

**FALSA MOTIVACION – Concepto / FALSA MOTIVACION – Error de hecho o de derecho / DESVIACION DE PODER – Concepto / EXPEDICION IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Falsa motivación**

La falsa motivación, se constituye en un vicio del acto administrativo, de aquellos que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo categoriza como vicio material, al igual que la emisión del acto con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. La falsa motivación se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario. Ahora bien, la falta de motivación, bien puede interpretarse como el vicio formal denominado expedición irregular, que particularmente acontece cuando se emite el acto administrativo sin sujeción a un procedimiento y a unas fórmulas determinadas; referido no solo a su mera condición exterior, sino a la inobservancia de las exigencias expresas de la ley para ciertos actos, como cuando aquella ordena que sea adoptado únicamente por escrito o con expresión de los motivos, vale decir, con motivación explícita y obligatoria

**PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA – Oportunidad / AUTO DE MEJOR PROVEER – Poner fin a las dudas que afectan la decisión / PRUEBAS – De oficio**

Ante la segunda instancia cuando de la apelación de las sentencias se trata, tal como lo informa el artículo 214 del estatuto antes mencionado, se encuentra habilitado un periodo probatorio excepcional, en el que solo es posible pedir la práctica de las probanzas, que por razones bien definidas, no se pudieron diligenciar en la primera etapa del proceso. Ahora bien, aunque es cierto que la carga probatoria al interior del proceso debe ser soportada por las partes, no lo es menos, que es al juez a quien le corresponde establecer la verdad procesal, y es por tal motivo, que goza de la facultad oficiosa para poner fin a las dudas que puedan afectar su decisión. Es así como el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo faculta al juzgador para que en cualquiera de las instancias ordene las pruebas de oficio que considere necesarias a fin de esclarecer la verdad, que se deben decretar y practicar en conjunto con las pedidas por las partes o autónomamente al vencimiento del término de fijación en lista.

**FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 214 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 169**

**BUENA FE – Presunción**

El artículo 83 de la Carta Política dispone que las actuaciones de los particulares al igual que las de las autoridades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. De esta suerte, el principio de buena fe supone la ausencia de todo vicio o maniobra, y en particular, la posibilidad de crear un ambiente de credibilidad al interior del proceso.

**COPIA SIMPLE – Valor probatorio / COPIA SIMPLE - Se reputan auténticos / COPIA SIMPLE – Recuento normativo / BUENA FE – Documentos aportados al proceso / TACHA DE FALSEDAD – Oportunidad**

En materia de prueba documental, implica que los documentos deben tenerse por auténticos sin necesidad de reconocimiento o autenticación. Y, es así como el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, dispuso que los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, sea que tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputan como auténticos, sin que sea necesaria su presentación personal o autenticación.

**PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA – Improcedente / FUERZA MAYOR – No probada / AUTO DE MEJOR PROVEER – Prueba de oficio**

Se encuentra que no es procedente en este caso dar aplicación a lo preceptuado por el artículo 214 del C.C.A., como quiera que tal como se indicó, este dispositivo opera cuando se trata de que las partes pidan la práctica de pruebas ante la segunda instancia, quien las deberá decretar, si por las razones taxativamente señaladas por esta norma, no se pudieron diligenciar en aquella primera etapa; y es evidente que en este caso en particular, el actor mismo fue quien aportó las probanzas - hoja de vida y sus anexos- ante la desidia del Tribunal en decretarlas y ahora lo que solicita, no es su práctica sino su valoración. Ello ligado a que la invocada fuerza mayor a la que alude el apelante, nunca se probó. Por la misma razón, tampoco es posible traer a colación el artículo 169 ibídem, porque este precepto, tal como se advirtió en párrafos precedentes, alude a esa potestad con la que cuenta el juez para decretar de oficio las pruebas que considere necesarias en búsqueda de la verdad del proceso, y el actor en esta contienda allegó las probanzas que buscaba hacer valer.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 214 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 169

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., siete (07) de marzo de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)**

**Actor: ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ MADERO**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC -**

**AUTORIDADES NACIONALES**

**- F A L L O -**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ CABALLERO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo por medio del cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC -, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 2220, Grado12 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartagena.

#### **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ CABALLERO, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 6900 de 4 de octubre de 2006 expedida por el Director General del INPEC, por medio del cual se le declaró insubsistente en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 2220, Grado12 del Establecimiento Penitenciario de Cartagena.

Como restablecimiento del derecho solicitó condenar al demandado al reintegro al cargo que desempeñaba para el momento de la desvinculación del servicio o a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; al pago de los salarios, primas, bonificaciones, reajustes o aumentos, vacaciones, cesantías, indemnización de perjuicios morales, daño emergente y lucro cesante desde la desvinculación legal y hasta su reintegro; al ajuste de las condenas y al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Relató el actor en el acápite de **hechos** que el 21 de noviembre de 1997, tomó posesión en el cargo de Director del Establecimiento Penitenciario del Circuito Judicial de Lórica - Córdoba, Código 2220, Grado 06.

Luego, el 28 de octubre de 2003, le fue solicitada la renuncia a dicho empleo a fin de ser nombrado como Director del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Cartagena, Código 2220, Grado 12; hecho que efectivamente tuvo ocurrencia el 29 de octubre de 2003, por medio de la Resolución No. 4050.

En virtud de la Resolución No. 6900 de 4 de octubre de 2006, fue declarado insubsistente en el pre mentado cargo, sin ninguna motivación y pese a haberlo desempeñado con eficiencia y responsabilidad, de lo cual dan cuenta las calificaciones que obtuvo como Director en los años 2004 y 2005.

Señaló, que su desvinculación no obedeció a decisión ética o disciplinaria alguna sino al capricho personal del Director General del INPEC, quien nunca verificó la marcha del establecimiento carcelario que regentaba. Además, lo reemplazó un agente de policía que fue retirado de la Institución cuando llevaba 12 años de servicio activo, sin capacitación para el ramo penitenciario y quien carecía de su preparación académica y experiencia por 9 años como director de establecimientos carcelarios.

En ejercicio del derecho de petición que presentó el 12 de diciembre de 2006, solicitó que se le indicaran los motivos para declarar su insubsistencia, sin obtener respuesta hasta el momento de presentar la demanda.

Invocó como **normas violadas** la Constitución Política en sus artículos 3°, 6°, 25, 29, 125; 26 del Decreto 2400 de 1968; 85, 135, 136-2, 139, 142, 206 y ss., del Código Contencioso Administrativo.

En síntesis esgrimió, que su desvinculación se tornó en arbitraria e ilegal en tanto que adolece de **falta de motivación** y de desviación de poder, vicios que se traducen en que su insubsistencia se produjo sin ninguna argumentación y no con el fin de mejorar el servicio sino que obedeció a intereses personales, lo que se deduce de la simple comparación de su hoja de vida, preparación profesional y experiencia. En efecto, la persona que fue designada para reemplazarlo no reunía

los requisitos exigidos por el manual de funciones, determinado por medio de la Resolución No. 1599 de 16 de abril de 1997, y en su hoja de vida no se dejó constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro, como límite a la facultad discrecional del nominador cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El INPEC a través de su apoderado se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda.

Adujo, que el cargo de director de establecimiento carcelario y penitenciario es de libre nombramiento y remoción, según el artículo 10 del Decreto No. 407 de 1994, mediante el que se instituyó el régimen del personal del INPEC; condición que se concede por el hecho de ser empleado de confianza y manejo, por manera que si estas características se ven disminuidas, puede producirse la desvinculación, que no tiene que ser motivada. Y, esta orientación fue la que observó al desvincular al actor.

Está probado el mejoramiento del servicio evidenciado en que la persona que reemplazó al demandante era un Capitán retirado de la Policía, tecnólogo en administración policial y demás estudios, que dan cuenta de su mejor preparación profesional y manejo táctico, comprometido con las políticas y metas penitenciarias trazadas por la institución, que se tradujeron en la estabilidad administrativa y la ausencia de alteraciones del orden público al interior del centro penitenciario, que sí tuvieron ocurrencia bajo el mando del actor y que impidieron el normal desarrollo administrativo, todo lo cual habilitó hacer uso del mecanismo de la insubsistencia sin que ello implique desviación de poder o abuso del nominador.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar, a través de providencia de 26 de agosto de 2011, negó las súplicas de la demanda.

Consideró, que el problema jurídico se centraba en establecer si el acto de insubsistencia adolecía de **falsa motivación** y de desviación de poder. Para su

resolución acudió al Decreto No. 407 de 1994, por el cual se estableció el régimen del personal del INPEC, que en el artículo 10 dispuso, que los empleos en dicho Instituto son por regla general de carrera y por excepción de libre nombramiento y remoción, entre los que se encuentra el de Director de Establecimiento Carcelario, y en su artículo 407 estipuló como causales de retiro de los empleados, su declaratoria de insubsistencia. Los anteriores dispositivos aunados al numeral 4º del artículo 48 del Decreto No. 1890 de 1999, que señala como funciones del Director General del INPEC, entre otras, la de nombrar, dar posesión y remover al personal del Instituto a su cargo.

Significa lo anterior, que el actor en su condición de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser declarado insubsistente en cualquier momento, de conformidad con la facultad discrecional del nominador y en procura del buen servicio público, sin que fuera necesaria la motivación del acto de retiro y sin que sus calidades se tornen en condiciones suficientes para por sí solas enervar el ejercicio de dicha facultad. Lo anterior sumado a que no probó que su hoja de vida era mejor que la de la persona que lo reemplazó, además, que la allegó extemporáneamente y en copia simple, como también aportó en copia simple la documentación adjunta a la demanda, por lo que carece de valor probatorio.

#### **LA APELACIÓN**

Inconforme, el actor interpuso oportunamente el recurso de alzada y al efecto señaló, que si bien la decisión de primera instancia dispuso negar las súplicas de la demanda, materialmente se trata de una decisión inhibitoria respecto de la **desviación de poder** alegada y en la que el recaudo probatorio fue desechado por haber sido arrimado al proceso en copia simple no obstante configurarse la fuerza mayor ante el apremio de la caducidad de la acción.

Agregó, que con esta impugnación hace entrega de copia auténtica de su hoja de vida, que comprueba la culminación de sus estudios, a fin de que sea valorada en esta instancia y que permite comprobar el desvío de poder a la luz de los artículos 169 y 214 del C.C.A.; normativa que admite el decreto de pruebas de oficio en cualquiera de las instancias y la petición de documentos cuando no pueden

aducirse en primera instancia por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La parte demandante** reiteró íntegro el argumento expuesto en el recurso de alzada.

El **demandado** no allegó alegatos de conclusión en esta etapa procesal y el **Ministerio Público** no emitió concepto alguno.

#### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

De conformidad con el marco de la apelación, el problema jurídico planteado por la demanda se contrae a establecer la legalidad de la Resolución No. 6900 de 4 de octubre de 2006, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 2220, Grado 12, del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartagena.

#### **CUESTIONES PRELIMINARES**

Previo a abordar el fondo del asunto, en **primer lugar** observa la Sala, que el demandante en el escrito introductorio esgrime, de un lado, que la declaratoria de insubsistencia **“no fue motivada”** en atención a que el Director del INPEC omitió expresar los argumentos que condujeron a tomar tal determinación, y de otro, que adolece del vicio de desviación de poder, porque lo expidió guiado por motivaciones personales alejadas de la búsqueda del mejoramiento del servicio, además, con pleno desconocimiento de su hoja de vida que da cuenta de su experiencia y preparación profesional.

Por su parte, el *a quo* entiende que el problema jurídico se circunscribe a establecer, si en la emisión del acto se configuran los vicios de desviación de poder y de **falsa motivación**, aunque en un sucinto apartado señala, que por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción, el actor bien podía ser declarado insubsistente en cualquier momento sin necesidad de motivar el acto.

Al respecto resulta necesario resaltar, que la **falsa motivación**, se constituye en un vicio del acto administrativo, de aquellos que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo categoriza como **vicio material**, al igual que la emisión del acto con **desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió**.

**La falsa motivación** se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y **el desvío de poder**, en la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario.

A su turno, los vicios del acto administrativo que contempla el referido precepto como **formales**, son los de infracción de las normas en las que debe fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y **expedición irregular**.

Ahora bien, la **falta de motivación**, bien puede interpretarse como el vicio formal denominado **expedición irregular**<sup>1</sup>, que particularmente acontece cuando se emite el acto administrativo sin sujeción a un procedimiento y a unas fórmulas determinadas; referido no solo a su mera condición exterior, sino a la inobservancia de las exigencias expresas de la ley para ciertos actos, como cuando aquella ordena que sea adoptado únicamente por escrito o con expresión de los motivos, vale decir, **con motivación explícita y obligatoria** <sup>2</sup>.

Y es en este entendido que el *a quo* ha debido abordar el análisis, es decir, con sujeción a los vicios de **expedición irregular del acto y de desviación de poder**,

---

<sup>1</sup> El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios **formales**: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y **expedición irregular** y como **vicios materiales**: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

<sup>2</sup> GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo. Derecho Administrativo. Bogotá D.C: ABC Editores Librería Ltda., 2004, p. 406.

no así de falsa motivación, que no fue invocada en el libelo de la demanda, además de que el acto objetado carece de motivación.

En **segundo lugar**, conviene precisar, que esta instancia en su decisión se encuentra sujeta al marco de las razones expuestas en el recurso de alzada; por manera, que solo debe decidir las inconformidades que frente a la sentencia cuestionada plantea el apelante.

Y, analizado el recurso se encuentra, que el recurrente solo reafirma el cargo de **desviación de poder** expuesto en el libelo inicial, aduciendo que allega copia auténtica de su hoja de vida y de la documental que acercó con la demanda, a fin de que sean valoradas en esta instancia, en aplicación de los artículos 169 y 214 del C.C.A.

Así, a la Sala le corresponderá decidir lo referente a la **desviación de poder** y en razón de los argumentos expuestos en la apelación.

#### **DEL FONDO DEL ASUNTO**

De conformidad con lo anterior, la Sala inicialmente hará alusión a la normativa que regula lo concerniente a las oportunidades probatorias al interior del proceso contencioso administrativo y al valor de la documental allegada en copia simple, para seguidamente establecer, si de acuerdo con los elementos de convicción obrantes en el expediente, que cumplan con los requisitos de ley para su valoración, la declaratoria de insubsistencia del demandante, adolece de nulidad por incurrir en desviación de poder.

#### **OPORTUNIDADES PROBATORIAS EN EL PROCESO ORDINARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Cuando del proceso ordinario se trata, la parte actora debe solicitar en el libelo de demanda las pruebas que pretenda hacer valer. En efecto, el numeral 5° del artículo 137 del C.C.A., expresamente señala que toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá ***“la petición de pruebas que el demandante pretenda hacer valer”***. Por su parte el

demandado cuenta con el término de fijación en lista para solicitar la práctica de pruebas, tal como lo indica el numeral 5° del artículo 207 del mismo código.

De esta manera, en la primera instancia, cada una de las partes goza de la oportunidad legal para mostrar ante el juzgador y la contraparte su conjunto probatorio.

Ante la segunda instancia cuando de la apelación de las sentencias se trata, tal como lo informa el artículo 214 del estatuto antes mencionado, se encuentra habilitado un periodo probatorio excepcional, en el que **solo es posible pedir la práctica de las probanzas, que por razones bien definidas, no se pudieron diligenciar en la primera etapa del proceso.**

Esas circunstancias específicas se circunscriben solo a las siguientes: a) cuando la prueba se solicitó oportunamente ante la primera instancia, **fue decretada**, pero se dejó de practicar sin culpa del petente, al igual que cuando la prueba no logró su perfección en dicha instancia; b) cuando la prueba pretenda demostrar un hecho sobreviniente, es decir, que tuvo ocurrencia después de transcurrida la oportunidad para solicitar las probanzas en la primera instancia; c) cuando la prueba documental no se pudo aportar o incorporar al proceso en la primera instancia por razón de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, debiéndose probar tal circunstancia y; d) cuando con las pruebas se trate de desvirtuar la documental antes referida.

Ahora bien, aunque es cierto que la carga probatoria al interior del proceso debe ser soportada por las partes, no lo es menos, que es al juez a quien le corresponde establecer la verdad procesal, y es por tal motivo, que goza de la facultad oficiosa para poner fin a las dudas que puedan afectar su decisión. Es así como el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo faculta al juzgador para que en cualquiera de las instancias ordene las pruebas de oficio que considere necesarias a fin de esclarecer la verdad, que se deben decretar y practicar en conjunto con las pedidas por las partes o autónomamente al vencimiento del término de fijación en lista.

Entonces fuerza decir, que si la prueba fue oportunamente solicitada por el actor en el escrito de demanda, cumpliendo cabalmente con su carga probatoria, se constituye su decreto, en un deber insoslayable para el juez, porque de otra manera aquél, vería cercenado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que implica poder acudir ante la jurisdicción en aras de la defensa de sus pretensiones, pero dentro del marco de un proceso que respete a cabalidad sus garantías.

### VALOR PROBATORIO DE LA COPIA SIMPLE

El artículo 83 de la Carta Política dispone que las actuaciones de los particulares al igual que las de las autoridades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas. De esta suerte, el principio de buena fe supone la ausencia de todo vicio o maniobra, y en particular, la posibilidad de crear un ambiente de credibilidad al interior del proceso.

En materia de prueba documental, implica que los documentos deben tenerse por auténticos sin necesidad de reconocimiento o autenticación. Y, es así como el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991<sup>3</sup>, dispuso que los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, sea que tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputan como auténticos, sin que sea necesaria su presentación personal o autenticación.

Luego, el artículo 11 de la Ley 446 de 1998<sup>4</sup>, determinó que en todos los procesos, los documentos privados que presentaran las partes para ser incorporados al expediente con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin

---

<sup>3</sup> **Decreto 2651 de 1991** “Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales”. **Artículo 25.** “Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieran o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los poderes otorgados a los representantes judiciales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros”.

<sup>4</sup> **Ley 446 de 1998. Artículo 11.** “En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros”.

necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta última disposición en su tenor literal fue reiterada por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil<sup>5</sup>, que a su turno fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010<sup>6</sup>, en el sentido de que los documentos privados<sup>7</sup> manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación.

Por su parte, el pre mentado artículo 252 del C. de P. C., dispone que: *“es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”*. Y en concordancia con este dispositivo, el artículo 289 ibídem determina, que: *“La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al que haya sido aportado en audiencia o diligencia”*. Ello aunado a que como lo señala el artículo 255 de la misma codificación *“La parte contra quien se aduzca copia de un documento, podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de éste con una copia auténtica expedida con anterioridad a aquélla”*.

De lo anterior se colige con claridad, que el fallador debe presumir, con sujeción al principio de buena fe, que gozan de la característica de auténticos, aquellos documentos que son aportados al proceso por las partes, tanto en original como los que alleguen en copia simple. Además, que la parte contra quien se aduzca

---

<sup>5</sup> **Código de Procedimiento Civil. Artículo 252.** *“... En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros”*.

<sup>6</sup> **Ley 1395 de 2010 “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial” Artículo 11.** *“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva”*.

<sup>7</sup> Como lo señala el artículo 251 del C. de P. C., el documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención y el **documento privado**, es el que no reúne los requisitos para ser documento público.

un documento en copia simple, cuenta con la posibilidad de solicitar su cotejo con el original y a falta de este, con la copia auténtica expedida con anterioridad o puede interponer tacha de falsedad.

#### **DE LO PROBADO EN EL PROCESO**

- Fueron allegados por el actor con el escrito de demanda:

Copia simple de la Resolución No. 4050 de 29 de octubre de 2003 por la cual el Director General del INPEC lo nombró en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario Código 2220 Grado 12 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartagena, acompañada de copia simple del acta de posesión No. 354 de la misma fecha. (fls. 24 y 25 cdn. ppal.); copia simple de la Resolución No. 6900 de 4 de octubre de 2006, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en dicho cargo. (fls. 26 cdn. ppal.); copia simple de las calificaciones del accionante en su calidad de Director Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartagena por algunos meses de los años 2004 y 2005, que dan cuenta además, de algunos eventos negativos que se presentaron bajo su dirección al interior del penal, tales como fugas, heridos, falta de control en el área administrativa, entre otros; y, escritos de felicitación. (fls. 27 a 35 cdn. ppal.).

- **Aportó con los alegatos de conclusión** previos a la decisión del *a quo*:

Copia simple de su hoja de vida, que informa expresamente solicitó al Inpec - Cartagena, - **y que valga la pena resaltar solicitó en el escrito de demanda**- en la que reposan, además de los actos de nombramiento, posesión y declaratoria de insubsistencia, los reconocimientos por servicios distinguidos en categoría especial; igualmente allegó la constancia de especialización en derecho administrativo, el diploma de aprobación del curso de aspirante a director de establecimiento carcelario y el manual de funciones del Inpec. (fls. 243 cdn. ppal., fls. 1a 107 cdn.2).

- Con el recurso de apelación arrimó:

Copia auténtica de la documental que allegó con la demanda y con los alegatos de conclusión previos a la decisión del Tribunal. (fls. 302 a 438 cdn. ppal.).

Igualmente se aprecia la hoja de vida del señor Carlos Ernesto Flores Rojas, que remitió la Jefe de División Humana (E) del Inpec. (fls. 96 a 136 cdn. ppal.).

Los testimonios rendidos el 13 y 14 de febrero de 2008 por los señores Édgar Ceren Baena, Blass Darwin Salazar Valencia, María Victoria Sumosa Contreras dan cuenta del buen manejo que el demandante le dio a las situaciones que se presentaban al interior del penal. Las declaraciones de los señores Javier Antonio de la Hoz de Ávila, Efraín Serrano Castañeda y Enith Rodríguez Won rendidas el 21 de febrero y el 17 de abril de 2008, además de su buen desempeño, informan sobre la calidad de empleado de libre nombramiento y remoción que ostentaba el actor en el cargo que ocupaba. (fls. 140 a 144, 147,148, 187 a 190, 195 y 196 cdn. ppal.).

Aparece copia de la providencia de 30 de julio de 1993, emitida por el Comandante del Departamento de Policía de Putumayo, en la que se ordenó la separación absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, del señor Carlos Ernesto Flórez Rojas - persona que reemplazó al actor-, por negligencia en la planeación y ejecución de la movilización de personal de la Sijin y Policía motorizada a la región de Villagarzón - Putumayo, en hechos, acaecidos el 18 de noviembre de 1991. Copia de la decisión de 15 de septiembre de 1993 emitida por la misma autoridad que confirmó la anterior. Y copia del Decreto No. 13 de 7 de enero de 1994 que hizo efectivo el retiro. Estos documentos fueron remitidos por el Área de Archivo General de la Policía Nacional. (fls. 199 a 220 cdn. ppal.).

### **CASO CONCRETO**

Al amparo del recurso de alzada, el actor, a fin de sustentar la desviación de poder con la que estima se emitió el acto administrativo enjuiciado, argumentó que del aludido vicio dan cuenta las probanzas que allegó al proceso, no obstante que fueron descartadas por el a quo, en consideración a que las arrimó, en copia simple, unas y en forma extemporánea, otras; por lo cual acompañándolas en copia auténtica con el recurso de apelación, pretende que sean valoradas a la luz de lo preceptuado por los artículos 169 y 214 del C.C.A.

Pues, bien a fin de desatar la litis, en sentir de la Sala resultan ser indispensables las siguientes precisiones:

**En primera medida**, la documental, consistente en la copia simple de los actos de nombramiento, posesión, declaratoria de insubsistencia y calificación de servicios; es evidente, de acuerdo a lo señalado en acápites anteriores, que ha debido ser valorada por el Tribunal para fundamentar su decisión, puesto que se allegó en legal forma, pues se trata de documentación que fue aportada por el actor en conjunto con la demanda y frente a la cual en ninguna fase del proceso, el demandado solicitó su cotejo con el original o con su copia auténtica expedida con anterioridad y mucho menos frente a la misma se propuso la tacha de falsedad; situaciones que de haberse presentado, sí hubieran eximido al juzgador de su apreciación para tomar la decisión que hoy es objeto de apelación.

**En segundo lugar**, la hoja de vida del actuante, es cierto que fue traída al proceso en copia simple al ser presentados los alegatos de conclusión previos al fallo de primera instancia y de igual manera adjunta al recurso de apelación, pero no lo es menos, que en el acápite de pruebas de la demanda (fls. 21 cdn. ppal.), el actor con plena sujeción a la ley que trata la materia, tal como se indicó en precedencia, cumplió con el deber legal de solicitarla, sin que el Tribunal al momento de abrir el proceso a pruebas se hubiera empeñado en decretarla (fls. 82 cdn. ppal. ). Y es ante tal omisión del a quo, que para el actor se posibilita la oportunidad de que en esta instancia, se valoren las probanzas que allegó, aunque lo haya hecho en copia simple. No sucede lo mismo, con la constancia de especialización en derecho administrativo, el diploma de aprobación del curso de aspirante a director de establecimiento carcelario y el manual de funciones del Inpec, porque evidentemente fueron allegados en forma extemporánea y por ese motivo no pueden ser valoradas.

Ahora bien, se encuentra que no es procedente en este caso dar aplicación a lo preceptuado por el artículo 214 del C.C.A., como quiera que tal como se indicó, este dispositivo opera cuando se trata de que las partes pidan la práctica de pruebas ante la segunda instancia, quien las deberá decretar, si por las razones taxativamente señaladas por esta norma, no se pudieron diligenciar en aquella primera etapa; y es evidente que en este caso en particular, el actor mismo fue quien aportó las probanzas - hoja de vida y sus anexos- ante la desidia del Tribunal en decretarlas y ahora lo que solicita, no es su práctica sino su valoración. Ello ligado a que la invocada fuerza mayor a la que alude el apelante, nunca se probó.

Por la misma razón, tampoco es posible traer a colación el artículo 169 ibídem, porque este precepto, tal como se advirtió en párrafos precedentes, alude a esa potestad con la que cuenta el juez para decretar de oficio las pruebas que considere necesarias en búsqueda de la verdad del proceso, y el actor en esta contienda allegó las probanzas que buscaba hacer valer.

Ante esta situación solo resta señalar, que no se puede olvidar que el juzgador debe reconocer el derecho del ciudadano a la tutela jurisdiccional efectiva, que comporta para él, como persona integrante de la sociedad, la posibilidad de acudir ante el órgano jurisdiccional para ejercer la defensa de sus pretensiones, pero a través de un proceso que le ofrezca todas las garantías para su efectiva realización, que se ve menguada en asuntos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, en los que no obstante ser solicitadas las pruebas en búsqueda del reconocimiento de aquello a lo que se cree tener derecho, no son decretadas y las que se aportan no son valoradas por haberse allegado en copia simple; rigorismo procesal que no se compadece con la función judicial, que por mandato constitucional debe buscar la justicia material y privilegiar la buena fe con la que se debe presumir actúan las partes. -artículos 83 y 228 de la Carta Política-.

#### **ANÁLISIS DEL CARGO DE DESVIACIÓN DE PODER**

Volviendo al sub lite y sin perder de vista las anteriores apreciaciones, encuentra la Sala fehacientemente demostrado de acuerdo a las probanzas legalmente allegadas al expediente, que el actor en efecto, fungió como Director de la Cárcel de Cartagena desde el 29 de octubre de 2003 hasta el 4 de octubre de 2006, cuando fue declarado insubsistente.

Esta declaratoria se produjo por parte del Director General del INPEC, en observancia del Decreto 407 de 1994, que en su artículo 10 al clasificar los empleos, dispone de manera expresa, que son de libre nombramiento y remoción,

---

<sup>8</sup> **Decreto 407 de 1994** "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". **Artículo 10.** "Clasificación de Empleos. (Aparte tachado INEXEQUIBLE) Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción y de carrera. **Son de libre nombramiento y remoción los empleos que se señalan a continuación:** Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales, ~~Jefes de División~~, **Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios** y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial, entendiéndose por tales aquellos que tienen una jornada diaria inferior a cuatro (4) horas. //Son de carrera los demás empleos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC".

específicamente los cargos de “Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios”. Por su parte, su artículo 49 estipula como causales de retiro de los empleados, “La declaratoria de insubsistencia de su nombramiento”.

De otro lado, el Decreto No. 1890 de 1999<sup>9</sup>, en el numeral 4° de su artículo 48 señala como funciones del Director General del INPEC, entre otras, la de remover al personal del Instituto a su cargo.

Significa lo anterior, que el demandante al ocupar el cargo de Director de Establecimiento Carcelario 2220, Grado 12 de la Penitenciaría de Cartagena, era empleado público con régimen especial, vinculado por relación legal y reglamentaria y su condición era de libre nombramiento y remoción, como lo precisó el a quo.

Cabe recordar, que la situación de la que gozan los empleados con fuero de relativa estabilidad laboral por encontrarse en régimen de carrera no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues, respecto de estos se predica un especial grado de confianza que no se requiere en aquellos; con lo que resulta ser razonable la finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, pues consiste en asegurar la permanencia de esa confianza que supone el ejercicio del cargo. Con ello, la declaratoria de insubsistencia es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones y goza de presunción de legalidad.

Sin embargo, por tratarse de presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada por el demandante, a quien le asiste la carga probatoria, para efectos de su anulación, puesto que dicha presunción no es un dispositivo inexpugnable.

Pues bien, la documental informa sobre el buen actuar del demandante en el ejercicio del cargo y los testimonios dan cuenta del cumplimiento normal de sus

---

<sup>9</sup> **Decreto 1890 de 1999** “Por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia y del Derecho y se dictan otras disposiciones sobre la materia relacionadas con las entidades que integran el Sector Administrativo de Justicia”. **Artículo 48.** “... 4. Nombrar, dar posesión y **remover al personal del Instituto a su cargo**, así como expedir los actos administrativos que requiera el manejo de este personal. Para el ejercicio de las facultades de remoción de que trata el artículo 65 del Decreto 407 de 1994 el director obtendrá el concepto previo de una junta asesora conformada por el secretario general de la entidad, el jefe de la oficina jurídica, el jefe de la división de recursos humanos y el jefe del comando superior del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”.

labores, además de reconocer la calidad de empleado de libre nombramiento y remoción que comportaba.

No aparece demostrado que durante su permanencia en el cargo, el actor hubiese sido sancionado disciplinariamente, por el contrario, prestó sus servicios en forma diligente; sin embargo, esas condiciones de carácter subjetivo, no son suficientes como para de ellas deducir que con su retiro, la administración incurrió en desvío de poder que signifique la anulación del acto administrativo, puesto que las mismas no enervan esa facultad discrecional con la que cuenta el nominador de relevar a sus empleados, precisamente por ser de libre remoción.

Y aunque el actor afirma que con la designación de su reemplazo se desmejoró el servicio, en tanto que no cuenta con las mismas condiciones laborales y de idoneidad, además de que había sido removido del servicio activo policial, se debe tener en cuenta que como ya lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación,<sup>10</sup> lo que debe cuantificar el Juez, a efecto de calificar la no idoneidad del reemplazo, son los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, frente a lo que se logró establecer, que el reemplazo como lo informa su hoja de vida cumplió con la exigencia mínima para ostentar el cargo, esto es, haber obtenido el título como tecnólogo en administración policial. (fls. 106, 113 122 cdn. ppal.).

Así las cosas, al no prosperar el cargo de anulación propuesto por el apelante es del caso mantener la presunción de legalidad del acto acusado y, en consecuencia, confirmar la decisión del a quo, pero por las razones aquí esgrimidas.

---

<sup>10</sup> Al respecto ver Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Expediente No Interno: 0883- 2005, Actor: Guillermo Jiménez Barragán, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en la que se precisó: “*En relación con la idoneidad, capacidad, eficiencia y buen desempeño del cargo esta Corporación ha expuesto en numerosas ocasiones que tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, estas circunstancias por sí solas no generan fuero alguno de estabilidad en el empleo pues pueden existir otras razones de buen servicio que hagan necesario y aconsejable el retiro del servicio público. Sin embargo quedó probado que la persona que reemplazó al actor no cumplía los requisitos mínimos que el cargo exigía, desvirtuándose de esta forma la presunción de legalidad del acto acusado y configurándose la desviación de poder porque el nominador al expedir la declaración de insubsistencia no se basó en razones del mejoramiento del servicio ya que escogió en reemplazo del actor a una persona que no cumplía los requisitos mínimos para ejercer el empleo. El nombramiento de una persona que no reúne los requisitos mínimos para el cargo no puede entenderse realizado en aras del buen servicio público pues aumenta el riesgo potencial de desmejorar el servicio, por lo tanto, tal hecho resulta contrario a derecho y vicia de nulidad el acto acusado*”.

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**

**CONFÍRMASE** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia la sentencia apelada de 26 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso promovido por el señor ANTONIO JOSÉ MARTÍNEZ MADERO contra el INPEC.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Comuníquese la renuncia de poder al demandado

**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**