensiones de la parte de demandante debe ser revocada, según lo argumentado por la parte actora, en el sentido que se demostró que la connotación del cargo que desempeñaba la señora ADRIANA MOJICA es de carácter provisional, o si por el contrario es de libre nombramiento y remoción; en uno u otro evento, se determinará si la decisión adoptada por el Juzgado de origen en el sentido de negar las pretensiones de la demanda ha de ser revocada o si, por el contrario, el contenido de la misma se ajusta al caudal probatorio y legal aplicable al caso, evento en el cual se confirmará su contenido con la consecuente desestimación del recurso interpuesto.

3.3. PRUEBAS

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

El día 30 de septiembre de 2010 el Personero Municipal de Aguachica (Cesar), conforme a la Resolución No. 087, nombra "a la doctora ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA, en el cargo de Auxiliar Administrativa – Habilitada Pagadora de esa entidad"¹¹. En el literal B del acápite de "CONSIDERANDO" de este documento se desprende:

"B. Que el cargo de Auxiliar Administrativo – Habilitado Pagador es de libre Nombramiento y Remoción, se hace necesario realizar el respectivo movimiento al personal de la planta de empleados de esta entidad."

¹⁰ Folio 671 del expediente.

¹¹ Folio 142 del expediente.

Para el día 1 de octubre de 2010, se realiza Acta de Posesión para la señora ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA¹².

Dentro del Manual de Funciones de la Personería Municipal de Aguachica Cesar adoptada mediante Resolución No. 002 del 23 de enero de 2006¹³ establece la naturaleza del cargo de Auxiliar Administrativo – Habilitado Pagador, así como sus respectivas funciones:

“II. NATURALEZA DEL CARGO

Es un cargo de nivel asistencial; tiene como finalidad el cumplimiento de las labores de Pagaduría y Recursos Humanos dentro de la Entidad; así como las demás funciones asignadas por el Personero Municipal.

III. FUNCIONES

- Elaborar la distribución del Presupuesto anual de la Entidad, y a su vez llevar el control sobre las ejecuciones de ingresos y gastos;
- Elaborar las normas correspondientes para los pagos de salarios, primas y demás prestaciones de los empleados de la Personería Municipal;
- Elaborar los documentos necesarios para el diligenciamiento de las cuentas que se cancelen en la entidad; (...).”

El 4 de marzo de 2016, se suscribe Póliza Seguro Manejo Sector Oficial No. 400-64-994000001477 por parte de la exfuncionaria MOJICA HERRERA con la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia¹⁴.

El día 16 de agosto de 2017, se expide copia de certificación del Banco de Bogotá de fecha, la cual informa¹⁵:

“Que la señora ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA (...), de acuerdo a oficio de fecha de 30 de septiembre de 2010, se encontraba autorizada por el representante legal de la Personería Municipal de Aguachica nit 8002548774, para el giro de cheques de manera conjunta con el Personero Municipal en cuenta corriente de la entidad, autorización que estuvo vigente hasta el mes de agosto de 2016 de acuerdo a oficio emitido por la Personería”.

En concordancia con el anterior hecho, se evidencia en el expediente judicial copia de cheques suscritos por la señora MOJICA HERRERA¹⁶.

El 29 de julio de 2016, el Personero Municipal de Aguachica declara insubsistente el nombramiento de la accionante mediante Resolución No. 055¹⁷, notificándola personalmente el mismo día¹⁸.

Finalmente, según consta en el plenario, se nombra a la señora ALEXANDRA YINETH CARREÑO ORTEGA en reemplazo de la demandante, mediante Resolución No. 057 del 1 de agosto de 2016¹⁹. La hoja de vida de la señora CARREÑO ORTEGA obra en los folios 487 y subsiguientes.

¹² Folio 143 del expediente.

¹³ Folios 19 a 21 del expediente.

¹⁴ Folio 154 del expediente.

¹⁵ Folio 112 del expediente.

¹⁶ Folio 113 del expediente.

¹⁷ Folio 375 del expediente.

¹⁸ Folio 376 del expediente.

¹⁹ Folios 508 a 509 del expediente.

3.4.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD CON LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EL APELANTE

A fin de resolver la irregularidad planteada, estima la Sala necesario hacer una serie de precisiones normativas y jurisprudenciales sobre la naturaleza del cargo que ostentaba la hoy demanda. Veamos:

La Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", norma que se encontraba vigente para el momento en que se profirió el acto acusado, estableció en su artículo 3º su campo de aplicación así:

"(...) ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.
(...)

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

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados (...)"

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

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

(...)

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

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial. (...)"

En el caso bajo estudio, se determinó que el cargo que desempeñaría la hoy demandante era de aquellos de libre nombramiento y remoción, sin embargo, estima la Sala necesario precisar los aspectos relacionados con la forma en que se dispuso su retiro del servicio, esto es, mediante el ejercicio de la facultad discrecional por parte de la demandada, así:

La Constitución Política de 1991, en su artículo 125, dispone:

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

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

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

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

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

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

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

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar las razones que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio del H. Consejo de Estado, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

“(...) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (...)

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y, por ende,

a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad²⁰.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad; en tal sentido, ha identificado²¹ 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 establece que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser "adecuada" a los fines de la norma que la autoriza, y "proporcional" a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la "razonabilidad".

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido²², sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

3.5. CASO CONCRETO

La parte activa de la litis desatada en el sub-examine solicita el reintegro a su cargo, con todas las consecuencias procesales que conlleva. Esto en base a que la declaratoria de insubsistencia de la señora ADRIANA MOJICA HERRERA efectuada mediante Resolución No. 055 de 29 de julio de 2016 adolece de nulidad por falta de motivación debido a que dicha manifestación voluntaria de la administración reviste de carácter de provisionalidad, y no del escrito en el acto administrativo, esto es, de libre nombramiento y remoción. Esta afirmación la sustenta en que las labores que establece el Manual de Funciones de la Personería Municipal de Aguachica Cesar no son para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, sino asistencial subordinado. También, arguye que no le cobija alguna de las excepciones consagradas en el art. 5 de la Ley 909 de 2004.

Asimismo, la demandante alega que existió falta de motivación en su retiro del cargo, puesto que debió aplicarse el principio de "razón suficiente" para la separación del cargo, ya que, a su criterio, el cargo que detentó la señora MOJICA HERRERA fue de provisionalidad, por consiguiente, debió haberse realizado mediante acto administrativo motivado conforme al parágrafo 2° del art. 41 de la Ley 909 de 2004 y del art. 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

Siguiendo con su argumentación, el apoderado de la parte actora alega que la Personería Municipal no tuvo en cuenta el mínimo vital de su mandante y; finalmente, manifiesta que este acto incurrió en la causal de ilegalidad de desviación de poder porque su sucesora (ALEXANDRA YINETH CARREÑO

²⁰ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

²² Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968.

ORTEGA) estaba en su cargo por razones burocráticas y políticas, enfatizando en la presunta nula experiencia profesional que ella poseía.

Las demandadas se opusieron totalmente a las pretensiones escritas en las demandas, tomando como base el hecho que la servidora pública ostentaba la calidad de empleada de libre nombramiento y remoción, y no provisional, en razón a que (i) la Resolución No. 087 de fecha 30 de septiembre de 2010 dispuso tal envergadura a su cargo; (ii) la accionante ejercía funciones de confianza que se materializaban en la suscripción conjunta de cheques de nómina y demás actos propios de dirección y confianza.

Manifestaron que producto a esta calidad de libre nombramiento y remoción, no debe exigirse la motivación del acto administrativo porque la esencia de estos empleos radica en la confianza que deposita el nominador. Añaden que existe una presunción de favorecimiento al servicio público que no ha sido desvirtuada por la parte actora, ya que la señora CARREÑO ORTEGA cumple con los requisitos mínimos que exige el Manual de Funciones para ocupar su cargo. Su razonamiento lo sintetizaron en las excepciones de fondo de "Validez legal y constitucionalidad de la Resolución No. 055 de 29 de julio de 2016" y de "Presunción de legalidad del (...) acto administrativo demandando".

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar mediante fallo de fecha 20 de marzo de 2018, negó las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existió falta de motivación ya que la naturaleza intrínseca del cargo que desempeñaba la señora ADRIANA MOJICA HERRERA obedece a uno de libre nombramiento y remoción, en razón a que (i) la Resolución No. 055 de 29 de julio de 2016 estableció la esencia del cargo en ese sentido, (ii) los cheques girados conjuntamente por la parte actora, las pólizas emanadas por la misma, y las labores que desempeñaba conforme al Manual de Funciones de la Personería Municipal de Aguachica responden a uno que amerita un grado de dirección, confianza y manejo.

En este sentido, se pronunció sobre la incompatibilidad de un acto administrativo de incurrir en falta de motivación y falsa motivación, por lo que desestimó el estudio de esta última causal de ilegalidad. Finalmente, desestimó la posible desviación de poder en que supuestamente incurrió la entidad Estatal, ya que la nueva funcionaria (ALEXANDRA YINETH CARREÑO ORTEGA) cumplía con los requisitos mínimos para el cargo; además, sostuvo que las simples declaraciones de la parte demandante no sirven de sustento probatorio para su configuración.

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 ADRIANA MILENA MOJICA HERRERA, enfatizando en que su razonamiento únicamente giró en contradecir la naturaleza del cargo que desempeñaba su mandante. Por lo tanto, atendiendo al principio de congruencia entre la sustentación del recurso de apelación y la sentencia en segunda instancia²³, se hará énfasis en analizar dichos razonamientos.

En la impugnación, se asevera que las funciones de la accionante no implican la adopción de políticas y directrices, puesto que el verbo "Elaborar" no significa disponer, ni ordenar como se distribuye el presupuesto ya que eso es potestativo de quien dirige la entidad. Al respecto, es preciso mencionar que de acuerdo a la

²³ Código General del Proceso. Artículo 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo.

Real Academia Española (2019), el verbo "Elaborar" tiene dos acepciones, de la cual, la más pertinente al sub-examine hace referencia "Idear o inventar algo complejo". En este sentido, para materializar las tareas encomendadas en el Manual de Funciones de la Personería Municipal de Aguachica era necesario poseer poder de mando y discernir sobre las labores destinadas.

"III. FUNCIONES

- Elaborar la distribución del Presupuesto anual de la Entidad, y a su vez llevar el control sobre las ejecuciones de ingresos y gastos;
- Elaborar las normas correspondientes para los pagos de salarios, primas y demás prestaciones de los empleados de la Personería Municipal;
- Elaborar los documentos necesarios para el diligenciamiento de las cuentas que se cancelen en la entidad; (...)"²⁴

Además, haciendo un análisis íntegro de dicho Manual se puede colegir que era la única funcionaria que poseía tales atribuciones, en la medida que dentro las funciones asignadas a los demás empleados de la Personería Municipal, no se evidencia que a alguien más le hayan establecido como labor "Revisar y autorizar la elaboración de las nóminas de sueldos, el pago de cuentas de cobro, libranzas, descuentos de nómina y lo demás que se relacione con las funciones de pagaduría de la entidad"²⁵. En resumidos términos se puede colegir que, del acápite probatorio de ambas partes, la hoy demandante era la encargada de administrar los gastos de la entidad.

El apoderado judicial alega que el empleo en cuestión no está adscrito al despacho del Personero Municipal de Aguachica, sin embargo, esto no es razón suficiente para vislumbrar que el empleo en cuestión es provisional, debido a que el numeral 2 del art. 5 de la Ley 909 de 2004 establece varios criterios que se pueden utilizar para desentrañar la esencia de esta clase de empleados públicos, dentro de los que se encuentra "c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado".

Dicha excepción se extrapola al caso estudiado, ya que la suscripción de pólizas de seguro²⁶, la certificación bancaria del Banco de Bogotá donde se le autorizaba girar estos cheques a la accionante²⁷, y los cheques girados por la misma²⁸ resultan ser pruebas fehacientes del manejo directo que tenía la señora MOJICA HERRERA de los bienes de la Personería Municipal de Aguachica. En la apelación, el abogado de la demandante manifiesta que estos actos jurídicos estuvieron permeados por la "presión" que realizó el jefe de la entidad para "desfigurar" la naturaleza del vínculo legal, no obstante, no existen pruebas que sustenten tal aseveración.

Aunado a lo anterior, para este Cuerpo Colegiado, le asiste razón tanto a la parte demandada como al juzgador de primer grado en citar la Resolución No. 087 del 30 de fecha 30 de septiembre de 2010, mediante la cual se realiza el nombramiento de la actora, debido a que este acto administrativo establece expresamente que:

"B. Que el cargo de Auxiliar Administrativo – Habilitado Pagador es de libre Nombramiento y Remoción, se hace necesario realizar el respectivo movimiento al personal de la planta de empleados de esta entidad."²⁹

²⁴ Folio 36 del expediente.

²⁵ Folio 33 del expediente.

²⁶ Folio 154 del expediente.

²⁷ Folio 112 del expediente.

²⁸ Folio 113 del expediente.

²⁹ Folio 142 del expediente.

Del mismo modo, es menester rememorar el pronunciamiento que efectuó la Comisión Nacional del Servicio Civil en el sub-examine, donde se constata que este cargo (auxiliar administrativa – habilitada pagadora) nunca ha estado registrado en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, para adelantar convocatoria a concurso de méritos. Esto reviste de vital importancia, porque a la luz de este organismo descentralizado, se puede inferir que el cargo no ha detentado la calidad de carrera administrativa al no promoverse concurso de méritos mediante esta entidad.

De otra parte, no se advierte que el acto de desvinculación de la hoy demandante atienda a criterios irracionales, desproporcionados o irrazonables que pudieran afectar la prestación del servicio público.

De lo expuesto a lo largo de estas líneas, se puede colegir que la parte activa de la litis no logró desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución No. 055 de 29 de julio de 2016, en razón a que su fundamento probatorio no pudo demostrar la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad solicitadas.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, en virtud de los argumentos expuestos en esta providencia.

3.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

De otra parte, no habrá condena en costas habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP³⁰, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA³¹.

El Consejo de Estado al respecto 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”³².

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,

³⁰ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

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

³¹ 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.

³² 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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

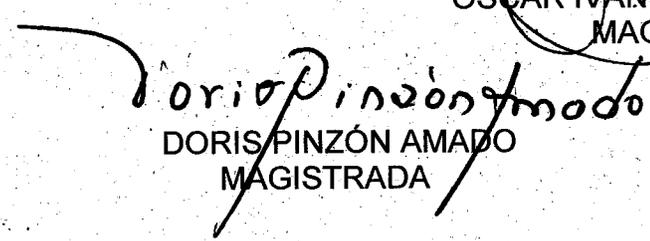
SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

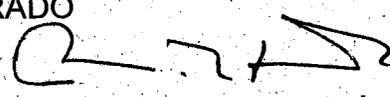
TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Octavo (8°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 015.


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO