

**INSUBSISTENCIA TACITA - Libre nombramiento y remoción / CARGO DE ASESOR DE DESPACHO - Requisitos mínimos exigidos / DESVIACION DE PODER - Se nombró una persona que no cumplía las calidades mínimas exigidas / FACULTAD DISCRECIONAL - No fue utilizada para el beneficio del buen servicio / INSUBSISTENCIA TACITA - Se confunde el auto de remoción con el de nombramiento / PRESUNCION DE LEGALIDAD - Desvirtuada**

En relación con la persona que la reemplazó, se observa que tenía el título de Contador Público y a pesar de que en su hoja de vida relaciona una especialización en finanzas, lo cierto es que no allega prueba sobre ese particular. Allegó simplemente un certificado de asistencia a un seminario de "análisis financiero", con una intensidad de 30 horas y la asistencia a un curso de "liderazgo moral y creativo en la administración pública" cuya duración fue de 105 horas. Considera comprobado la Sala que el reemplazo de la actora carecía de los requisitos mínimos exigidos para el ejercicio del cargo de Asesor del Despacho de la Alcaldía de Santiago de Cali. En efecto, para dicha época regía el Decreto 1569 de 1998, según el cual para el desempeño del cargo de Asesor, se requería título profesional en un área relacionada con las funciones del cargo y cuatro años de experiencia profesional, que como se vio no tenía el señor Albán Rivera. Lo anterior para la Sala, por sí solo, constituye ya un indicio del desvío de poder en que incurrió la administración al expedir el acto de insubsistencia, pues para el desempeño del cargo, se nombró a una persona que no reunía las calidades mínimas exigidas para el mismo. La facultad discrecional fue utilizada no en beneficio del buen servicio público, sino que se usó con fines contrarios al mismo, caso en el cual se debe establecer un límite claro a su ejercicio. No hay lugar a predicar independencia entre el acto de remoción y el acto de nombramiento del reemplazo, para dar visos de legalidad al acto acusado, pues las pruebas son claras y contundentes al respecto, máxime si se tiene en cuenta que tanto el acto de remoción como el de nombramiento se confundieron en uno sólo, por haberse tratado de una insubsistencia tácita, con lo cual puede decirse que uno y otro tienen íntima relación. La administración basa la legalidad de su actuación en la presunción que legalmente se le atribuye a los actos administrativos y en la facultad discrecional de que están investidos los nominadores tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, en el caso en estudio, tal presunción se encuentra completamente desvirtuada por el material probatorio que obra en el proceso.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012).

**Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01920-01(1757-09)**

**Actor: CLAUDIA JANNETH SANDOVAL**

**Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la demandante y por la Procuraduría General de la Nación contra la sentencia de 18 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

CLAUDIA JANNETH SANDOVAL PIÑEROS, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y por conducto de apoderado judicial, demandó del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad del Decreto No. 0009 de 1 de enero de 2001, proferido por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali, por medio del cual se nombró al Doctor Jaime Albán Rivera en reemplazo de la actora, declarándola insubsistente del cargo que ocupaba en dicha entidad.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría. Igualmente, que se condene a la entidad demandada a pagar las sumas correspondientes a salarios, primas, bonificaciones, vacaciones, prestaciones sociales, incrementos de ley y demás emolumentos generados hasta el día de su reintegro.

Adicionalmente solicita que se disponga que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, desde cuando fue desvinculada hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.

Finalmente pide que se condene a la entidad demandada a pagar las costas del proceso, conforme a lo establecido en el artículo 392 del C. de P.C y que para el cumplimiento de la sentencia se apliquen los artículos 176 y 177 del C.C.A.

## HECHOS

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones los hace consistir en lo siguiente:

El Alcalde Municipal de Santiago de Cali, mediante Decreto No. 0377 de 3 de mayo de 1985, nombró en propiedad a la actora, en el cargo de Abogado Asesor Civil y Laboral, del cual tomó posesión el 21 de mayo del mismo año.

El 28 de diciembre de 1994 renunció al cargo de Jefe de la División Jurídica de la Alcaldía de Santiago de Cali. Posteriormente, fue nombrada en propiedad en el cargo de Abogado Asesor Civil y Laboral, el cual ocupó desde el 30 de diciembre de 1994. Así las cosas, por tratarse de una reincorporación, no hay solución de continuidad en la prestación del servicio.

A través del Decreto No. 0003 de 23 de enero de 1995 se nombró en propiedad a la demandante en el cargo de Jefe de División Jurídica de la Alcaldía de Santiago de Cali. Posteriormente, a través de Decreto No. 0767 de 15 de mayo de 1996 es trasladada al cargo de Consejero Clase 12, sin que existiera solución de continuidad.

Por Decreto 1680 de 28 de septiembre de 1998 fue designada como asesora del Programa de Apoyo a la Convivencia y Seguridad Ciudadanas, dentro de un contrato de empréstito firmado con el BID.

Mediante Decreto No. 00079 de 9 de febrero de 1999 se incorporó en el cargo de Asesora, el cual estaba clasificado como empleo público. Posteriormente, mediante Decreto No. 0241 de 8 de marzo de 2000, se encargó a la actora en el cargo de Consejero para el Desarrollo, la Seguridad y la Paz - DESEPAZ.

Finalmente, a través de Decreto No. 0009 de 1 de enero de 2001, el Alcalde Municipal de Cali nombró al doctor Jaime Albán Rivera en reemplazo de la actora, declarándola insubsistente del cargo que ocupaba en dicha entidad. Aclara que el señor Albán Rivera es Contador Público, formación que no le permite desarrollar las funciones relativas al cargo, lesionándose así el buen servicio público.

Durante su vinculación con el Municipio de Santiago de Cali cumplió a cabalidad sus funciones, no cometió faltas disciplinarias y se caracterizó por sus altas calidades académicas y profesionales.

**Como disposiciones violadas se citaron:**

- Constitución Política: artículos 29, 53 y 125.
- Ley 136 de 1994: artículo 91, numeral D.
- Ley 443 de 1998: Artículos 1, 5 y 37.
- Decreto 1330 de 1998: artículo 1.
- Decreto ley 1569 de 1998: artículo 19 y 25.
- Decreto Legislativo 2400 de 1968: artículos 26 y 61.

El acto demandado vulnera el derecho fundamental al trabajo y al debido proceso, pues se removió a la actora sin la observancia de las normas legales que regulan la función pública.

El ordenamiento jurídico establece un control jurisdiccional frente a los actos que afectan a los interesados, mediante una verificación de los hechos que hacen posible su aplicación; así las cosas, no hay en el Estado de Derecho facultades puramente discrecionales, pues la administración debe justificar sus actuaciones concretas.

El artículo 26 de Decreto 2400 de 1968 señala que en la hoja de vida de un servidor público de libre nombramiento y remoción se debe dejar constancia sobre los hechos y las causas que ocasionen su declaratoria de insubsistencia.

El Alcalde Municipal de Santiago de Cali utilizó las facultades legales con fines distintos a los señalados por el legislador, ya que el nombramiento de un funcionario que no cumplía con el lleno de los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Asesor, menoscabó el desarrollo del Programa de Apoyo y Convivencia a la Seguridad que ejecutaba la Alcaldía de Cali en convenio con el BID.

Tal menoscabo, se vio reflejado cuando el señor Albán -una vez nombrado en el cargo en mención- no desarrolló las funciones propias del mismo, sino que se desempeñó en asuntos relacionados con un cargo que había sido suprimido por el Concejo Municipal. Por lo anterior, hay una vulneración al artículo 122 de la Constitución Política Nacional.

La expedición del acto acusado no mejoró el servicio, pues se nombró a una persona que no cumple con todos los requisitos señalados en el Manual de Funciones expedido por el Alcalde de Cali. Lo anterior, desvirtúa la presunción de legalidad del acto acusado, ya que la finalidad perseguida con la remoción de la demandante fue contraria a la efectiva prestación del servicio público.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Municipio de Santiago de Cali se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el cargo de Asesor de la Consejería de Paz es de libre nombramiento y remoción, además de ser inexistente en la planta de cargos del Municipio de Santiago de Cali.

Así mismo, afirmó que ni la Consejería de Paz ni la Unidad de Coordinación Municipal son dependencias de la Alcaldía, pues la primera es un programa, y la

segunda, un equipo de trabajo de apoyo, los cuales son asumidos directamente por el Alcalde Municipal con la asesoría del Consejero de Paz.

El Decreto 00079 de 1999 señala dentro de la planta de cargos, el de Asesor grado 12, del cual tomó posesión la actora el 11 de febrero de 1999, en virtud de libre nombramiento.

El Manual de Funciones del Programa de Apoyo a la Convivencia de la Seguridad Ciudadana U.C.M. no es válido para acreditar la existencia de un cargo que no ha figurado en la planta de cargos de la Administración Central Municipal.

Mediante Decreto Municipal 1680 de 1998 el Alcalde de Santiago de Cali adoptó el reglamento operativo del Programa de Apoyo a la Convivencia y Seguridad Ciudadana, pero a través de éste no se señalaron las funciones de Consejero ni se designó a la actora como Asesora de dicho programa.

Propuso como excepción de mérito la carencia de derecho sustancial, por cuanto el acto acusado fue expedido con base en disposiciones legales que facultan al Alcalde Municipal para remover libremente a funcionarios no amparados por normas de carrera administrativa.

En razón a la naturaleza del asunto, debió demandarse por vía de acción electoral, siendo el término de caducidad de 20 días contados a partir del día siguiente de la comunicación del acto de cuya nulidad se pretende.

#### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, denegó las pretensiones de la demanda al considerar que el cargo desempeñado por la actora es de libre nombramiento y remoción, por esta razón el acto que la declaró insubsistente no requería motivación alguna de acuerdo con la facultad discrecional que otorga la ley al nominador.

La excepción de caducidad de la acción e indebida denominación no prosperó, pues al controvertirse un acto administrativo de carácter laboral, en el que se pretende demostrar la vulneración de derechos consagrados en la ley, es aplicable la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La actora no acreditó estar amparada por derechos de carrera, por cuanto no accedió al cargo a través de concurso de méritos. Igualmente, no probó que el funcionario que entró en su reemplazo careciera de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo, por este motivo y al no configurarse la desviación de poder, el acto administrativo se presume válido.

Las calidades personales y laborales de la actora no le generan inamovilidad del cargo que venía desempeñando, ni están llamadas a restringir la facultad discrecional del nominador.

El señor Albán, quien reemplazó a la actora, fue encargado de las funciones de Director de Control Interno. Sin embargo, el mencionado cargo fue suprimido mediante Acuerdo No. 70 de 19 de diciembre de 2000, razón por la cual se dispuso que las funciones del cargo citado pasarían a ser ejercidas conforme a las disposiciones del Alcalde Municipal, con el fin de garantizar la continuidad del servicio.

Así las cosas, el nominador -haciendo uso de su facultad discrecional- decidió que la función de control interno se continuaría ejerciendo a través de uno de los asesores adscritos a su despacho, lo cual no puede constituirse como vicio de nulidad.

#### **FUNDAMENTO DE LA APELACION**

Interpusieron recurso de apelación tanto la Procuraduría General de la Nación como la parte actora, con fundamento en lo siguiente:

#### **Procuraduría General de la Nación**

A folios 396 y S.S. del cuaderno principal del expediente obra el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial 19 en Asuntos Administrativos, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

El artículo 25 del Decreto Ley 1569 de 1998, así como el Manual de Funciones, establecieron que para el cargo de Asesor es necesario contar con título profesional en el área del derecho y experiencia profesional de al menos 4 años. En el asunto en estudio, la actora fue separada del cargo y reemplazada por un profesional en Contaduría Pública, quien carece de conocimientos relacionados con las funciones propias del cargo, de manera tal que se incumplieron las exigencias legales para su desempeño.

La experiencia acreditada por el señor Albán fue obtenida en un cargo técnico como Oficial de Presupuesto de la Deuda Pública, y fue alcanzada antes de haber obtenido el título profesional. Por lo anterior, hay una manifiesta desviación de poder, ya que el incumplimiento de los requisitos relacionados con experiencia profesional ocasionan una desmejora en el servicio.

#### **Parte actora**

A folios 415 y S.S. del cuaderno principal del expediente obra el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:



No le asiste razón al Tribunal cuando indica que la actora estaba vinculada a través de un cargo de libre nombramiento y remoción, pues fue designada como Asesor Grado 12, en virtud del Decreto 1854 de 6 de noviembre de 1998, proferido por el Alcalde de Cali, por medio del cual se ajustó la planta de cargos al sistema de nomenclatura, clasificación y niveles jerárquicos, para la administración central del Municipio de Santiago de Cali.

Por medio de Decreto 0079 de 9 de febrero de 1999 la actora se incorporó a la planta del despacho del Alcalde en el cargo de Asesor Grado 12, en el que se posesionó el 11 de febrero de 1999.

El acuerdo 1679 de 1998 estableció la organización funcional de los Programas de Apoyo para la Convivencia y Seguridad Ciudadana y su reglamento operativo se adoptó a través del Decreto 1680 de 1998. Por lo anterior, la actora fue designada para desempeñarse como Asesora del citado programa, en el que realizaba labores jurídicas específicas, relacionadas con el contrato del Municipio de Cali con el BID.

El Manual de Funciones que obra a folio 53 es un acto administrativo, cuya carencia de aspectos formales no afecta el contenido de la decisión unilateral proferida por una entidad administrativa. Sumado a lo anterior, el mencionado documento no fue tachado de falso por parte de la entidad demandada.

El cargo de asesor está contemplado en el artículo 25 de la ley 443 de 1998, sin embargo, el funcionario que reemplazó a la actora no cumple con los requisitos allí señalados, pues su experiencia profesional es inferior a la requerida.

## **MINISTERIO PÚBLICO**

Expresa el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado que la sentencia que negó las pretensiones debe ser revocada, por lo siguiente:

El artículo 122 de la Constitución Política Nacional indica que no puede haber empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento.

Advierte que la actora estaba nombrada en la planta de personal de la Alcaldía del Municipio de Santiago de Cali, en el cargo de Asesor Clase 12, código 0100000010540090, desempeñándose en el Programa de Apoyo para la Convivencia y Seguridad Ciudadana, en el cual laboró hasta el momento en que fue declarada insubsistente.

La experiencia profesional del señor Jaime Albán es de dos años, razón por la cual no cumple con el requisito de 4 años exigido por el artículo 25 de Decreto 1569 de 1998.

Por lo anterior, se evidencia que la Administración Municipal actuó con desviación de poder, pues el nombramiento del señor Albán no se hizo para mejorar el servicio, sino con el propósito de favorecer a un tercero mediante la remoción de una funcionaria que cumplía a cabalidad el ejercicio de la función pública.

Para resolver, se

#### **CONSIDERA**

Se demanda en el presente proceso, el Decreto 0009 del 1º de enero de 2001, expedido por el Alcalde del Municipio de Cali, por medio del cual nombró a JAIME ALBÁN RIVERA en el cargo de Asesor, Clase 12, 010000010540090, en reemplazo de CLAUDIA SANDOVAL PIÑEROS.

Contra la sentencia se exponen dos cargos en la demanda:

- ✓ El primero, que no se dejó constancia en su hoja de vida de los motivos de la desvinculación.
- ✓ Que su retiro no se dio con el fin de mejorar el servicio, puesto que en su reemplazo se nombró a una persona que no cumplía con todos los requisitos exigidos para el desempeño del cargo

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

La actora ingresó el 21 de mayo de 1985, es decir, que para el momento de su retiro había cumplido 15 años, 7 meses y 21 días de servicio.

Examinada su hoja de vida, se observa que durante el tiempo en que estuvo vinculada a la Entidad, fue objeto de ascensos, encargos y condecoraciones por su desempeño. En efecto, obran las siguientes pruebas sobre el particular:

Por Decreto 0976 del 24 de julio de 1991, se le otorgó la Condecoración "Honor al Mérito" (fl. 21).

Por Decreto 0103 de enero 27 de 1994, fue ascendida a jefe de la División Jurídica de la Alcaldía (fl. 23) y el 29 de abril fue encargada de la Jefatura de la Secretaría de Coordinación y Control Interno de la misma entidad.

Por Decreto 0937 del 16 de junio de 1994 (fl. 25), se le otorgó comisión para que atendiera una invitación a participar en el "Seminario sobre Gestión Urbana Estratégica" a celebrarse en Chile e igualmente asistir a Sao Paulo como Conferencista sobre "Instrumentos de Gestión Urbana (fl. 33).

Por medio del Decreto 1100 de julio 8 de 1994, fue designada como Delegada del Alcalde ante la Junta del Departamento Administrativo de Valorización Municipal.

El 16 de diciembre de 1994, por medio del Decreto 2121 fue nombrada Abogado Asesor Civil y Laboral de la División Jurídica.

El 20 de diciembre de 1994, por Decreto 2138, fue exaltada su labor como Miembro de la Junta de Valorización del Municipio de Cali (fl. 30).

El 27 de diciembre de 1994, fue encargada como Secretaria General de la Alcaldía.

El 2 de enero de 1995 fue nombrada como Jefe de la División Jurídica de la Alcaldía.

Posteriormente, fue trasladada del cargo de Jefe de la Dirección Jurídica al de Consejero clase 12 por Decreto 0767 del 15 de mayo de 1996.

Con fundamento en lo ordenado en la Ley 136 de 1994, artículo 91, parágrafo 2, numeral 17, literal d), el alcalde de Santiago de Cali, por medio del Decreto 1679 de 1998 creó el Comité de Convivencia y Seguridad Ciudadana, al cual le dictó el reglamento por medio del Decreto 1680 del mismo año y dentro del cual, en calidad de Asesora de la Alcaldía, se desempeñó en la Unidad Coordinadora Municipal.

Por medio del Decreto 0079 de 9 de febrero de 1999, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1569 de 1998, fue incorporada a la nueva planta de personal producto de reestructuración, en el cargo de Asesor 12 del Despacho del Alcalde, código 010000010520090, no obstante siguió desempeñándose en la Unidad Coordinadora Municipal.

El 13 de marzo de 2000, fue designada Consejera (E) de Desarrollo, Seguridad y Paz. Así obra a folio 66 A del expediente, en el cual aparece el oficio que el Alcalde de Santiago de Cali remitiera al Representante en Colombia del Banco Interamericano de Desarrollo y en el que textualmente expresa:

Con el propósito de cumplir con el requisito estipulado en el Artículo 4.01 Literal b) de las normas generales del contrato de préstamo No. 1087/OC-CO y para mantener una correspondencia actualizada en los asuntos administrativos y rutinarios en su desarrollo, me permito comunicarle que la Doctora Claudia Sandoval Piñeros, fue nombrada como Consejera (E) para el Desarrollo, la Seguridad y la Paz - DESEPAZ-, quien de conformidad con el reglamento operativo del Programa de Apoyo a la Convivencia Seguridad Ciudadana (Decreto Municipal 1680/98), acordado con el Banco, es la Directora de la Unidad Coordinadora Municipal –U.C.M.-, quien actúa como Gerencia Técnica y Operativa del Programa y, tiene entre otras funciones, la de mantener una interlocución oficial con el BID.

Para tal efecto envió autenticada la firma y copia de la cédula de ciudadanía de la Doctora Claudia Sandoval Piñeros, copia del Decreto No. 0241 del 8 de Marzo del 2000, mediante el cual fue nombrada como Consejera (E) y Acta de Posesión Nro. 0257 del día 9 de marzo de 2000.

El encargo anterior lo cumplió hasta el 7 de junio de 2000, fecha en que regresó a la Asesoría en la Unidad Coordinadora Municipal en la que se encontraba ubicada al momento en que fue declarada su insubsistencia tácita.

Vale la pena anotar que al igual que en los cargos anteriores, el desempeño de sus funciones en la Unidad Coordinadora Municipal del Comité de Convivencia y Seguridad Ciudadana, le valió que el Representante (E) del Banco Interamericano de Desarrollo, el 7 de junio de 2000, agradeciera y reconociera la gestión de la actora, durante el tiempo en que estuvo al frente de dicha Unidad (fl. 67).

A folio 73 y luego de haber sido nombrado en su reemplazo el señor Jaime Albán Rivera, hace entrega de su cargo, en el cual expresa que deja todos sus asuntos al día, sin nada pendiente.

Es necesario en consecuencia estudiar las razones expuestas para solicitar la nulidad del acto administrativo.

#### **1.- Calidades de la actora y su reemplazo**

La actora obtuvo el diploma de Abogada el 24 de febrero de 1984 y título de especialización en derecho administrativo el 23 de mayo de 1998 (fls. 80 y 81).

Lo anterior quiere decir que para la fecha en que fue declarada insubsistente, tenía una experiencia de más de 16 años en el desempeño de sus funciones.

Obran igualmente las siguientes pruebas sobre su formación:

- ✓ A folio 82, certificación del Instituto Colombiano de Estudios Superiores de INCOLDA –ICESI-, suscrita por el Director de los Programas de Postgrado EAFIT ICESI, en el que consta que la actora fue estudiante de la quinta promoción del Master en Administración, con una duración de dos años y medio y que culminó todos los cursos del programa con rendimiento satisfactorio.

- ✓ Diploma en contratación estatal otorgado por la Universidad San Buenaventura de Cali, con una intensidad de 80 horas.
- ✓ Diploma de la ESAP en “el Derecho en la función y gestión pública municipal”, intensidad 220 horas.
- ✓ Asistencia a distintos seminarios en derecho administrativo, comercial y procesal, adiestramiento en administración pública.

En relación con la persona que la reemplazó, se observa que tenía el título de Contador Público y a pesar de que en su hoja de vida relaciona una especialización en finanzas, lo cierto es que no allega prueba sobre ese particular. Allegó simplemente un certificado de asistencia a un seminario de “análisis financiero”, con una intensidad de 30 horas y la asistencia a un curso de “liderazgo moral y creativo en la administración pública” cuya duración fue de 105 horas.

Así mismo a folio 56 del cuaderno 2, obra certificado según el cual aprobó el curso de extensión y actualización en el área de gerencia financiera, con una intensidad de 200 horas presenciales.

Aparece probado igualmente que el título de Contador Público lo recibió el 12 de marzo de 1999, lo que quiere decir que para la fecha en que fue nombrado en reemplazo de la actora, apenas habían transcurrido 1 año, 10 meses y 19 días.

En las anteriores condiciones, considera comprobado la Sala que el reemplazo de la actora carecía de los requisitos mínimos exigidos para el ejercicio del cargo de Asesor del Despacho de la Alcaldía de Santiago de Cali.

En efecto, para dicha época regía el Decreto 1569 de 1998, según el cual para el desempeño del cargo de Asesor, se requería título profesional en un área relacionada con las funciones del cargo y cuatro años de experiencia profesional, que como se vio no tenía el señor Jaime Albán Rivera.

Lo anterior para la Sala, por sí solo, constituye ya un indicio del desvío de poder en que incurrió la administración al expedir el acto de insubsistencia, pues para el desempeño del cargo, se nombró a una persona que no reunía las calidades mínimas exigidas para el mismo.

Ahora bien, en relación con las calidades para el desenvolvimiento del señor Albán dentro del cargo señalado, obra en el expediente prueba de que nombrado el actor en el cargo que desempeñaba la actora, inmediatamente fue encargado de la Oficina de Control Interno, como aparece a folios 41 y 42 del expediente.

Lo anterior, aunado a la falta de requisitos por parte de quien reemplazara a la actora, constituye plena prueba de la desviación de poder, por cuanto con ello se demuestra que la administración era consciente de que quien entró a ejercer las funciones de Asesor en el Despacho del Alcalde, no tenía la competencia suficiente para continuar con la gestión desempeñada por la actora al frente de la Unidad Coordinadora Municipal a la que había sido asignada ni tampoco para realizar las funciones de su cargo base cual era Abogado Asesor.

En consecuencia, la facultad discrecional fue utilizada no en beneficio del buen servicio público, sino que se usó con fines contrarios al mismo, caso en el cual se debe establecer un límite claro a su ejercicio.

No otra conclusión puede darse del examen de las pruebas y valoración de las mismas, según las cuales se retiró a una persona idónea y con más de 16 años experiencia, por otra que no reunía los requisitos mínimos exigidos para el ejercicio del cargo y a quien además fue necesario encargar de funciones diferentes a las desempeñadas por aquella a la que iba a reemplazar, persona que además no tenía vocación de permanencia. Nótese que fue nombrado en enero de 2001 y en mayo del mismo año ya estaba renunciando del cargo, lo cual ocasiona una desmejora en el servicio, por la falta de continuidad en las políticas y programas que se estén desarrollando.



No hay lugar a predicar independencia entre el acto de remoción y el acto de nombramiento del reemplazo, para dar visos de legalidad al acto acusado, pues las pruebas son claras y contundentes al respecto, máxime si se tiene en cuenta que tanto el acto de remoción como el de nombramiento se confundieron en uno sólo, por haberse tratado de una insubsistencia tácita, con lo cual puede decirse que uno y otro tienen íntima relación.

La administración basa la legalidad de su actuación en la presunción que legalmente se le atribuye a los actos administrativos y en la facultad discrecional de que están investidos los nominadores tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción. Sin embargo, en el caso en estudio, tal presunción se encuentra completamente desvirtuada por el material probatorio que obra en el proceso.

La Alcaldía Municipal de Cali, para justificar su actuación, expresa que el cargo desempeñado por la actora no existía en la planta, que la Consejería para la Convivencia y Seguridad Ciudadana no era una dependencia y que la Unidad de Coordinación Municipal, era un simple equipo de trabajo, pretendiendo con ello negar el hecho de que la actora sí estaba vinculada con la entidad en el cargo de Asesora, como se desprende tanto del primer acto de vinculación a la entidad, como del último -acto de incorporación- que obra a folio 64 del expediente, época para la cual ya se encontraba desempeñándose como Asesora en la Unidad Coordinadora Municipal del Comité de Convivencia y Seguridad Ciudadanas de Santiago de Cali.

Demostrada como se halla la desviación de poder en la expedición del acto acusado, la Sala se releva de hacer cualquier otra consideración al respecto.

En las anteriores condiciones y al encontrarse demostrado el desvío de poder, la Sala revocará la providencia del Tribunal que denegó las súplicas de la demanda y en su lugar accederá a las mismas.

Las sumas que resulten a favor de la actora, se actualizarán en su valor, de conformidad con la fórmula y términos que se señalarán en la parte resolutive de la presente providencia.

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,

### **F A L L A**

**REVÓCASE** la sentencia del 18 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda.

En su lugar, se dispone:

**DECLÁRASE LA NULIDAD** del Decreto No. 0009 del 1º de enero de 2001 proferido por el Alcalde de Santiago de Cali, por medio del cual nombró a Jaime Albán Rivera en reemplazo de Claudia Sandoval Piñeros.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénase a dicha Entidad a reintegrar a CLAUDIA SANDOVAL PIÑEROS, al cargo que venía desempeñando en la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo.

Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

**índice final**

$$R = Rh \times \frac{\text{-----}}{\text{-----}}$$

**índice inicial**

Donde el valor presente ( R ) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha en que se debió hacer el pago por el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**DECLÁRASE** para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

No hay lugar a descuento de suma alguna por el desempeño de empleo público durante el lapso que abarca la condena.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**Cópiese, notifíquese** y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**