TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE:	PEDRO EVER MURILLO MOSQUERA
DEMANDADO:	METROCALI S.A.
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROVIDENCIA:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA **No. 17**
PROCESO No:	76-001-23-33-003-2017-00091-00
PONENTE:	ZORANNY CASTILLO OTÁLORA

Aprobada en Sala y Acta de la fecha. Convocatoria No. 023 del 20 de marzo de 2018.

I. LA DEMANDA

1.1. Las Pretensiones

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor **PEDRO EVER MURILLO MOSQUERA** promovió demanda contra **METROCALI S.A.**, para que se declare la nulidad de laResolución No. 912.110.116 del 4 de mayo de 2016. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada su reintegro al cargo que desempeñaba como Jefe de oficina de Gestión Predial, o a otro cargo similar o de igual o superior categoría; así mismo se ordene a la demandada pagar los salarios, primas, bonificaciones y demás adehalas de la asignación correspondiente al cargo que venía desempeñando, junto con los incrementos legales desde su retiro hasta la fecha de reintegro; se declare para efectos de las prestaciones sociales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

1.2. Los Hechos

- Mediante Resolución No. 1.10.95 del 25 de marzo de 2008 el Señor Presidente de METRO CALI S.A. nombró al Doctor PEDRO EVER MURILLO MOSQUERA como JEFE OFICINA DE PREDIOS de METRO CALI S.A., posesionándose en el cargo el 26 de marzo de 2.008.

-El demandante mediante memorial de 28 de abril de 2010 formula ante el presidente de METRO CALI S.A. queja por acoso laboral; la Secretaria Ejecutiva de la Procuraduría Provincial de Cali mediante oficio 2575 de 16 de junio de 2010 remite al Presidente de METRO CALI, el expediente: "Preventiva No. IUS-2010-138809" para que se dé cumplimiento al numeral 2 del artículo 1 de la ley 1010 de 2.006 sobre acoso laboral; que presentó queja disciplinaria ante la Personería Municipal de Cali el 28 de abril de 2010 contra la Doctora MARCELA CALDERON, funcionaria de METRO CALI S.A.

- Mediante Resolución No. 1.10.198 de 25 de junio de 2010 la demandada declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de la Oficina de Gestión

Predial de METRO CALI S.A.

- El 6 de julio de 2010 la Personería Municipal de Cali remite comunicación a la Juez 19 Civil Municipal que conocía una acción de tutela presentada por el demandante contra la demandada, informando que el demandante presentó queja por acoso laboral la cual se remitió a la Dirección Operativa para la Vigilancia de Conducta Oficial y posteriormente a la Procuraduría General de la Nación quien bajo la preventiva número IUS-2010-138809 había avocado el correspondiente tramite y al parecer Metrocali S.A. no dio trámite a los requerimientos, por el contrario adelantó represalias en contra del hoy demandante, entre ellas declararlo insubsistente del cargo desempeñado, por ello, solicitó al Juez adelantar las acciones necesarias para que se ordenará a Metrocali cesar la vulneración de los derechos del accionante y aplicar de manera inmediata la ley de acoso laboral.

- Que la acción de tutela fue fallada en sentencia No. 0338 de 12 de julio de 2010 a favor del demandante protegiendo su DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION CONEXO CON EL DE LA DIGNIDAD HUMANA, providencia confirmada en segunda instancia mediante sentencia No. 79 de 13 de agosto de 2010 proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito; en cumplimiento de lo ordenado el Comité de Conciliación para resolución de conflictos de acoso laboral citó al demandante el 10 de agosto de 2010 a conciliación.

- El acto de insubsistencia fue demandado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en primera instancia le fueron negadas las pretensiones decisión revocada por esta Corporación mediante Sentencia No. 294 del 14 de agosto de 2013, a la que se dio cumplimiento mediante Resolución No. 1.1.461 del 25 de noviembre de 2013 reintegrándolo al cargo; frente a la actuación judicial el apoderado de Metrocali S.A. presentó acción de tutela la cual fue rechazada por improcedente por el Consejo de Estado.

- Posteriormente mediante oficio del 4 de mayo de 2016 se le informa al demandante el contenido de la Resolución No. 912.110.116 de la misma fecha que lo declaró insubsistente en el cargo que venía desempeñando como Jefe de Oficina Gestión Predial.

-Que se presentaron casos de desatención u hostigamiento contra el demandante, uno de ellos cuando presentó oficio 769.2015 del 25 de agosto de 2015 solicitando nuevamente le repararan el aire acondicionado y cuando se le desconocía utilizando para comunicarse con su oficina a los contratistas, situación de la que dejo constancia en Reunión del 8 de enero de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Invoca la Constitución Política artículos 6, 25 y 90 y Ley 1437 de 2011 articulo 44.

Estima que el acto demandado fue expedido bajo condiciones contrarias a derecho como la desviación de poder, además en burla de la administración de justicia al existir orden judicial de reintegro en el cargo desempeñado y en dicho proceso quedó demostrada la persecución y abuso laboral; como no se logró en vía ordinaria ni en acción de tutela lo pretendido por la entidad accionada al querer desvirtuar lo ordenado

judicialmente, se procedió *a "hostigarle en su trabajo, en las condiciones adecuadas del lugar ... se prueba documentalmente por escrito: oficio 769.2015 de 25 de agosto de 2.015 a la Señora PATRICIA HERNANDEZ GUZMÁN, DIRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA de METRO CALI S.A., solicita el arreglo del aire acondicionado, es decir su reparación; pero no es lo único ... se DEMUESTRA DOCUMENTALMENTE que se le desconocía utilizando para toda clase de intercomunicación con su oficina a CONTRATISTAS, ello lo llevó a manifestar en el ACTA DE REUNIÓN EQUIPO OFICINA DE GESTIÓN PREDIAL de 8 de enero de 2016 ... ES DECIR SE LE IGNORABA PARA ABURRIRLO, UTILIZAN CONTRATISTAS SIENDO QUE AL FRENTE DE LA OFICINA HABÍA UN FUNCIONARIO DE PLANTA, pero evidentemente se utilizaba el poder para que renunciara al cargo."*

Estima que todo lo sucedido hace evidente el abuso de poder y la utilización de la discrecionalidad como desviación de poder y por ende violar la Constitución Política Colombiana, que es tanta la extralimitación de poder ejercida por la entidad demandada que al no lograr sacarlo de servicio con el acoso laboral pues esta Corporación fallo a su favor, procedieron a interponer acción de tutela rechazada por las dos instancias, posteriormente le hostigaron para hacerle renunciar y finalmente optaron retirarlo del servicio desconociendo fallo judicial a su favor vulnerando su derecho al trabajo.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Metrocali S.A. aduce que se opone a la totalidad de las pretensiones, como quiera que el acto demandado tiene eficacia y validez pues el cargo que ostentaba el demandante como Jefe de la Oficina de Gestión Predial es de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, existiendo plena discrecionalidad del nominador para expedir el acto demandado sin requerir motivación alguna y además esto se realizó para mejorar las condiciones de la función pública; estima que le compete al demandante demostrar que el acto demandado no obedece al mejoramiento del servicio, lo que no cumplió, pues refiere exclusivamente a las circunstancias ya debatidas en un proceso anterior, no pudiendo ser la base para decir que el acto es una burla a la justicia, pues la sentencia se cumplió en su integridad y no existió por la entidad hostigamiento, desviación del poder o extralimitación.

3. TRAMITE PROCESAL

El proceso fue admitido mediante auto Interlocutorio No. 250 del 25 de mayo de 2017 (Fl. 144 y vto); la entidad demandada fue notificada de la demanda, a través del correo electrónico el 22 de junio de 2017 a las 10:31am (folio 156) y contestó la demanda dentro del término -folios 159 a 165- presentando excepciones perentorias a las que se les corrió el traslado de Ley y la parte demandante las contestó -fls.196 vto. y 197 a 199-. El 19 de febrero de 2018 se realizó audiencia inicial (fl. 220 a 222) en la que se agotó el saneamiento del proceso, se decretaron pruebas y señaló fecha para la audiencia de pruebas (fl. 223 s 224), la que se practicó y en ella se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito de conformidad con el inciso final del artículo 181 del CPACA.

4.- ALEGATOS DE CONCLUSION

4.1. Parte demandante (fls. 226 a 243)

Reitera los argumentos expuestos en la demanda inicial, pues procede a pronunciarse sobre los hechos de la contestación de la demanda, considerando que los documentos que se tuvieron en cuenta en el proceso anterior deben ser valorados en el caso de autos pues dan muestra de la persecución laboral que sufría el demandante, de la burla a lo ordenado judicialmente pues lo reintegraron para volverlo a retirar del servicio y si pretende lo contrario debió tacharlos de falsos.

4.2. Metrocali S.A. (fls. 244 a 247)

Concluye que los fundamentos de hecho y de derecho que se aducen en este caso, son los mismos sobre los que se estructuró el proceso que fue resuelto por esta Corporación en sentencia del 14 de agosto de 2013 que revocó la sentencia del 14 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Cali, por lo que mal se haría en revivir un nuevo debate procesal ya definido lo que vulneraria el principio de cosa juzgada, al igual que los fundamentos de la acción de tutela que impetró en su momento la entidad, pues pese a que se falló desfavorablemente no puede ser el fundamento para esta nueva controversia judicial, que debe contener aspectos nuevos que no se hayan dirimido judicialmente; estima que los únicos hechos nuevos son el supuesto hostigamiento por falta de condiciones del lugar de trabajo y el desconocimiento de sus recomendaciones, sin traer prueba alguna que permita verificar tal situación.

Insiste como lo planteó en la contestación de la demanda que el acto demandado no se expidió en contravía del ordenamiento jurídico, pues es la misma norma que habilita que no se requiera motivación en los actos de retiro de los empleos de libre nombramiento y remoción, además que era carga probatoria del demandante demostrar la supuesta desviación de poder, de lo que carece el presente asunto, pues no se acreditó el mentado hostigamiento del que fue víctima.

4.3. Ministerio Público

Guardo silencio (constancia secretarial fl.248).

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Presupuestos procesales

Fueron verificados en la audiencia inicial y de pruebas y se consideran saneados.

5.2. Problema jurídico

En la Audiencia Inicial del 19 de febrero de 2018, quedo definido en los siguientes términos:

¿La Resolución No. 912.110.116 del 4 de mayo de 2016 que declaró insubsistente al señor PEDOR EVER MURILLO MOSQUERA del cargo de Jefe de Gestión Predial de Metrocali S.A., se encuentra viciada de nulidad

por haberse expedido con desviación y abuso de poder?

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes tópicos: i) Naturaleza jurídica de Metrocali S.A. y los empleados de confianza y manejo, ii) facultad discrecional de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción y sus límites, iii) carga probatoria de la desviación de poder, iv) caso concreto.

5.3. Naturaleza jurídica METROCALI S.A. y los empleados de confianza y manejo

Según escritura pública 580 de 25 de febrero de 1999, corrida en la notaria novena del circulo de Cali, la sociedad Metro Cali S.A., es una sociedad por acciones constituida por entes públicos del orden municipal, vinculada al municipio de Santiago de Cali, regida por las disposiciones aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Respecto del régimen laboral aplicable a los servidores públicos que presten sus servicios a empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, por regla general son trabajadores oficiales, no obstante lo cual, en los estatutos de la empresa, se deberá precisar que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados o servidores públicos:

> ***"Artículo 5°.-*** *Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.*
> *(...)*
> ***Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos..***

Así las cosas, teniendo en cuenta el Manual de Funciones y Competencia de Metrocali[1] el cargo ostentado por el hoy demandante corresponde a uno dirección y confianza, como se ve:

> *"8.1 NIVEL DIRECTIVO Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos. (Fuente: Decreto 770 de 2005). Los cargos de este nivel son:*
> *1. Presidente*
> *2. Vicepresidente Ejecutivo*
> *3. Vicepresidente de Operaciones e Infraestructura*
> *4. Secretario General y de Asuntos Jurídicos*
> *5. Director de Planeación*
> *6. Director de Operaciones*
> *7. Director de Infraestructura*
> *8. Director Financiero y Administrativo*
> *9. Director Comercial y Servicio al Cliente*
> *10. Jefe de Oficina Gestión Humana*
> *11. Jefe de Oficina Sistemas*

[1] Tomado de la página oficial de Metrocali el 11 de enero de 2018 a las 5:30pm: http://www.metrocali.gov.co/cms/assets/descargas/TranspAccesoInfo/TRD/Manual-de-Funciones-y-Competencias-V6.pdf

12. Jefe de Oficina Gestión Financiera
13. Jefe de Oficina Estudios, Diseño y Licitaciones
14. Jefe de Oficina Gestión Predial
15. Jefe de Oficina Construcciones
16. Jefe de Oficina Mantenimiento de Infraestructura
17. Jefe de Oficina Planeación de la Operación
18. Jefe de Oficina Control de la Operación
19. Jefe de Oficina Evaluación de la Operación
20. Jefe de Oficina Comunicaciones
21. Jefe de Oficina Servicio al Cliente y Mercadeo
22. Jefe de Oficina Cultura y Gestión Social
23. Jefe de Oficina Contratación"

Este tipo de empleados públicos, dirección y confianza, tienen la característica de ser de libre nombramiento y remoción como quiera que el tipo de función que ejercen dentro de la entidad esta precedida por la confianza que en dicho empleado se deposita al tener dentro de sus funciones la toma de decisiones, adopción de politicas institucionales.

En torno al tema la sentencia T-686 de 2014 de la Corte Constitucional expresa:

> *"Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular,* ***los de libre nombramiento y remoción****, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.*
>
> *De conformidad con lo anterior, esta Corte en reiteradas ocasiones ha fijado unos parámetros o criterios que han de ser observados por la ley para determinar cuándo un cargo es de libre nombramiento y remoción:*
>
> *"(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del* ***sistema de carrera****, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial,* ***exija una confianza plena y total,*** *o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación". (Negrilla fuera de texto).*
>
> ***3.6.3.*** *Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994, esta Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características:* ***(i)*** *de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y,* ***(ii)*** *de otro, referirse a cargos en los cuales* ***es necesaria la confianza*** *de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades. Al respecto se dijo:*
>
> *"Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre*

solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, ***o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades****."En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión,* ***sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata****. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.*

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuito personae". (Subraya fuera de texto).

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007[38] se recordó que en los cargos de libre nombramiento y remoción ***la confianza representa uno de los aspectos centrales****, para la vinculación del servidor:*

*"Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador."]****Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza*** *de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación."*

3.6.4. *De esta manera, es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público.*

5.4. Facultad discrecional de retiro de empleados de libre nombramiento y remoción y sus límites

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004 los nombramientos de empleados de libre y nombramiento y remoción son ordinarios, de lo que se tiene que su retiro también lo es, no requiriendo motivación alguna dicho acto; lo que no tiene asidero distinto a que este tipo de cargos admiten el ejercicio discrecional de la facultad nominadora en los funcionarios que requieran para conformar su equipo de trabajo personas de confianza, en miras de la optimización en la prestación del servicio público; esta facultad está dada constitucionalmente por el artículo

125[2] que establece que la regla general de provisión de cargos es la carrera administrativa, no obstante no es posible desconocer que se presentan ciertos eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

Sobre este tópico el H. Consejo de Estado en reciente providencia del 30 de noviembre de 2017, con ponencia del Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ dentro del radicación No. 25000-23-25-000-2010-00483-01(2110-13), mencionó:

> *"Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado[3] como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.*
>
> *Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 al efectuar el control previo del artículo 130 de la Ley Estatutaria de Justicia, admitió que la clasificación de algunos cargos de la Rama Judicial, incluido el de fiscal delegado ante la Corte suprema de Justicia, como de libre nombramiento y remoción que contiene el inciso cuarto de dicha norma, está inspirado en criterios de razonabilidad, teniendo en cuenta que se trata de labores que comprometen un mayor grado de confianza y de responsabilidad en las decisiones que se deben tomar para el debido ejercicio de las actividades encomendadas.*
>
> *Por su parte, el artículo 36 del CCA[4] señala: «En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa», contenido normativo que supone la existencia de una razón o medida entre el fundamento de hecho y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».*

Ahora, con lo anterior no se quiere significar que la potestad discrecional no tenga ningún límite, por el contrario la decisión debe estar siempre impregnada del principio de relatividad, como un muro de contención del ejercicio de un poder absoluto, por lo que esta facultad se debe desarrollar dentro de unos límites justos y ponderados que encuentre justificación en los elementos facticos que motiven la decisión; la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, reitera que el acto que declara insubsistente un cargo de libre nombramiento y remoción se expide

---

[2] Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

[3] Sentencia T-372 de 2012.

[4] Contenido normativo que corresponde al artículo 44 del CPACA.

253

en ejercicio de la facultad discrecional por lo que no requiere motivación alguna, lo que no descarta que dicha decisión debe estar sopesada en hechos que no permitían una distinta en pro de la prestación efectiva del servicio público. Sobre los límites de la facultad discrecional, se trae a colación providencia del Consejo de Estado[5], en los siguientes términos:

> *"Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.*
>
> *Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico,* ***la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho*** *que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.*
>
> *En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional* ***en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos****, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.*
>
> *No se trata de exigir* ***la motivación*** *del acto sino la justificación de* ***los motivos****, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.*
>
> *Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.*

5.5. Carga probatoria de la desviación de poder

Se entiende como desviación de poder cuando se ejerce por parte de las autoridades potestades administrativas con finalidades distintas a las que la norma establece, expidiendo un acto administrativo que tiene apariencia de legalidad, pero que quien lo profiera y ostenta en cabeza suya el poder lo hace vulnerando el ordenamiento jurídico un una clara afectación del interés público, es decir ejerce su función pero con un fin distinto al que la Ley lo faculta; es por ello y atendiendo la presunción de legalidad de la que están blindados los actos que expida la administración, es deber de quien aduce desviación de poder como defecto del acto enjuiciado demostrar el mismo. Para apoyar esta posición, se trae a colación pronunciamiento del Consejo de Estado del 17 de agosto de 2017 con ponencia de la Dra.

---

[5] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B" *Consejero ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, providencia del 23 de marzo de 2006 dentro de la radicación No.* 25000-23-25-000-2002-04164-01(4164-04)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, dentro del radicado No. 25000-23-42-000-2015-01449-02(3924-16), que se manifiesta en el mismo sentido:

> *"La jurisprudencia[6] de esta Sala, ha indicado respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por el actor, que es a él, a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla imperativa contenida en el estatuto procesal civil, que se convierte en principio de prueba y que resulta ser relevante para la definición del problema jurídico, en la cual se exige de manera inequívoca, "que incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen[7]".*
>
> *La desviación de poder, ausculta el aspecto finalista de la decisión administrativa, por lo que en muchas ocasiones no resulta de una prueba directa, siendo necesario inferirla a partir de ciertos indicadores uniformes surgidos de premisas fácticas plenamente probadas.*
>
> *Tal como veníamos explicando en el capítulo anterior, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones de buen servicio. Por ello, es deber de la parte demandante acreditar que los fines de la misma no son el buen servicio.*
>
> *(...)*
>
> *En el anterior orden de ideas, para la Sala es claro que la presunción de legalidad de los actos discrecionales puede desvirtuarse, y que dicha carga es atribuible al censor, a través de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA, y entre ellas, por supuesto la desviación de poder. También, que el ejercicio de la discrecionalidad no es el amparo de la arbitrariedad ni del abuso de poder, puesto que en todo caso, la decisión en tal sentido es perfectamente enjuiciable.*
>
> *En este particular, es preciso indicar, que la jurisprudencia de esta sección[8], en algunas circunstancias en donde cada parte, arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción; ha definido que a cada uno le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, ponderándose el principio de igualdad procesal y probatoria.*
>
> *Ha de ser de así, y esta providencia permite reafirmar dicho criterio jurisprudencial, ya que estimar lo contrario, sería en detrimento de la dinámica de la Administración, desmontar del ordenamiento positivo la presunción de legalidad del acto administrativo[9], en donde frente a los actos de retiro por voluntad discrecional, siempre sería deber de la entidad nominadora demostrar la conveniencia de su decisión relevando al actor de probar la causal de nulidad.*

---

[6] Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Jesús María Lemus Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).
[7] Artículo 167 del CGP.
[8] Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.
[9] Ley 1437 de 2011. **"Artículo 88. *Presunción de legalidad del acto administrativo.*** Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar."

Lo anterior no puede confundirse a que cuando la Administración motive su decisión, incluso discrecional, sus razones deben ser veraces y verificables, más cuando las alega al interior de un proceso, en donde por supuesto, deberá atender la carga de sustentar por medios de prueba sus afirmaciones.

5.4. Caso concreto

En el presente asunto el señor PEDRO EVER MURILLO MOSQUERA presentó contra de METROCALI S.A. medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se anule la Resolución No. 912.110.116 del 4 de mayo de 2016 que declaró insubsistente el cargo de Jefe de la Oficina de Gestión Predial desempeñado por él, pues en su consideración se expidió con desviación de poder; la entidad demandada aduce que el cargo que ejercía el demandante era de libre nombramiento y remoción pues era de dirección y confianza, lo que en virtud de la facultad discrecional lo relevaba de motivar el acto enjuiciado.

Frente a lo dicho, precisa la Sala que en efecto ha sido línea pacífica en la Jurisdicción a partir de los preceptos normativos que rigen la función pública reseñados *ex ante*, que la declaratoria de insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción no exige motivación alguna en razón a que allí se presume el mejoramiento del servicio y el cumplimiento de los requisitos *in tuito personae* relativos a la confianza y respaldo en la gestión diseñada por el nominador; todo ello sin perjuicio que se pueda demostrar en sede administrativa o judicial que el ejercicio de la facultad discrecional desbordó los límites para la que está instituida y en consecuencia la decisión fue caprichosa y arbitraria.

Entonces, en la medida en que el cargo de nulidad que invoca el señor PEDRO EVER MURILLO MOSQUERA contra el acto demandado es el de desviación de poder, pues aduce que ha sido perseguido y hostigado en su lugar de trabajo, lo que conllevó que años atrás la entidad lo retirara del servicio decisión declarada nula por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y pese a ello las anomalías continuaron hasta el punto que nuevamente fue declarado insubsistente; nos adentraremos en el cumplimiento de la parte actora de asumir la carga probatoria encaminada a demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestran la ocurrencia del vicio endilgado.

Efectivamente, el demandante fue reintegrado a su cargo como consecuencia de sentencia favorable que lo ordenó a Metrocali S.A. al haberse declarado nulo el acto que lo declaró insubsistente; dicha situación *per se* no constituye prueba ni siquiera indiciaria de que la razones que dieron lugar al citado proceso persistieron luego del cumplimiento de la decisión judicial y todas aquellas circunstancias anteriores a ella pierden relevancia en el presente proceso, precisamente porque fueron el objeto de decisión ya agotado en términos del principio de cosa juzgada.

Así entonces, para la Sala las distintas situaciones laborales que vivió el demandante en el interior de Metrocali y que aparentemente provocaron el primer acto de insubsistencia, no tienen la virtualidad de relacionarse con el caso que hoy se estudia, pues ya fueron valoradas a su favor tanto así que se ordenó su reintegro; además sucedieron 6 años antes de la expedición del acto hoy acusado, sin que el hecho de que la entidad al haber pretendido instaurar una tutela contra la decisión de reintegro

pueda considerarse capricho o desviación de poder pues para esta Sala ello simplemente obedece al ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia en cabeza de la entidad, que le permite disentir las veces que lo considere necesaria de las decisiones judiciales y le otorga la libertad de hacer uso de los medios judiciales que estime pertinentes y que el mismo ordenamiento pone a su servicio como al de cualquier sujeto de derechos.

Ahora, en la nueva etapa de la relación laboral entre las partes, la parte actora finca su descontento e infiere una actitud laboral persecutoria en su contra por haber solicitado el arreglo del aire acondicionado de su oficina y según su dicho habiendo sido ignorado en su petición, al igual que la falta de comunicación directa con los demás funcionarios de la entidad; ante ello se tiene que según certificado allegado por Metrocali S.A. el demandante presentó en dos oportunidades solicitud de arreglo del aire acondicionado y las mismas fueron atendidas -fl.166- y frente al acta al acta de reunión equipo de oficina de gestión predial del 8 de enero de 2016 -fls. 101 a 103- donde el demandante dejó constancia de que la comunicación se realizaba a través de los contratistas y no con el directamente, tampoco existe en el expediente prueba alguna que de un contexto a tal constancia de donde se permita inferir que ello era una conducta abusiva, reiterada o de mala fe en el trato con el funcionario.

En consecuencia, en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que el señor PEDRO EVER fue perseguido u hostigado en su lugar de trabajo, desde la fecha de su reintegro noviembre 25 de 2013 -fl.50- hasta la fecha en que se profirió el acto hoy enjuiciado, mayo de 2016 -fl 99-, no existieron quejas por acoso laboral de su parte, ni llamados de atención u otras situaciones anómalas puestas de presente por la entidad o por él que acrediten lo mencionado, tampoco se trajo prueba testimonial de acciones provenientes de las directivas de la entidad en su contra, menos aún se estableció que éstas fueron las mismas que tomaron la decisión de desvinculación inicial para crear un nexo causal de su inconformidad con el reintegro obligado del funcionario.

En conclusión, la única prueba en que el actor finca su cargo de nulidad de desviación de poder (constancia de no comunicación directa con los directivos de la entidad en un acta de comité) resulta totalmente aislada y carente de cualquier otro sustento, para determinar que en su contra existiera una persecución laboral, por lo que éste faltó en su obligación de demostrar fehacientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que soportan el ejercicio abusivo del poder discrecional de la entidad en su desvinculación.

Suficiente lo anterior, para que esta Sala mantenga la legalidad del acto acusado y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda.

7. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA regula la condena en costas y prevé que la sentencia debe disponer sobre su imposición, conforme a la regulación prevista en el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso.

Entre tanto, el artículo 365 del Código General del Proceso, señala que habrá lugar a imponer condena en costas frente a la parte vencida en el

proceso, por ello se impondrán a cargo de la parte demandante y se liquidarán por secretaría.

En aplicación del numeral 4° del artículo 366 *Ob. Cit.* en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo los criterios fijados en el artículo 6° numeral 3.1.2 del mencionado Acuerdo, se fijan agencias en derecho en la suma del 5 % de las pretensiones negadas en la sentencia.

8. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante al pago de costas y agencias en derecho a favor de METROCALI S.A., en la forma señalada en las consideraciones de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ZORANNY CASTILLO OTÁLORA
Magistrada Ponente

LUZ STELLA ALVARADO OROZCO
Magistrada

VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado

TRIBUNAL ADTIVO. VALLE DEL CAUCA SECRETARIA
MAR 21 2 19 PM