



CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

REF: EXPEDIENTE N° 150012331000200100990 01

No. INTERNO: 1337-2014

DEMANDANTE: GLADYS ÁLVAREZ SALAMANCA

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y OTRO

Ha venido el proceso al Despacho el 3 de febrero de 2015¹ a efectos de dictar Sentencia de Segunda Instancia. En consecuencia, le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 15 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión que se inhibió para pronunciarse de fondo respecto del Oficio F-OF-0232 de 24 de enero de 2001 y negó las demás pretensiones de la demanda.

I. EL ESCRITO DE DEMANDA

1.1. Pretensiones.-

¹ Informe visto a folio 321

Mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la señora GLADYS ÁVAREZ SALAMANCA solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. 0016 del 24 de enero de 2001, por medio de la cual el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá declaró insubsistente su nombramiento como Secretaria General, Código 054, Grado 08 de la Planta global de ducha entidad, y del Oficio G-OF-023 de la misma fecha que le informó la anterior decisión.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a las entidades demandadas a: *(i)* a reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando u otro de superior categoría; *(ii)* pagar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el retiro hasta que se sea reincorporada al servicio *iii)* dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 179 del Código Contencioso Administrativo, y condenar en costas a la entidad demandada.

1.2. Fundamentos Fácticos².-

² Ver folios 18 a 28



La parte demandante expuso que se vinculó a la Caja de Previsión Social de Boyacá, el 1º de julio de 1999, mediante Resolución 0109 de 1999 y que es militante del partido Conservador Colombiano.

Señaló que el 29 de octubre de 1999 se llevó a cabo la jornada electoral para Gobernadores, Diputados, Concejales y Alcaldes municipales, para el periodo constitucional 2001-2003. Por el departamento de Boyacá fue elegido Gobernador el señor Miguel Ángel Bermúdez, quien representó al partido Liberal.

En ejercicio de las facultades legales, indicó que el nuevo Gobernador nombró al señor Vicente Martínez Mora como Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá, quien a su vez era seguidor de su grupo político.

Posteriormente, mediante Resolución 0016 de 24 de enero del 2001 el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá declaró la insubsistencia de su nombramiento, por razones que estima la demandante, están fundadas en compromisos de carácter político.

Adicionalmente, manifestó que al expedir el acto por el cual declaró la insubsistencia de su nombramiento, el Gerente no observó lo dispuesto por el Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998, según el cual toda novedad



de personal de la administración central, de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del orden departamental requieren para su validez la firma del Gobernador.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.-

El demandante indicó que con el actuar de la administración se vulneraron las siguientes normas:

Los artículos 1, 2, 6, 13, 15, 25, 42, 53, 123, 124, 125, 189 numeral 14, 305 numeral 7º de la Constitución Política; Ley 27 de 23 de 1992, Ley 50 de 1990, artículo 48 de la Decreto 2400 de 1968 y demás normas concordantes aplicables al presente caso.

Como concepto de violación de la normativa invocada, expuso que con la expedición del acto de insubsistencia, el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá vulneró su dignidad humana, los derechos a la igualdad, trabajo, familia y las disposiciones relativas a los servidores públicos, pues su finalidad estaba ceñida a un interés político.

Igualmente, estima que se desconocieron disposiciones del Código Contencioso Administrativo tales como la imparcialidad con la que las



autoridades públicas deben actuar, en busca de la garantía y efectividad de los derechos de los ciudadanos, por ende no se podían dejar de lado las capacidades profesionales y personales de la actora.

En cuanto a las decisiones discrecionales, aclaró que la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, en ese orden y en consideración a que ella como funcionaria cumplía a cabalidad con las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, esto es, observó buena conducta y cumplió a cabalidad con sus deberes, la Administración no podía actuar con arbitrariedad, aunque su cargo estuviera clasificado como uno de libre nombramiento y remoción, razonamiento con el cual sustentó el cargo de desviación de poder.

Las anteriores consideraciones fueron expuestas por el Consejo de Estado en 1976, para admitir que es nulo el acto de insubsistencia cuando no se hubiere dejado constancia del hecho y de las causas que lo motivaron en la hoja de vida del servidor, ello para poner fin a la arbitrariedad de los nominadores.

Así mismo, alegó que se configuró falsa motivación, porque aparentemente se hizo uso de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción pero en realidad obedeció a móviles políticos.



De otra parte, la resolución demandada fue expedida con vulneración de las normas superiores, toda vez que ha debido atender las formalidades y trámites establecidos por las normas superiores.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Departamento de Boyacá

El Departamento de Boyacá, a través de apoderado, contestó la demanda mediante escrito que obra a folios 180 a 184 del expediente, en el cual se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda.

Expuso que la Resolución mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, fue expedido con fundamento en la facultad discrecional que le otorga la ley en busca del mejoramiento del servicio y de la Función Pública, tal y como lo dispone el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968³.

³ Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.”



Agregó que no se configuran los alegados cargos de ilegalidad y no se causaron daños a la dignidad de la actora, pues si es una profesional competente como lo afirmó en la demanda, junto con la experiencia que adquirió en el cargo, puede desempeñarse en otro de igual o más importancia.

2.2. Caja de Previsión Social de Boyacá

No contestó la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, en Sentencia de 15 de enero de 2014⁴, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo respecto de la legalidad del Oficio F-OF-203 de 24 de enero de 2001 y negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

⁴ Ver folios 277 a 287



En relación con el Oficio demandado estableció que se trataba de un acto que solamente se limitó a informar la decisión adoptada por la Resolución 0016 de 2001, razón por la cual no es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sobre la desviación de poder, estimó que revisado el acervo probatorio no se encuentra probado que la insubsistencia estuviera motivada en fines políticos, pues a los declarantes dentro del proceso no les consta que así hubiera sido.

En relación con el desmejoramiento del servicio consideró en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado que sería necesario analizar las hojas de vida del demandante y de la persona que la reemplazó con el fin de establecer si el segundo contaba con los requisitos mínimos para el cargo, sin embargo no se trajo al plenario el acto administrativo por el cual se establecieron los requisitos para el empleo.

Agregó que el hecho de que hubiera demostrado un buen desempeño no le generaba estabilidad en el cargo, respecto del cual el nominador podía ejercer la facultad de libre remoción, que por tratarse de un empleo de dirección, confianza y manejo el acto de retiro lleva implícita una razón del buen servicio.

En lo relevante al cargo de falta de aplicación del Decreto 077 de 6 de febrero de 1998, hizo referencia al régimen jurídico aplicable a los establecimientos públicos, tal y como es la Caja de previsión Social de Boyacá, especialmente por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 y el Decreto 001241 de 1992⁵, de las cuales concluyó que el Gerente de aquella entidad no requería del visto bueno del Gobernador para definir el retiro de la actora. En ese orden, determinó que el requisito impuesto por el Decreto 077 de 6 de febrero de 1998, según el cual las novedades de personal debían tener el visto bueno del Gobernador es contrario a las normas referidas y en esa medida aplicó la excepción de ilegalidad sobre ella.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Mediante apoderado judicial, el actor interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión⁶, con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, indicó que demandó la nulidad del Oficio que le comunicó la decisión de retiro, en atención a que consideró que se

⁵ Por el cual(sic) se causa una novedad en la Planta de Personal de la Caja de Previsión Social de Boyacá

⁶ En escrito visible a folios 290 a 299.



trataba de un acto complejo junto con el acto de insubsistencia y que no se podía desligar uno del otro.

Insistió en la inobservancia del Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998, por parte del Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá, como sí ocurrió con el acto de su nombramiento, situación que afecta la legalidad del acto de insubsistencia, y disiente de la decisión de inaplicar la norma por ilegal para lo cual se basa en el aparte final del inciso primero del artículo 68 de la Ley 489 de 1998, que prevé que aun cuando los órganos del Estado gocen de autonomía administrativa está sujetos a control político y a la suprema dirección del órgano de la administración a la cual está adscritas.

En lo relativo a los fines políticos que persiguió el nominador con su retiro, señaló que fue declarada tan solo 24 días después de la posesión del nuevo Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá, que a su vez fue designado por el Gobernador del mismo departamento cuyo periodo inició el 1º de enero de 2001, adicionalmente, recalcó que si se hace una comparación entre su hoja de vida y la de la persona que la sustituyó en el cargo, se hace evidente que tiene mejores condiciones en cuanto a preparación y experiencia para su desempeño, aspectos que demuestran el desmejoramiento del servicio que conllevó la decisión cuestionada y que se apoya en la prueba testimonial practicada dentro del proceso.

Insistió en el argumento de que la decisión de retiro no estuvo acorde con los fines de la norma que lo autorizan ni es proporcional a los hechos que le sirvieron de causa, puesto que ella siempre demostró el cumplimiento de sus obligaciones en desempeño del cargo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante intervino en esta oportunidad⁷ en la cual insistió en los planteamientos que expuso en el recurso de apelación, particularmente en lo concerniente a la desviación de poder, dado que con la expedición del acto de insubsistencia se buscaba favorecer los intereses de un grupo político y no el mejoramiento del servicio.

Igualmente hizo énfasis en el desconocimiento de lo previsto por el Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998, por parte del Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá, según el cual las novedades de personal, ya fuera de vinculación o retiro, debían llevar la firma del Gobernador para su validez, requisito que sí cumplió su acto de nombramiento, cuestión que obedece al principio según el cual “*en derecho las cosas se deshacen como se hacen*”.

⁷ Folio 310 a 320



VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto en el presente asunto.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Cuestión previa

A través de la Ordenanza 018 de 2001, la Asamblea Departamental de Boyacá, con fundamento en las facultades atribuidas por el artículo 300 de la Constitución Política, autorizó al Gobernador de Boyacá para suprimir y liquidar la Caja de Previsión Social de Boyacá, para lo cual expidió el Decreto 1687 de 30 de noviembre de 2001⁸, disposición que estableció:

“(...)En todo caso, una vez concluida la liquidación de la Entidad, todos sus derechos, obligaciones y archivos pasarán a la Secretaría de Hacienda del Departamento, a través de las dependencias que se establezcan en el reglamento.

Como resultado del proceso de liquidación deberá establecerse un Fondo de Contingencias para atender las obligaciones que con

⁸ Por el cual se suprime la Caja de Previsión Social y se ordena su liquidación. Folio 265 a 267

posterioridad a la fecha de liquidación de que trata el artículo 1º deban ser atendidas por el Departamento de Boyacá como resultado de las obligaciones transferidas a éste por mandato del presente decreto.”⁹

Obra a folios 174 y 175, copia del Acta Final de Liquidación de Derechos, Bienes y Obligaciones de la Caja de Previsión Social de Boyacá en Liquidación al Departamento de Boyacá, suscrita el 10 de julio de 2009, de acuerdo con la cual el Departamento asumió sus derechos y obligaciones, siendo así, en el evento en que se accediera a las pretensiones de la demanda, sería esta última la entidad encargada de dar cumplimiento a la sentencia.

7.2. El problema jurídico

El problema jurídico se contrae a establecer si el acto que declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora de un empleo de libre nombramiento y remoción en una entidad descentralizada, fue expedido con fines políticos, y si el hecho de no haber dejado constancia de los motivos de la insubsistencia en la hoja de vida de la servidora y de que el acto no llevara la firma del Gobernador, en cumplimiento del Decreto

⁹ Artículo 6º.



Departamental 0077 de 6 de febrero de 1998¹⁰, afectan de nulidad del acto por medio del cual se declaró la insubsistencia de la actora.

7.3. De los actos demandados

La actora demandó la nulidad de la Resolución 016 de 24 de enero de 2001¹¹, por medio del cual el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá declaró la insubsistencia del nombramiento de Gladys Álvarez Salamanca, del cargo de Secretario General, Código 054, Grado 08 y del Oficio G-OF-023 de la misma fecha, suscrito por el mismo funcionario, que le comunicó la decisión anterior.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión se declaró inhibido para conocer de la legalidad del oficio, por considerar que se trata de un acto de trámite que no es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que se limitó a informar la decisión contenida en la Resolución 016 de 24 de enero de 2001.

La parte actora insistió en el recurso de apelación en que los actos demandados conforman un **acto complejo** y en ese sentido, no es posible desligarlos.

¹⁰ Acto expedido por el Gobernador que sujeta la validez de las decisiones sobre novedades de personal de las entidades de dicha naturaleza a su firma.

¹¹ “Por el cual(sic) se causa una novedad en la Planta de Personal de la Caja de Previsión Social de Boyacá”



Al respecto, advierte la Sala que no se trata de un acto complejo, que presenta como característica fundamental el concurso de voluntades para para la formación de un acto único¹², pues, por una parte, el acto de insubsistencia solamente requiere de la voluntad de la autoridad nominadora para su validez y por otra, porque en este asunto no habría concurso de voluntades, habida cuenta de que el oficio fue suscrito por el mismo funcionario, es decir, que se trataba de una sola voluntad, la cual fue plasmada en la Resolución 016 de 24 de enero de 2001, siendo así, el oficio se limitó a informar la decisión adoptada esta última.

Por la razón expuesta, se confirmará la decisión de A quo en cuanto se declaró inhibido para emitir un pronunciamiento de fondo frente al Oficio G-OF-023 de 24 de enero de 2001.

7.4. De lo probado en el proceso:

¹² En este sentido, ver las sentencias Sección Segunda - Subsección "B" – C.P. Víctor Henrando Alvarado Ardila sentencia 26 de agosto de 2010, Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02783-01(0283-08), y de 6 de agosto de 2009, Expediente No.: 1267-2007.

1. Por medio del Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998¹³, el Gobernador de Boyacá dispuso: *“Toda novedades de personal relacionada con la vinculación o retiro de los servidores públicos, bajo cualquiera de las modalidades legales establecidas para tal fin, tanto en la planta de personal de la Administración Central como de los Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del orden Departamental, requiere para su validez la firma del Gobernador.”* En el artículo segundo derogó todas las disposiciones que fueran contrarias¹⁴.

2. Mediante Resolución 0109 de 1ª de julio de 1999¹⁵ el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá nombró a la Gladys Álvarez Salamanca en el cargo de Secretaria General, Código 54, grado 08 en la Caja de Previsión Social de Boyacá, con el visto bueno del Gobernador de Boyacá, y del cual tomó posesión el mismo día¹⁶. Lo anterior se corrobora a folio 5 del expediente con la certificación expedida por la Jefe de Grupo Talento Humano.

3. Gladys Álvarez Salamanca es abogada¹⁷, Especialista en Instituciones Jurídico - Familiares¹⁸ y terminó estudios de

¹³ “Por el cual se establece un requisito para causar novedades de personal, en la planta de la Administración Central y de los Institutos Descentralizados del orden Departamental”

¹⁴ Folio 4

¹⁵ Por el cual hace un nombramiento.

¹⁶ Tal y como obra a folio 7 en el acta de posesión suscrita por la actora.

¹⁷ Según título conferido por la Universidad Autónoma de Colombia, cuya copia fue aportada a folio 8.

¹⁸ Título otorgado por la Universidad Nacional de Colombia, el 12 de diciembre de 1997, copia aportada a folio 9.



Especialización en derecho Administrativo¹⁹, entre otros estudios que demostró haber cursado a folios 11 a 16.

4. Por Resolución 0016 de 24 de enero de 2001²⁰ el Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, decisión que le informó a través del Oficio G-OF-023 de 24 de enero de 2001.

5. El señor José Manuel Mojica Perico fue nombrado por la Resolución 0018 de 25 de enero de 2001²¹, en el empleo de Secretario General, Código 054, Grado 08.

7.5. De la naturaleza del empleo desempeñado por la actora y la facultad de libre nombramiento y remoción

Dispone el artículo 125 de la Constitución Política que por regla general los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Por su parte la Ley 443 de 11 de junio de 1998²², vigente para la época de

¹⁹ Según certificación expedida por la Universidad Santo Tomás el 17 de febrero de 2000, a folio 60.

²⁰ “Por el cual(sic) se causa una novedad en la Planta de Personal de la Caja de Previsión Social de Boyacá”

²¹ Folio 205

²² “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.”



los hechos, en el artículo 5º determinó que los cargos de dirección, conducción y orientación institucionales, que tengan dentro de sus funciones la adopción de políticas y directrices, son de libre nombramiento y remoción, incluyendo expresamente el de Secretario General de entidad descentralizada del orden territorial dentro de esta modalidad.

Así mismo, el empleo de Secretario General de Entidad Descentralizada, código 054, estaba contemplado en el artículo 8º del Decreto 1569 de 5 de agosto de 1998²³, dentro de los empleos del nivel Directivo, cuyas funciones generales comprenden las de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos²⁴.

Cabe señalar, que el ejercicio de la potestad discrecional, en materia laboral, se constituye en una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal facultad, se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad y cercanía con las políticas a implementarse por parte del administrador de turno.

²³ “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

²⁴ Artículo 4º literal a) del Decreto 1569 de 1998.

Así sucede por ejemplo, con el personal perteneciente al nivel directivo o asesor o de quienes aunque no correspondan a estos niveles, ejercen especiales funciones que demandan un mayor grado de confianza.

En esos eventos, la experiencia y eficiencia en la prestación del servicio no otorgan, por sí solas, inamovilidad en el empleo²⁵, puesto que la necesidad de lograr el cumplimiento de metas de la administración pueden llevar al nominador a realizar los ajustes necesarios y convenientes para la buena marcha del servicio y a ejercer la facultad discrecional con esa finalidad, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, desplazando a funcionarios que aun exhibiendo tales virtudes no son considerados en la nueva administración o dentro del nuevo esquema de trabajo.

Con todo, el nominador puede proceder al retiro de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y su actuación goza de presunción de legalidad, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.²⁶

²⁵ En este sentido ver, entre otras, sentencia de 20 de octubre de 2014, radicado No. 25000-23-25-000-2004-08619-01 (1735-09), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

²⁶ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º. de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente : Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Ahora bien, el ejercicio de la potestad discrecional no puede desplegarse de manera arbitraria pues está limitado por el cumplimiento de los cometidos estatales que buscan el interés general, esto es, por razones del buen servicio, tal y como lo dispone el artículo 36²⁷ del Código Contencioso Administrativo, ello implica que si hace uso de dicha facultad en busca de intereses distintos, la actuación se encontrará viciada por una desviación de poder y se compromete la legalidad del acto administrativo así expedido.

7.6. De la desviación de poder en el asunto concreto

Para efecto de demostrar la configuración de la desviación de poder, como causal de anulación de un acto administrativo, implica para quien la alega llevar al juez a la convicción de que el acto fue expedido con una finalidad distinta a la prevista por el legislador, esto es, el buen servicio, en ese sentido se debe demostrar la verdadera intención de quien lo expidió.

²⁷ “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”

En esta materia la jurisprudencia y la doctrina²⁸ se han referido a la dificultad probatoria que representa la demostración de este vicio, en razón a la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, si el juez concluye que tiene las pruebas necesarias *“que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”*²⁹, pueda declarar la nulidad de la actuación.

Con el fin de demostrar que el acto de insubsistencia fue expedido con finalidades políticas y repercutió en el desmejoramiento del servicio, fueron practicados los siguientes testimonios:

Martha Beatriz Ávila Candela³⁰, conoció a la actora porque también laboraba en la Caja de Previsión Social de Boyacá, al ser interrogada sobre el conocimiento que tenía sobre los motivos de la insubsistencia del nombramiento de la demandante, señaló: *no me consta na da(sic)*

²⁸ LIBARDO RODRÍGUEZ, R, Derecho Administrativo General Colombiano, Editorial Temis, pag.. 217

²⁹ Sentencia de 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.

³⁰ Folios 121 y 122 del cuaderno principal.

sobre los móviles políticos (...). Al respecto no se los motivos por los cuales el Doctor Vicente tomó la decisión de desvincularla y nombrar al doctor Mojica en su reemplazo, inclusive el Doctor Mojica también salió durante la administración del Doctor Vicente (...)", en lo atinente al desmejoramiento del servicio indicó "pienso que como todo al comienzo fue difícil porque una persona nueva debe llegar a empaparse de sus funciones y de lo que hacía otra persona, por eso al comienzo fue difícil, pero el doctor Mojica se puso al día en la parte funcional de su oficina".

Por su parte, la señora Blanca Cecilia Sánchez Benítez³¹ quien afirmó que también laboró en la entidad, al ser interrogada sobre lo que le constaba de la desvinculación indicó "No se los motivos", y sobre el cumplimiento de los deberes de la actora manifestó: "Hubo un poquito más de orden, en las oficinas que estaban a cargo de ella que eran prestaciones económicas, archivos, kardex, en esas que nos dijeron que era la jefe pues buena en el trabajo, procuraba que se atendiera bien al público". En relación con la calidad del servicio, luego del retiro de la señora Álvarez Salamanca, señaló: "No desmejoró porque como empezó la liquidación pues teníamos que trabajar hasta el último día que estuviéramos en la entidad". La anterior declaración apunta a que no conoce los motivos de la desvinculación y negó que se hubiera presentado un desmejoramiento del servicio con el retiro de la demandante.

³¹ Folios 122 y 123 del cuaderno principal.

La Sala ha sostenido³² que en la valoración de las declaraciones de los testigos debe tenerse en cuenta la razón del dicho; la concordancia entre unas y otras; la precisión o vaguedad de lo que exponen y su imparcialidad frente a su particular situación. Por supuesto, deben desecharse los juicios de valor o conceptos referentes a las causas o efectos de los hechos que conocieron basados en simples deducciones personales.

Las anteriores declaraciones provenientes de personas que se desempeñaron en la entidad para la fecha de expedición del acto demandado, no demuestran los alegados fines burocráticos y políticos del Gerente de la Entidad, pues ninguna de las declarantes les consta. Así mismo, no hacen afirmación alguna sobre el desmejoramiento del servicio, por el contrario, Martha Beatriz Ávila Candela manifestó que quien fue designado en reemplazo de la actora “*puso al día*” con sus funciones y Blanca Cecilia Sánchez Benitez negó que se hubiera presentado.

De otra parte, en relación con el desmejoramiento del servicio, fueron aportadas copias de la hoja de vida de Gladys Álvarez Salamanca³³,

³² Ver entre otros, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” sentencia de 25 de febrero de 2000, Expediente No.11872-332/98, Actor: Fabio Manuel Espitia Calvo y sentencia de 22 de noviembre de 2001, Expediente No. 950973-1623-2000, Actor: Luis Carlos Salazar Hincapié.

³³ Anexo 01

quien como antes se vio tenía título profesional y dos especializaciones, entre otros estudios de actualización, y de José Manuel Mojica Perico, designado en su remplazo y que ostenta título profesional en odontología, especialista en Gerencia de Instituciones de Salud³⁴, sin embargo, no fue aportado el acto administrativo contentivo de los requisitos específicos para el empleo de Secretario General, es decir, la demandante no cumplió con la carga de probar el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto jurídico persigue³⁵.

7.7. Omisión de dejar constancia de los motivos de insubsistencia

Otro de los cargos propuestos en la demanda está relacionado con la omisión en la que incurrió el nominador de dejar constancia de los motivos de la insubsistencia de su nombramiento.

Al respecto, debe la Sala precisar que en anteriores oportunidades la jurisprudencia³⁶ de la Sección Segunda ha admitido que la omisión de

³⁴ Folio 103 anexo 02.

³⁵ Carga de la prueba, prevista por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

³⁶ Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Dra Ana Margarita Olaya Forerosentencia de 21 de abril de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-1999-04366-01(1480-04), Actor: Germán Ospina Jaramillo.



dejar constancia de los motivos de la insubsistencia del nombramiento de un servidor en un cargo de libre nombramiento y remoción puede acarrear consecuencias disciplinarias para quien lo expidió, no implica la nulidad del acto de retiro.

En este sentido, la Subsección “B” reiteró la posición así:

“(...) Sea la oportunidad para recordar, que si bien el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, determinó que se debe anotar en la hoja de vida el motivo por el cual se produjo el retiro, también lo es que, esa actuación es un acto posterior, y no puede dar lugar a vicios en el acto demandado debido a que se trata de situaciones jurídicas distintas que no deben ser confundidas.

En efecto, la anotación de las causales de retiro de un empleado en su hoja de vida que realiza normalmente el Jefe de Personal o su equivalente, 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.

Esta ha sido la tesis reiterada de esta Corporación, en sentencia del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sección Segunda, Subsección “A”, quien sostuvo:

“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.(...)³⁷

En ese orden, el cargo no está llamado a prosperar, pues como se anotó la omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida de las causas que originan la insubsistencia, no tiene la virtualidad de generar su nulidad.

7.8. De la expedición irregular en el asunto concreto

En el particular se sustenta el cargo de expedición irregular del acto por el cual se declaró la insubsistencia de la demandante, pues consideró que debía llevar el visto bueno del Gobernador, al tenor de lo dispuesto por el mismo funcionario mediante el Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998, acto frente al cual el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, aplicó la excepción de ilegalidad por encontrarlo

³⁷ Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 9 de febrero de 2012, radicación No. 52001-23-31-000-2006-01431-02(1819-11), Actor: Ana María Rodríguez Alava.

contrario a lo dispuesto por el parágrafo 1, artículo 68 de la Ley 489 de 1998³⁸ y al numeral 8º del artículo 22 del Decreto 001241 de 1992.

7.8.1. Alcance de la discrecionalidad del nominador

La parte demandante en el recurso de apelación, en oposición a la decisión del A quo, argumentó que desconoció que la misma Ley 489 de 1998, cuando prevé que los órganos del Estado gocen de autonomía administrativa está sujetos a control político y a la suprema dirección del órgano de la administración a la cual está adscritas.

Con el fin de dilucidar el alcance de la facultad discrecional del nominador de una entidad descentralizada y la posibilidad de limitarla en ejercicio del control político del órgano de la administración a la cual se encuentra adscrita la entidad, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

Como se estableció anteriormente, esta Sección ha manifestado que el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y separación de los empleados de libre nombramiento y remoción, sin

³⁸ Ley 489 de 23 de diciembre de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo [189](#) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”



que ello quiera decir que pueda retirarlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones, sólidas y explícitas³⁹, y en la buena prestación del servicio.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 las entidades descentralizadas del orden nacional *“son los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”* y su régimen también es aplicable a aquellas del orden territorial.

Este tipo de entidades se sujetan a las disposiciones de la Constitución Política, de las leyes de creación y a sus estatutos internos.

³⁹ Ver entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente No. 2459-99, actor Doris Isabel Ceballos Mendoza, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; fallo del 22 de junio de 2000, expediente No. 2468-99, actor Pastor Baena Gutiérrez, Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.



Los atributos de los establecimientos públicos son personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Respecto de la autonomía administrativa, el artículo 71 ibídem consagra que se ejerce conforme a los actos que las rigen y sus funciones serán cumplidas acorde con la norma que la creó o autorizó y sus estatutos internos. Este principio fue abordado por la Corte Constitucional en su sentido etimológico, indicando que se trata de la capacidad de *“autonormarse, y de ella se derivan las siguientes consecuencias: a. Capacidad de dictar normas; b. Capacidad de la comunidad de designar sus órganos de gobierno; c. Poder de gestión de sus propios intereses y d. Suficiencia financiera para el desempeño de sus competencias.”*⁴⁰, y en esa medida *“la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades”*⁴¹. Dentro de esa capacidad de autodeterminación se comprende desde luego, lo relativo al manejo de su personal con sujeción a las normas que regulan la materia.

De lo anterior, se concluye que de acuerdo con el régimen aplicable a los establecimientos públicos, aquellos gozan de autonomía

⁴⁰ C-1051 de 2001 M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

⁴¹ Ibídem



administrativa y su régimen jurídico aplicable está dado además de la Constitución Política, por sus actos de creación y sus estatutos internos, sin que le sea dado a otra autoridad tener injerencia en los asuntos relacionados con la gestión de sus propios intereses, mediante la imposición de condiciones para la validez de los actos que en ejercicio de su autonomía expidan.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que por Ordenanza 22 de 18 de abril de 1936⁴² fue creada la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá y por medio del Decreto 001241 de 29 de septiembre de 1992⁴³, la Gobernación de Boyacá definió a esta entidad como un establecimiento público descentralizado del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, adscrita a la Secretaría de Salud de Boyacá, y que su objeto sería el de atender el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y la prestación de los servicios asistenciales de sus afiliados.

En el artículo 19 determinó que el Gerente sería el representante legal y el ejecutivo nominador del mismo y fue así como dentro de sus funciones

⁴² Por la cual se crea la Caja de Previsión Social del Departamento, folio 238.

⁴³ “Por medio del cual se modifica el acto de creación de la Caja de Previsión Social de Boyacá y se dictan otras disposiciones”



se previó la de “*Nombrar y remover al personal que presta sus servicios a la Institución*”⁴⁴.

Posteriormente, el Decreto 001516 de 27 de diciembre de 1995⁴⁵ estableció dentro de las funciones de la Entidad “*administrarse autónomamente*”⁴⁶, y en el artículo 19 también señaló que el Gerente es el Representante Legal y el nominador, aunque dentro de sus funciones ya no incluyó textualmente la relacionada con el nombramiento y la remoción del personal.

No obstante lo anterior, el Gobernador de Boyacá, a través del Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998 definió lo siguiente: “*Toda novedad de persona relacionada con la vinculación o retiro de los servidores públicos, bajo cualquiera de las modalidades legales establecidas para tal fin, tanto en la planta de personal de la Administración Central como de los Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del orden Departamental, requiere para su validez la firma del Gobernador.*”

La disposición transcrita, para este particular caso, desconoce la autonomía administrativa de la Caja de Previsión Social de Boyacá, pues es claro que la facultad nominadora asignada al Gerente es parte de

⁴⁴ Artículo 22, numeral 8.

⁴⁵ Por medio del cual se reorganiza la Caja de Previsión Social de Boyacá, se adapta al Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones

⁴⁶ Artículo 5º, numeral 2.



dicho concepto, y en esa medida, el Gobernador no podía condicionar la validez del acto de vinculación o retiro de los servidores de las dependencias del establecimiento público.

En consecuencia, estima la Sala, que es del caso inaplicar el Decreto 0077 de 6 de febrero de 1998 por vía de excepción de ilegalidad, tal y como lo consideró el *A quo*.

Por las anteriores razones se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión el 15 de enero de 2014 que se declaró inhibida para un pronunciamiento de fondo sobre el oficio G-OF-023 de 24 de enero de 2001 y negó las pretensiones de la demanda, dentro de la acción promovida por Gladys Álvarez Salamanca contra el Departamento de Boyacá y la Caja de Previsión Social de Boyacá.

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

VIII. FALLA

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, el 15 de enero de 2014 que se declaró



inhibida para un pronunciamiento de fondo sobre el oficio G-OF-023 de 24 de enero de 2001 y negó las pretensiones de la demanda, dentro de la acción promovida por Gladys Álvarez Salamanca contra el Departamento de Boyacá y la Caja de Previsión Social de Boyacá.

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

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E) JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

