



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015).-

Radicado No.: 25000-23-42-000-2013-01186-01

No. Interno: 2144-2014

Actor: Luis Fernando Cubillos Neira

Demandado: Distrito Capital de Bogotá- Secretaria de Educación

Asunto: Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del derecho

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha cinco (5) de febrero de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien denegó las súplicas de la demanda incoada por el señor Luis Fernando Cubillos Neira contra Distrito Capital de Bogotá- Secretaria de Educación.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.-

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el ciudadano Luis Fernando Cubillos Neira, actuando a través de apoderado judicial¹, acudió ante esta jurisdicción, con el objeto de acusar la legalidad de la Resolución No 131 de fecha 30 de enero de 2012, proferido por la Secretaria de Educación del Distrito Capital de Bogotá, *“por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción de la planta de empleos de la Secretaria de Educación Distrital.”*²

Pretende el demandante se declare la nulidad de la Resolución citada en el párrafo precedente, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Director Técnico, grado 009, código

¹ A folio 235 del cuaderno principal del expediente, obra sustitución poder otorgado por la togada Ligia Gissel Morales Rojas al abogado Juan Carlos Martínez Sánchez, identificado con la cédula de ciudadanía 79.413.574 y portador de la Tarjeta Profesional 96.293, a quien le fue reconocida personería en calidad de apoderado de la parte actora en audiencia celebrada en fecha quince (15) de noviembre de dos mil trece (2013)

² La demanda obra a folios 9 al 48 del cuaderno principal.

006, ubicado en la Dirección de Inspección y Vigilancia de la Secretaría de Educación Distrital.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, depreca se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de similares o superiores condiciones sin solución de continuidad, y se condene a la entidad demandada al pago de salarios y prestaciones, con sus incrementos e intereses respectivos, perjuicios morales, costas del proceso.

1.1. LOS HECHOS

1.1.1. El ciudadano Luis Fernando Cubillos Neira fue vinculado a la Secretaría de Educación del Distrito Capital a través de la Resolución No 2870 de octubre 20 de 2010, para ocupar el cargo de Director Técnico Grado 009, Código 006, empleo de libre nombramiento y remoción, desempeñándose en el mismo con honestidad, probidad y cumpliendo a cabalidad las funciones asignadas.

1.1.2. Que mediante correo electrónico enviado el día 02 de enero de 2012, desde el "mail" de la funcionaria Zoila Rosa del Carmen Guzmán Roa, los señores J. Zamora Pinzón en calidad de Subsecretaria de Gestión Institucional y Carlos

Alberto Sánchez Guevara, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, solicitaron la renuncia de varios funcionarios de la Secretaria de Educación Distrital, encontrándose entre ellos el actor, siendo tal solicitud de iniciativa del anterior Secretario de Educación Ricardo Sánchez Ángel.

1.1.3. Mediante Resolución No 131 de enero 30 de 2012, el Secretario de Educación del Distrito Capital, resolvió declarar insubsistente el nombramiento ordinario del señor Luis Fernando Cubillos Neira, en el cargo de Director Técnico, Grado 009, Código 006, ubicado en la Dirección de Inspección y vigilancia de la aludida Secretaria de Educación.

1.1.4. En reemplazo del actor fue nombrado un funcionario en encargo, situación administrativa diferente al nombramiento ordinario propio de la manera correcta de proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, tal como lo dispone el artículo 5 del decreto 2400 de 1968³

³ ARTICULO 5. Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos. Ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera. Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses.

- 1.1.5. Que con posterioridad al retiro del demandante, se presentaron retrasos en los procedimientos y trámites relacionados con las tareas y funciones propias de la Dirección de Inspección y Vigilancia.
- 1.1.6. La salida del accionante estuvo enmarcada en un proceso de insubsistencias masivas, al punto que el mismo día en que fue declarado insubsistente el actor, también fueron retirados otros tres (3) Directores Técnicos grado 009, código 006 de la Subdirección de Integración Institucional.
- 1.1.7. En los meses siguientes a la declaratoria de insubsistencia del demandante, los medios de comunicación registraron desorden institucional en todas las Secretarías de Despachos del Distrito Capital y, especialmente, en la Secretaría de Educación.

1.2. Normas violadas y concepto de su violación.-

De la Constitución Política de 1991, estima vulneradas los artículos 1, 2, 6, 13, 15, 21, 25, 29, 53 y 121, 125 y 209; y del decreto 2400 de 1968, los artículos 5, 26 y 61.

El apoderado de la parte demandante invocó como cargos de nulidad, la existencia de falsa motivación y desviación de poder.

En cuanto a la **falsa motivación**, señaló que no fue la necesidad de la administración de conformar su equipo de confianza lo que motivo la declaración de insubsistencia, sino el hecho de que el actor no presentó a tiempo su renuncia de acuerdo a la solicitud que le hicieran por vía de correo electrónico.

Si hubiese sido cierto que la verdadera intención de la administración al retirar al actor de la administración era la de configurar su equipo de confianza, su reemplazo no habría sido bajo la modalidad de encargo sino como un nombramiento ordinario. Además, recuerda el libelista que no fue el Secretario de Educación entrante quien solicitó la renuncia protocolaria sino que fue el Secretario inmediatamente anterior, no siendo entonces lógico que dicha renuncia hubiese sido solicitada por el anterior nominador y fuese el nuevo nominador quien declare la insubsistencia.

Finalmente, en cuanto al cargo de nulidad en comento, consideró que la situación del actor no encaja en las llamadas renuncias protocolarias, en virtud de las cuales, es aceptado que a empleados que representa altas dignidades pero subordinado a una autoridad civil

que ejerce poder político les sea solicitada su renuncia, situación distinta a la que ostentaba el accionante quien era un simple Jefe de dependencia.

Y en lo atinente al cargo de **desviación de poder**, alega que con la salida del accionante de la Dirección de Inspección y Vigilancia de la Secretaria de Educación Distrital, se desmejoró la prestación del servicio al encontrarse atrasados los trámites y procedimientos propios de dicha dependencia.

Que con las notas de prensa se prueba que no se había estructurado un verdadero equipo de trabajo al interior de la administración, en esa medida no era dable afirmar que la salida del actor tenía esa finalidad.

Aunado a lo anterior, considera que se infringe con el acto administrativo demandado las normas constitucionales ya citadas por las siguientes razones:

i). Respecto de la violación del artículo 1⁴, 2⁵ y 6⁶ de la Constitución Política, la parte actora señala que son desconocidas por el acto acusado, al negársele al demandante una serie de garantías laborales y asistenciales propias del modelo de Estado Social de Derecho, convirtiendo al accionante en un medio para llegar a un fin como era, el de conformar un grupo de confianza sin tener en cuenta sus capacidades, conllevando ello a una desmejora en la prestación del servicio.

ii). A juicio del demandante, también es infringido el artículo 13⁷ Superior, al habersele dado un trato diferente que a los funcionarios de su categoría, pues se le retiró por no atender una solicitud de renuncia

⁴ *“ Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*”

⁵ *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”.

⁶ *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*

⁷ *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

protocolaria, siendo que no ostentaba una alta dignidad que ameritara la utilización de este mecanismo de presión.

iii). En lo que tiene que ver con el desconocimiento del artículo 25⁸ Constitucional que consagra el derecho fundamental al trabajo, el accionante arguye que la administración no alegó una razón suficiente y legalmente valedera para aceptar que se le cercenara al demandante su derecho a laborar.

iv). Respecto del artículo 53⁹ constitucional, arguye que la decisión de insubsistencia desconoce los derechos y garantías laborales, al haberse dado el retiro del accionante con presión, engaño y persiguiendo fines políticos burocráticos.

⁸ "El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."

⁹ *ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

v). En lo atinente con el artículo 125¹⁰ de la Constitución Política, el actor estima violada esta disposición al habersele dado un trato de empleado de alta dignidad, exigiéndole una renuncia protocolaria que no estaba obligado a presentar. Además, alega que tal proceder desconoce los principios orientadores consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

vi). Descendiendo al contexto legal, estimó la parte actora que con el acto acusado se infringió lo estatuido en el artículo 5, 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968, toda vez que, el fin de la decisión era permitir a la administración conformar un equipo de trabajo de confianza, resultando que el nombramiento de la persona que reemplazaría al actor se efectuó bajo la modalidad de encargo, cuando dicho nombramiento debió realizarse como ordinario.

¹⁰ “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás 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 a 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.

vii). Así mismo, la disposición normativa contenida en el artículo 26 del citado decreto, es infringida en tanto que, la administración omitió dejar constancia en la hoja de vida del actor de las causas que ocasionaron su retiro.

viii). Por último, arguyó el apoderado de señor Luis Fernando Cubillos Neira que al ser la declaratoria de insubsistencia del actor una decisión discrecional, la misma debía ser adecuada y proporcional a los fines del Estado, incumpliendo la Resolución demandada tales presupuestos, pues, no puede ser adecuada ni proporcionales a los cometidos estatales, retirar a un empelado por no haber presentado su renuncia y mucho menos, para conformar un equipo de confianza toda vez que, apenas estaba empezando la gestión del nuevo Secretario de Educación.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Distrito Capital – Secretaria de Educación de Bogotá, a través de apoderada Judicial legalmente constituida¹¹, mediante memorial de fecha de octubre de 2013¹² contestó la demanda oponiéndose a su

¹¹ A folio 215 obra el respectivo poder.

¹² Folios 218-221 del cuaderno principal del expediente.

prosperidad, argumentando para el efecto, que las mismas carecen de fundamentos facticos y legales.

Admite como cierto que el demandante fue nombrado en el cargo de Director Técnico Grado 009, Código 06, empleo que es de libre nombramiento y remoción.

La situación jurídica laboral del actor para el momento de su desvinculación, permitía al nominador ejercer la facultad discrecional para retirarlo dentro de los parámetros legales y por razones del buen servicio.

Reafirma que, en tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción la declaratoria de insubsistencia obedece a la facultad discrecional de la cual está investido el nominador para declarar sin efecto un nombramiento.

3. SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, denegó las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El accionante ostentaba un cargo de Director Técnico Grado 009, código 006, adscrito a la Dirección de Inspección y Vigilancia de la Secretaría de Educación Distrital, cuya naturaleza era de libre nombramiento y remoción, en virtud de los artículos 5 y 23 de la ley 909 de 2004, de tal suerte que, al momento de la declaratoria de insubsistencia del demandante, éste no ostentaba la calidad de empleado de carrera, razón por la que, no era titular de una situación jurídica que le proporcionara inamovilidad relativa en el cargo, por lo tanto, la desvinculación del servicio podía efectuarse válidamente a través de la decisión discrecional de insubsistencia del nombramiento.

Así mismo, arguyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que respecto del cargo de falsa motivación, el mismo carecía de vocación de prosperidad, al estimar que la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción procede de forma inmotivada, sin procedimiento ni requisitos especiales.

Finalmente, con relación al cargo de desviación de poder sostuvo que las notas periodísticas aportadas al proceso no tienen la virtualidad para acreditar el cargo de nulidad alegado. Y respecto de la declaración testimonial rendida por la señora Itala Yaneth González González sostuvo que no constituyen fuente clara y expresa de que la administración buscó un fin diferente al legalmente establecido.

4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION.

El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda y, para ello invocó las siguientes razones:

Sostuvo el libelista que no es cierto que por el solo hecho de ser el actor empleado de libre nombramiento y remoción, el acto de insubsistencia es legal *per se*, sin que pueda admitirse que fue expedido con violación de norma constitucionales y legales, o con falsa motivación, o con desviación de poder, anotando que los cargos de violación de normas constitucionales y legales no fueron estudiados ni resueltos por el Aquo.

Adicionalmente a lo anterior, alega el togado de la parte actora que en el caso de marras, la solicitud de renuncia se torna irregular pues, se le exigió mediante un correo electrónico no solo al actor, sino a más de 35 funcionarios, lo que demuestra que no tienen nada de protocolario, dado que, de seguirse con la etiqueta y el protocolo, se le hubiere llamada a cada uno para solicitársele la renuncia; aunado al hecho que la situación del actor no encaja en las llamadas renuncias protocolarias, como quiera que el mismo no representaba una alta

dignidad, sino que era simplemente un Jefe de la dependencia de la Secretaria de Educación Distrital.

Así mismo, refiriéndose al cargo de falsa motivación reitera lo expuesto en el concepto de la violación, señalando que no fue la necesidad de la administración de conformar su equipo de confianza lo que motivo la insubsistencia, sino el hecho de que el actor no presentó en tiempo la renuncia de acuerdo a lo solicitado por la Secretaria de Educación Distrital.

Insiste en que si hubiese sido cierto que la verdadera intención de la administración al retirar al actor de la administración era la de configurar su equipo de confianza, su reemplazo no habría sido bajo la modalidad de encargo sino como un nombramiento ordinario.

Además, recuerda el memorialista que no fue el Secretario de Educación entrante quien solicitó la renuncia protocolaria sino que fue el Secretario inmediatamente anterior, no siendo entonces lógico que dicha renuncia hubiese sido solicitada por el anterior nominador y fuese el nuevo nominador quien declare la insubsistencia.

Por último, discrepa de la valoración probatoria dada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a las notas periodísticas, al manifestar

que con las mismas se prueba que la administración no había estructurado un verdadero equipo de trabajo, por lo que, a su juicio, considera que la declaratoria de insubsistencia no fue una decisión razonada, seria, sino que fue una determinación política.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado intervino en el presente asunto, dentro del término legal establecido, con el objeto de solicitar que se confirme la providencia recurrida, con base en los siguientes argumentos:

Considera que la presente controversia corresponde a una declaratoria de insubsistencia motivada, en la que se indicó que el empleo desempeñado por el actor es de libre nombramiento y remoción, cuya permanencia está sujeta a la discrecionalidad del nominador.

En ese orden de ideas, estima que la solicitud de renuncia protocolaria, dada la naturaleza del cargo, no torna en ilegal la desvinculación del servicio, pues el cargo de Director Técnico, grado 009, código 006, ubicado en la Dirección de Inspección y Vigilancia en la Secretaría de Educación Distrital de la Capital y que desempeñaba el demandante es

un cargo de libre nombramiento y remoción que no requiere de motivación para la declaratoria de insubsistencia.

Y si bien la entidad accionada esgrimió argumentos para tomar la decisión de declarar insubsistente al actor, no le asiste razón cuando señala que hay falsa motivación pues, el motivo real no es otro que ante el cambio de Secretario de Educación, el nuevo quisiera contar con personal de su confianza.

En cuanto al desvío de poder alegado, considera que los recortes de prensa y la prueba testimonial allegada al plenario, no tienen la suficiente entidad para estructurar dicha causal, dado que las noticias dan cuenta de ciertos desajustes en diversas entidades de la administración distrital, no permitiendo ello estructurar un indicio cierto de que el retiro del demandante sea una de las causas que lo generó.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la parte accionada, así como los razonamientos del Ministerio Público y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

6. Problema Jurídico.-

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación incoado contra la sentencia de fecha cinco (5) de febrero de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en virtud de ello, determinar si la Resolución No 131 del 30 de enero de 2012, expedida por la Secretaria de Educación Distrital de la Capital, por medio de la cual, declaró insubsistente al ciudadano Luis Fernando Cubillo Neira del cargo de Director Técnico, Grado 009, Código 006, ubicado en la Dirección de Inspección y Vigilancia, está afectada por las causales de nulidad de falsa motivación y desviación de poder.

Para resolver este cuestionamiento se hace necesario realizar las siguientes precisiones:

6.1. De los supuestos facticos demostrados.

6.1.1. Obra en el expediente¹³ copia autentica de la Resolución No 2870 de octubre 20 de 2010, por medio de la cual, la Secretaria de Educación Distrital de Bogotá, bajo la facultad otorgada por el artículo 23 de la ley 909 de 2004, nombró con carácter ordinario al señor Luis Fernando Cubillos Neira en el cargo de Director Técnico código 009 Grado 06, ubicado en la

¹³ Folios 1 al 2 del cuaderno de pruebas- historia laboral.

Dirección de Inspección y Vigilancia, cargo perteneciente a la planta de personal de la aludida Secretaria y copia auténtica del acta de posesión No 084 de fecha 21 de octubre de 2010, con la cual, el actor asume el cargo para el cual había sido designado.

6.1.2. Así mismo, reposa documento¹⁴ de verificación de requisitos para el desempeño del cargo de Director Técnico Código 009, Grado 06, ubicado en la Dirección de Inspección y Vigilancia, cargo cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción y el registro de ingreso de personal de novedad en el que claramente se indica en el ítems de vinculación, que la misma es de libre nombramiento y remoción.

6.1.3. Cuenta el expediente¹⁵ con copia de un correo –“mail”- enviado por los señores Javier Zamora Pinzón – quien se registra como Subsecretario de Gestión Institucional - y Carlos Alberto Sánchez Guevara – como Jefe Oficina Asesora Jurídica-, dirigido entre otros al señor Luis Fernando Cubillos Neira y en el cual, le es solicitada renuncia de manera protocolaria, la cual, debía ser entregada en fecha 02 de enero de 2012.

¹⁴ Ver folio 3 del cuaderno de pruebas- historia laboral.

¹⁵ Obrante a folio 5 del cuaderno principal

6.1.4. También milita copia auténtica de la Resolución No 131 de enero 30 de 2012¹⁶, por medio de la cual, el Secretario de Educación de Bogotá Distrito Capital, declara insubsistente el nombramiento ordinario del señor Luis Fernando Cubillos Neira, identificado con cedula No 19.314.963 en el cargo de Director Técnico, Grado 009, Código 06, ubicado en la Dirección de Inspección y Vigilancia de la referida Secretaria.

6.2. La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo i) la naturaleza del cargo ocupado por el demandante; ii) Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional; y, iii) El caso que demanda la atención de la Sala, consistente en analizar si el acto acusado fue expedido con falsa motivación y/o desviación de poder, precisando que respecto de este último cargo, se circunscribirá el estudio al argumento expuesto en el memorial de alzada.

6.2.1. De la naturaleza del cargo

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, esta misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el

¹⁶ Folio 175 y 176 del cuaderno de pruebas.

sistema de nombramiento no se provea como de libre nombramiento y remoción.

Así mismo, el artículo primero (1) de la ley 909 de 2004¹⁷, contempló como uno de los empleos en los organismos y entidades de la administración pública, los cargos de libre nombramiento y remoción.

Y de igual manera, el artículo quinto (5)¹⁸ de la norma citada en precedencia, establece la clasificación de los empleos de libre

¹⁷ **Artículo 1º.** Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

¹⁸ **Artículo 5º.** Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

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

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

nombramiento y remoción, determinando los cargos en la Administración central del nivel territorial.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica. En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional: Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

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 las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

Visto lo anterior, se tiene que no existe discusión o controversia entre las partes sobre la naturaleza del cargo que regentaba el señor Luis Fernando Cubillos Neira, teniéndose por demostrado que al desempeñarse el mismo en el cargo de Director Técnico, Código 009, Grado 06, ubicado en la Dirección de Inspección y Vigilancia de la Secretaria de Educación del Distrito Capital, dicho ex servidor público ostentó un cargo de libre nombramiento y remoción, en consideración a la estricta confianza que demanda su desempeño, lo que justifica al Secretario de Educación Distrital para que pueda disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera, precisamente porque dicho cargo comporta un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

6.2.2. Del retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.

Al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la del demandante, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla.

Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y *“opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”*¹⁹.

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., norma ratificada por el Código General del Proceso en su artículo 167, disposición aplicables al asunto por remisión del artículo 211 del C.P.A.C.A.

Es pertinente manifestar a la altura de lo ya enunciado, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio, máxime, cuando en el caso bajo estudio, la administración distrital motivó el acto administrativo de insubsistencia.

¹⁹ DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Entonces, la discrecionalidad “surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún òrgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”²⁰.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional²¹ ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción

²⁰ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143.

²¹ En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

“(…)la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.”

no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

Al igual, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico²².

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

*“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”*

²² Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría²³, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.

6.2.3. El caso que demanda la atención de la Sala.

a. Del cargo de falsa motivación.

Se tiene en el infolio, que la Resolución No 131 de 2012, por medio de la cual, fue declarado insubsistente el actor, contiene una motivación, siendo precisamente ello el elemento que cuestiona el actor, al argüir que por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca omitió analizar o estudiar las razones esgrimidas en dicho acto administrativo, considerando a su juicio que los verdaderos motivos que dieron origen a la expedición del acto acusado no fue la necesidad de la administración de conformar un equipo de confianza sino el hecho que el demandante no haya presentado la renuncia de acuerdo a lo solicitado por vía mail.

Sobre el particular, se observa que en efecto, en la Resolución No 131 de enero 30 de 2012, por medio de la cual, se declaró insubsistente al

²³ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 144

actor, se indicó “Que por vía de correo electrónico el entonces Secretario de Educación Dr Ricardo Sánchez, solicitó la renuncia protocolaria de los Directivos de Libre nombramiento y remoción de la Secretaria de Educación...”

De igual forma, se señaló en el prenombrado acto administrativo que “frente a la solicitud del Despacho de Secretario, el funcionario de libre nombramiento y remoción LUIS FERNANDO CUBILLOS NEIRA, guardo silencio, pese a haber tenido acceso a su correo electrónico y por ello haber tenido conocimiento de la instrucción administrativa impartida por el Secretario de educación en su momento Dr. Sánchez Ángel...”

Y finalmente, se sostuvo en la pluricitada resolución que “teniendo en cuenta que el funcionario no presentó su renuncia al cargo, y que la administración requiere conformar su equipo de confianza, al amparo de la ley, esta administración procederá a declarar la insubsistencia del funcionario LUIS FERNANDO CUBILLOS NEIRA...”

Pues bien, de lo antes transcrito se desprende con claridad diamantina que la razón fundamental por la que la administración Distrital de Bogotá y en específico, el Secretario de Educación Distrital tomó la decisión de declarar la insubsistencia del demandante, no fue otra que la de conformar un equipo de trabajo que fuese de su confianza.

Por lo tanto, no puede tacharse de ilegal la resolución de remoción acusada bajo la consideración alegada por el libelista – no haber presentado la renuncia en la forma solicitada-, porque se trata de un criterio netamente subjetivo del apelante y que no está en consonancia con las razones expresadas por el nominador, toda vez que, estas últimas no desbordan los parámetros jurisprudenciales que sobre el ejercicio de la facultad discrecional de remoción ha trazado esta Corporación.

De otra parte y sobre este mismo cargo de nulidad, el demandante en el memorial de recurso de alzada, arguyó que no se encuadraba en las denominadas renuncias protocolarias dado que el mismo no representa una alta dignidad, sino que era un simple jefe de una dependencia de la Secretaria de Educación.

Al respecto, se tiene que las renuncias protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo.

En el mismo sentido, es preciso indicar respecto de la solicitud de la renuncia, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el

nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad.

Al respecto, esta Corporación en sentencia de 25 de marzo de 2010, Consejero Ponente Doctor Luis Rafael Vergara Quintero, radicado interno No. 7716-2005, se consideró:

*“Esta situación se ha denominado jurisprudencialmente como **RENUNCIA PROTOCOLARIA**, con la cual se busca dejar en libertad al nominador para que tome las medidas que considere pertinentes frente al personal Directivo o de confianza, sin necesidad de recurrir al retiro del servicio mediante la declaración de insubsistencia”.*

También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente.

Teniendo claro la Sala que el cargo desempeñado por el señor Luis Fernando Cubillos Neira es del nivel directivo – Director Técnico Grado

009, Código 006- la solicitud de renuncia por parte de la autoridad nominadora (investida de la facultad de libre nombramiento y remoción), no desconoce el ordenamiento legal²⁴ y muchos menos, constituye una conducta desviada de la administración, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos.

Finalmente, comparte esta judicatura la posición de la vista fiscal, en cuanto que, si bien la solicitud de renuncia fue realizada por el Secretario de Educación saliente - Ricardo Sánchez Ángel- mientras que la declaratoria de insubsistencia fue realizada por el doctor Oscar Sánchez Jaramillo – Secretario de Educación entrante-, ello *per se* no vicia de nulidad la decisión. Antes por el contrario, al asumir el cargo de Secretario de Educación Distrital el doctor Sánchez Jaramillo, es icástico que deseara rodearse de funcionarios de su especial confianza, a fin de poder lograr la armonía necesaria para cumplir los objetivos y cometidos de la administración.

b. Del cargo de desviación de poder.

²⁴ Ley 909 de 2004, 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;..”

Sobre el presente cargo, el togado recurrente alega que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no utilizó todos los poderes que la ley procesal le confiere a fin de que el segundo testimonio decretado - Jhon Jairo González Herrera - se hubiese practicado.

En primer lugar, debe precisarse que la Sala solo se pronunciará respecto del argumento esgrimido por parte del recurrente respecto del cargo de desviación de poder alegado.

Pues bien, se observa que en audiencia inicial celebrada en fecha 15 de noviembre de 2013 por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se procedió al decreto de prueba necesaria a fin de esclarecer el hecho litigioso, advirtiéndose que dicha corporación accedió a la prueba testimonial consistente en recepcionar la declaración jurada de los señores Jhon Jairo González Herrera, Augusto Adrián Rivera Urriago e Itala Yanet González González²⁵, siendo citados para las 2:30 pm, 3:30 y 4:30 respectivamente, del día 29 de enero de 2014.

Que en efecto, llegado el día y hora señalada para la práctica de la aludida prueba testimonial, el señor Jhon Jairo González Herrera no compareció a la diligencia, motivo por el cual, el magistrado

²⁵ Ver acta de audiencia inicial obrante a folio 237 al 241 del cuaderno principal

sustanciador indagò en el representante judicial de la parte actora si conocía las razones de la no comparecencia del testigo, a lo cual, el togado manifestó no haber podido comunicarse con el declarante.

Sin embargo, con posterioridad a la celebración de la referida audiencia, formuló solicitud para que se fijara nueva fecha a fin de recepcionarle la declaración al testigo, argumentando para ello que en el telegrama enviado se le había indicado de manera errada que la diligencia se realizaría a las 4:30 de la tarde del día 29 de enero de 2014, motivo por el cual, al comparecer a las 4:15 de la fecha prenombrada, ya había sido cerrada la audiencia.

Tal solicitud fue desatada por la Corporación en comento en la audiencia de alegaciones y juzgamiento, señalando que la decisión por medio de la cual se decretó la prueba testimonial del señor Jhon Jairo González Herrera fue notificada en estrado y ejecutoriada en la misma, no siendo viable invocar un error telegráfico de la empresa de correo para justificar la inasistencia del testigo.

No encuentra motivos la Sala para variar las consideraciones que el A-quo esbozó al momento de resolver la solicitud de reprogramación de la diligencia testimonial del señor Jhon Jairo González Herrera pues, no solo el apoderado de la parte actora conoció y se notificó de la

fecha y hora en que sería practicada la prueba testimonial del señor González Herrera, sino que además, en la audiencia de pruebas manifestó no haber sido posible comunicarse con el declarante²⁶.

En ese mismo orden, se tiene que al examinarse el telegrama elaborado por parte de la Secretaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁷, se avista que en el mismo se le comunicaba al testigo con total claridad que debía comparecer el día 29 de enero de 2014, a las 2:30 pm, pues si bien pudo existir un *lapsus calami* por parte de la empresa de correo al indicar la hora en que se llevaría a cabo la diligencia, ello no tiene la fuerza suficiente para considerar que de parte del A- quo no hizo uso de las herramientas legales con las cuales contaba a fin de que se llevara a cabo la recepción del antedicho testimonio.

No puede perderse de vista que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –norma aplicable para la época en que se rituò el presente asunto-, le corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que, era precisamente a la parte actora como solicitante de la prueba, a quien le asistía el deber de adelantar todas las gestiones necesarias tendientes a que el testigo compareciera a la

²⁶ Manifestación que obra en el audio a minuto 6:34

²⁷ Ver folio 282 del cuaderno principal

diligencia Jhon Jairo González Herrera, por ser la parte interesada en la práctica de la misma, pero no pretender trasladar tal obligación al A-quo.

En conclusión se mantiene la presunción de legalidad del acto acusado, en razón de no demostrarse los cargos de nulidad de falsa motivación y desviación de poder que fueron invocados en la demanda, por lo que se impone la confirmación del fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

III. DECISION

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha 29 de enero de 2014, por la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones de la demanda formulada por Luis Fernando Cubillos Neira en contra el Distrito Capital – Secretaria de Educación, de conformidad con lo

expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero

CARMELO PERDOMO CUETER

Consejero