

INSUBSISTENCIA – Facultad discrecional / ACTO DE INSUBSISTENCIA – De un funcionario que no tiene derechos de carrera / RELACION DE CAUSALIDAD – No probada / COALICION POLITICA PARA NOMBRAMIENTO – No demostrada

De acuerdo con la jurisprudencia de unificación de esta Corporación, la insubsistencia de la actora no requería de motivación explícita en su texto, porque si dio en ejercicio de la facultad discrecional, de la cual esta revestido el Nominador para retirar del servicio a los funcionarios que no cuentan con derechos de carrera. No obstante, se ha reiterado que el acto administrativo discrecional de insubsistencia de un funcionario que no tiene derechos de carrera, no puede entenderse como un “acto arbitrario”, pues no es de libre arbitrio del nominador una causa legítima del mismo. Las manifestaciones de la voluntad administrativas que afectan situaciones jurídicas de los particulares en ejercicio de la facultad discrecional, se deben adecuar a los fines de las normas que las autorizan y deben ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa (artículo 36 del C.C.A.). Por ello, aunque el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado esté amparado por una presunción de legalidad, tal presunción puede ser desvirtuada por quien pretenda su nulidad, demostrando en el proceso, con suficiencia, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio. Una vez analizado el contexto de las intervenciones de los tres Concejales, se infiere efectivamente que se formó una coalición de concejales que votó a favor de Nhoralba García Moreno. Asimismo se observa que uno de los Concejales que no hacía parte de la coalición, al expresar su inconformismo pronosticó cambio de personal en la Personería Municipal con la elección de la nueva dignataria para favorecer los intereses de quienes votaban por su elección. La demandante relaciona esta situación dada en el Concejo, con su insubsistencia, pues asegura que ello no contaba con ningún respaldo de los Concejales en coalición, sino con el grupo de MARIA CRISTINA RIVERA, quien había perdido en el debate electoral. En criterio de la Sala, esa relación de causalidad entre las discusiones dadas en el Concejo y la declaración de insubsistencia, no está probada dentro de este proceso, pues no se demuestra ninguna circunstancia de modo, tiempo o lugar que relacione las dos situaciones. Con las pruebas allegadas al plenario, ni siquiera se puede asegurar que la actora contaba con apoyo político diferente al de la coalición que nombró a la Personera, en todo caso, de haberse probado, tampoco puede aceptarse que por el hecho de pertenecer a grupos o movimientos políticos diferentes, la decisión se hay visto influenciada por una u otra posición partidista. Tan solo con el Acta de la sesión ordinaria, en la cual se eligió la personera Municipal, tampoco se puede afirmar, que los cambios de personal en la Personería Municipal, obedecieron a presuntos compromisos pactados entre los Concejales que integraron la coalición y la nueva Personera, pues no se probó ninguna relación entre un nombrado en la Personería con un Concejal, para dar por ciento algún guiño de alguno de los miembros de la Corporación Administrativa Municipal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011).-

Radicación número: 76001-23-31-000-1999-00093-01(0789-08)

Actor: MARTHA OFELIA REBELLON ZUÑIGA

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 19 de enero de 2007, denegatoria de las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la señora MARTHA OFELIA REBELLON, pidió al Tribunal de instancia declarar la nulidad de la Resolución No. 344 de 4 de septiembre de 1998, expedida por el Personero Municipal de Santiago de Cali, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Personera Delegada II; y la nulidad de la Resolución No. 535 de 8 de septiembre de 1998, proferida por el mismo funcionario, mediante la cual se nombró a la señora Sofía Teresa Gaitán Hurtado, en reemplazo de la demandante.

A título de restablecimiento del derecho pidió su reintegro al cargo que ocupaba o a otro igual o de superior categoría; que se le reconozcan y paguen todas las sumas correspondientes a sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la declaratoria de insubsistencia hasta cuando sea reincorporado al servicio; que se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los

servicios y por último, que se le dé cumplimiento a la sentencia dentro del término establecido en los artículos 175 a 178 del C.C.A.

Como fundamento de hecho, el apoderado de la actora manifestó que ella tomó posesión como Personera Municipal el 20 de enero de 1994. Por resolución No. 344 de 4 de septiembre de 1998, la Personería resolvió declarar insubsistente el nombramiento a pesar de la eficiente labor cumplida como Personera Municipal durante más de cuatro años.

Indicó, que mediante la Resolución No, 353 de 8 de septiembre de 1998, la Personería Municipal decidió nombrar a la señora Sofía teresa Gaitán Hurtado en el cargo de Personera Delegada II en reemplazo de la actora.

Adujo, que en la elección de la Personería Municipal, se estableció una coalición política con fines burocráticos, situación que quedó al descubierto con las intervenciones de los Concejales, según Actas de la Corporación allegadas al proceso. Lo anterior, denota el motivo oculto de la insubsistencia, pues según la actora, no pertenecía a esa coalición, sino a la de María Cristina Rivera, quien perdió el debate electoral.

A partir del folio 59, transcribe apartes del acta de No. 002 de 8 de enero de 1998, cuya copia solicita se allegue como prueba del proceso.

Citó como transgredidos por el acto atacado el artículo 6 de la Constitución Política y el 178 de la Ley 136 de 1994.

Advierte, que la discrecionalidad como toda función pública en un Estado Social de Derecho se encuentra sometida al principio de legalidad precedida de un motivo razonable y justo, encaminado a un fin normativo.

Para el caso concreto, dice: “..se demuestra que MARTHA OFELIA REBELLON ZUÑIGA, no fue removida para mejorar el servicio, pues su presunto reemplazo no asumió las funciones que la demandante venía desempeñando.”

Señala, que la elección de la Personera Municipal ocurrió por una coalición política creada con el propósito de realiza un reparto burocrático sin consideración alguna respecto a la prestación del servicio o a las hojas de vida de los servidores públicos.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El municipio de Santiago de Cali y la Personería Municipal, se opusieron a las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la **Personería Municipal de Santiago de Cali**, manifestó que el cargo que desempeñaba la actora era de libre nombramiento y remoción y por tanto la Administración podía en cualquier momento declararla insubsistente sin motivación alguna. Sin embargo, adujo que el único motivo de la insubsistencia fue el mejoramiento de servicio.

El apercibido del Municipio de Santiago de Cali, reiteró los criterios de la discrecionalidad expuestos por la Personería, y adicionalmente propuso la excepción de “carencia de derecho sustancial”.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia de 19 de enero de 2007, denegó las pretensiones de la demanda.

Trajo a colación los Decretos 2400 de 1968 (art.26), 1950 de 1973 (art. 107) y la Ley 136 de 1994 (art. 178), aplicables para el caso, y con base en ello manifestó que por razones de conveniencia para la entidad o por políticas generales de administración de personal, el nominador podía hacer uso de su facultad discrecional para retirar a los empleado que prestaban servicios a la entidad, sin que ello implicara violación a las normas que se citan como vulneradas o un desconocimiento de derechos.

Señaló, que las pruebas allegadas al expediente, tendientes a demostrar el

buen desempeño de la demandante en sus deberes oficiales, no menguan la facultad del nominador que tiene para disponer el retiro del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, si lo considera conveniente.

Indicó, que para demostrar la desviación de poder del nominador se requieren elementos directos o indirectos que indiquen el interés particular o malintencionado al expedir el acto.

Advirtió, que en el sub-lite, no se probó que con el reemplazo de la actora se desmejoró el servicio, ni que la elección de la nueva Personera Municipal por parte del Consejo Municipal, sea la causa del retiro del servicio de la demandante.

Respecto del Acta No. 002 de enero de 1998, del Concejo Municipal, donde se develan respaldos políticos para la elección de la Personera Municipal, dijo que en esas Corporaciones de elección popular son válidas la coaliciones entre sus integrantes para la toma de decisiones, y no es dable presumir que esas alianzas son para repartir cuotas burocráticas.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado del demandante apela la sentencia de primera instancia para que se revoque, y en su lugar, se acceda a las suplicas del libelo. Dice que la decisión se profirió sin valorar las pruebas solicitadas y aportadas en el curso del proceso, especialmente el Acta No. 002 de 8 de enero de 1998, de la Sección Plena del Concejo Municipal de Santiago de Cali, donde de la misma registrado el supuesto padrino político de la demandante, razón suficiente para presumir que el Concejo Municipal exigió un respaldo político para permanecer al servicio de la Personería.

Solicita la práctica de una prueba trasladada, recaudada en otro proceso que culminó con sentencia del Consejo de Estado (Exp. No. 5180-02) en cuanto allí quedó demostrado, según el apoderado, que la demandante era cuota del ex

Concejal José María Cobo Arizabaleta.

Aduce, que si bien el cargo que ocupaba la demandante era de libre nombramiento y remoción, la facultad discrecional no debe desbordar los límites legales, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia.

En conclusión, para el apelante, el A quo no analizó todas las pruebas en su conjunto.

En el trámite procesal de esta segunda instancia, a través de auto de 28 de noviembre de 2008, se denegó las pruebas pedidas en el escrito de apelación, como quiera que la solicitud no cumplía con los requisitos señalados en el artículo 214 del C.C.A.

Se precede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se debate en esta litis la nulidad del acto de insubsistencia del nombramiento de la actora en el cargo de Personera Delegada II del Municipio de Santiago de Cali; y la nulidad del acto de nombramiento de la funcionaria que la reemplazó.

La demandante acepta que no tenía ningún derecho de carrera administrativa, pero dice que en la decisión de insubsistencia se configuró una desviación de poder por dos razones: i) la funcionaria que la reemplazó no sumió las funciones del cargo y ii) tanto en la insubsistencia como en el nombramiento de su reemplazó no se tuvieron en cuenta las calidades y méritos de ninguna de las dos, sino previos acuerdos burocráticos pactados al momento de la elección del Personero Municipal.

En la apelación, se afirma que el A quo no valoró correctamente todas las pruebas y documentos aportados al proceso, que demostraban las dos acusaciones anteriores.

De acuerdo con la jurisprudencia de unificación de esta Corporación, la insubsistencia de la actora no requería de motivación explícita en su texto, porque si dio en ejercicio de la facultad discrecional, de la cual esta revestido el Nominador para retirar del servicio a los funcionarios que no cuentan con derechos de carrera.

No obstante, se ha reiterado que el acto administrativo discrecional de insubsistencia de un funcionario que no tiene derechos de carrera, no puede entenderse como un “acto arbitrario”, pues no es de libre arbitrio del nominador una causa legítima del mismo. Las manifestaciones de la voluntad administrativas que afectan situaciones jurídicas de los particulares en ejercicio de la facultad discrecional, se deben adecuar a los fines de las normas que las autorizan y deben ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa (artículo 36 del C.C.A.). Por ello, aunque el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado esté amparado por una presunción de legalidad, tal presunción puede ser desvirtuada por quien pretenda su nulidad, demostrando en el proceso, **con suficiencia**, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio.

Como ya se anunció, en párrafos anteriores, la motivación oculta del acto administrativo, que a juicio de la actora se tradujo en la desviación de poder del nominador, se resume en que la funcionaria que la reemplazó no asumió las funciones del cargo, y que tanto en la insubsistencia como en el nombramiento, no se tuvieron en cuenta las calidades y méritos de ninguna de las dos, sino previos acuerdos burocráticos pactados al momento de la elección del Personero Municipal.

El debate en esta instancia, se orienta a definir sobre la valoración probatoria que hizo el A quo respecto del cargo de desviación de poder del nominador.

El acervo probatorio allegado al proceso lo conforman las siguientes pruebas legalmente recaudadas:

- Resolución No. 0025 de 1994, por la cual se nombró en propiedad a la

actora Martha Ofelia Rebellon Zuñiga en el cargo de Personera Delegada II de la Personería Municipal.

- Resolución No. 344 de 4 de septiembre de 1998, expedida por la Personería de Santiago de Cali, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento de la actora como Personera Delegada II (fl 2)
- Acta de posesión (fl5)
- Resolución No. 353 de 8 de septiembre de 1998, expedida por la demandada, por medio de la cual se nombró a Sofía Teresa Gaitán Hurtado como Personera Delegada II, en reemplazo de Martha Rebellon (fl 3)
- Certificación donde consta que la demandante laboró en dicho cargo desde el 20 de enero de 1994, hasta el 6 de septiembre de 1998(fl. 6)
- Acta No. 009 de 1 de marzo de 1998, de la sesión ordinaria del Concejo Municipal, en la que tomó posesión la Personera Municipal de Santiago de Cali.
- Acta No, 2 de 8 de enero de 2004, en la cual el Concejo Municipal elige como Personero Municipal de Santiago de Cali al Doctor Adolfo León López.
- Fotocopia de la hoja de vida de la demandante Martha Ofelia Rebellon Zuñiga, en 118 folios (Cdno. No. 2)
- Fotocopia de la hoja de vida de doctora Sofía Teresa Gaitán Hurtado, en 54 foliso (Cdno. No. 2)
- Certificación donde consta que la doctora Sofía Teresa Gaitán Hurtado

empezó a laborar desde el 14 de septiembre de 1998, en el cargo de Personera Delegada (Cdn. No. 2)

- Fotocopia del Manual de Funciones, donde se especifican las funciones de la Delegada ante Fiscalías.

Las demás pruebas que pretende hacer valer la parte actora con el escrito de apelación no pueden ser tenidas en cuenta por obvias razones de inoportunidad, esto es, por ser allegadas por fuera del periodo probatorio establecido en la ley, tal y como quedó consignado en el auto de 28 de noviembre de 2008.

Sobre el primer cargo

La demandante alega que hubo un desmejoramiento en el servicio, en tanto la funcionaria que la reemplazó no asumió las funciones del empleo para el cual fue nombrada.

Con las pruebas del proceso se devela que efectivamente la demandante fue reemplazada en su cargo por la Doctora Sofía Teresa Gaitán Hurtado, pero no existe ningún indicio para establecer que a pesar de tomar posesión de su cargo no ejerció las funciones que a ella le competían, todo lo contrario se presume con el acta de posesión que su labor ha sido continua y que inclusive en ejercicio de sus funciones, ha tenido accidentes de trabajo (fl. 188 Cdn. No. 2)

En consecuencia, la primera situación fáctica que apuntalaba la desviación de poder, carece de sustento.

Sobre el segundo cargo

Se asegura que la insubsistencia ocurrió en acatamiento a los acuerdos burocráticos pactados por los Concejales al momento de la elección de la Personera Municipal, por ello se pide en la apelación valorar las circunstancias

que rodearon la elección de la Doctora Noralba García Moreno como Personera Municipal de Santiago de Cali, quien finalmente suscribió el acto de insubsistencia acusado.

La demandante pretende probar esta causal con el Acta No. 2 de 8 de enero de 1998, de la sesión del Concejo Municipal, donde se eligió a la Personera Municipal (fl. 193 Cdn. No. 2). Se afirma que en ese documento consta la coalición política de los cabildantes creada con el propósito de realizar un reparto burocrático en la Personería Municipal, sin consideración alguna respecto de la prestación del servicio.

En la demanda, como sustento del cargo de nulidad, se transcribieron apartes de las intervenciones en esa sesión ordinaria de los Concejales Álvaro Restrepo Ossa, Néstor Raul Soto Torres y José Didier Ospina (fls. 59 y 60)

Una vez analizado el contexto de las intervenciones de los tres Concejales, se infiere efectivamente que se formó una coalición de concejales que votó a favor de Nhoralba García Moreno. Asimismo se observa que uno de los Concejales que no hacía parte de la coalición, al expresar su inconformismo pronosticó cambio de personal en la Personería Municipal con la elección de la nueva dignataria para favorecer los intereses de quienes votaban por su elección.

La demandante relaciona esta situación dada en el Concejo, con su insubsistencia, pues asegura que ello no contaba con ningún respaldo de los Concejales en coalición, sino con el grupo de MARIA CRISTINA RIVERA, quien había perdido en el debate electoral.

En criterio de la Sala, esa relación de causalidad entre las discusiones dadas en el Concejo y la declaración de insubsistencia, no está probada dentro de este proceso, pues no se demuestra ninguna circunstancia de modo, tiempo o lugar que relacione las dos situaciones.

Con las pruebas allegadas al plenario, ni siquiera se puede asegurar que la actora contaba con apoyo político diferente al de la coalición que nombró a la

Personera, en todo caso, de haberse probado, tampoco puede aceptarse que por el hecho de pertenecer a grupos o movimientos políticos diferentes, la decisión se hay visto influenciada por una u otra posición partidista.

Tan solo con el Acta de la sesión ordinaria, en la cual se eligió la personera Municipal, tampoco se puede afirmar, que los cambios de personal en la Personería Municipal, obedecieron a presuntos compromisos pactados entre los Concejales que integraron la coalición y la nueva Personera, pues no se probó ninguna relación entre un nombrado en la Personería con un Concejal, para dar por ciento algún guiño de alguno de los miembros de la Corporación Administrativa Municipal.

En estas condiciones, la Sala estima que la afirmación hecha por la demandante en el sentido de que el motivo determinante de su retiro del servicio hubiera estado sustentado en razones políticas no encuentra ningún respaldo probatorio.

Se considera entonces que fue acertada la valoración probatoria que efectuó el A quo, frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, que en ejercicio de la facultad discrecional determino el retiro del servicio de una funcionaria que no contaba con derechos de carrera administrativa.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 19 de enero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO