



## Sentencia 01223 de 2018 Consejo de Estado

INSUBSISTENCIA - Subdirector General de Infraestructura / SUBDIRECTOR GENERAL DE INFRAESTRUCTURA - Naturaleza jurídica / CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - En atención a la trascendencia de la misión institucional y alto grado de confianza / FACULTAD DISCRECIONAL - Empleo de libre nombramiento y remoción / ACTO DE DESVINCULACIÓN DE CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - No requieren motivación / FACULTAD DISCRECIONAL - Debe ser ejercida con racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad

[L]a jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado 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. Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, 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; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”. Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos

ACTUACION DISCIPLINARIA Y FACULTAD DISCRECIONAL - Instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley / ACTUACION DISCIPLINARIA - Vigilancia de la conducta de los servidores

[N]o era necesario esperar los resultados de un proceso disciplinario para declarar insubsistente el nombramiento del demandante, pues su ejercicio no significa la imposición de una sanción, ni implicaba el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido. Es de resaltar que la facultad discrecional que la ley confiere al nominador no encuentra limitación alguna en la Ley 734 de 2002, precisamente, porque persiguen finalidades distintas. En conclusión la actuación disciplinaria y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la atribución discrecional permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos, por razones del buen servicio, al paso que la actuación disciplinaria tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de los servidores oficiales; independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio. Así es que no había obligación de sobreponer la acción disciplinaria sobre la facultad discrecional; lo que sí debía cursarse era el proceso disciplinario en forma independiente, pues era deber de la Directora General de Desarrollo Urbano iniciar de oficio o poner en conocimiento de la autoridad competente la presunta irregularidad.

ACTO DE INSUBSISTENCIA - Conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES - Procesos licitatorios / PERDIDA DE CONFIANZA PARA EJERCER EL CARGO - No manifestó impedimento para adelantar proceso licitatorio

[L]a decisión adoptada por la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano respondió entonces, por un lado, a los fines de la norma que otorga el retirar a un funcionario de libre nombramiento y remoción sin motivación alguna y, del otro, a la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se cuestionó al servidor y la consecuencia jurídica que se generó, dado que en todo caso se debió revocar unos procesos licitatorios por la falta de cuidado del demandante al no declararse impedido en éstos. Se insiste, los cargos de libre nombramiento y remoción, como el ocupado por el demandante, están destinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales, y en tal contexto, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacia el mismo propósito. Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16)

Actor: FRANCISCO JAVIER CIFUENTES RAMÍREZ

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU

Trámite: Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.

Asunto: Establecer si el acto de insubsistencia fue consecuencia de una extralimitación de la facultad discrecional y, si eran necesario, iniciar previamente un proceso disciplinario en aras a declararlo responsable antes de proferir el citado acto.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 9 de junio de 2017<sup>1</sup>, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

## 1. ANTECEDENTES<sup>2</sup>

### 1.1 La demanda y sus fundamentos.

Francisco Javier Cifuentes Ramírez, por intermedio de apoderado judicial<sup>3</sup>, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -*Ley 1437 de 2011*-, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución 2757 de 11 de octubre de 2012, expedida por la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, IDU, que declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Subdirector General código 084 grado 06 de la planta semi global de empleos públicos de la entidad.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; el pago de salarios, bonificaciones, primas técnicas y demás emolumentos dejados de percibir inherentes al empleo que ocupaba, con efectividad desde la fecha del retiro y hasta cuando sea reincorporado a su empleo con la correspondiente indexación; dar aplicación a los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo; y el pago de costas y agencias en derecho.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del demandante, así:

Indicó que el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez fue vinculado por disposición de la Resolución 1248 de 14 de mayo de 2012, para que se desempeñara como Subdirector General de Infraestructura código 084 grado 03 de la planta semi global del Instituto de Desarrollo Urbano.

Aseguró que durante la relación laboral (16 de mayo a 11 de octubre de 2012), cumplió a cabalidad sus funciones y atendió los principios administrativos de moralidad y transparencia que debe tener todo servidor público, lo mismo que los establecidos por el mismo Instituto de Desarrollo Urbano.

Agregó que además de las funciones propias de su cargo, le fueron delegadas las funciones contenidas en las Resolución 4286 de 14 de octubre de 2011, relacionadas con la competencia para dirigir y adelantar la fase precontractual, celebrar los respectivos contratos y celebrar los trámites, actuaciones y actos administrativos requeridos para la debida ejecución de los contratos en que la cuantía fuera igual o superior a 1000 smmlv, delegación que también conllevaba la ordenación del gasto y el pago derivado de la celebración y ejecución de los respectivos contratos. Indicó que a través de la Resolución 511 de 22 de febrero de 2012 se aclaró a que trámites, actuaciones y actos administrativos hacía referencia la delegación mencionada.

Manifestó que no recibió inducción ni empalme alguno de parte de personal del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, ni de la Subdirectora General de Infraestructura saliente para la fecha y, que para el cumplimiento de las labores técnicas encomendadas a su cargo, en cuanto a los procesos contractuales de la entidad, no encontró el acompañamiento que debía dar la Subdirección General Jurídica del Instituto de Desarrollo Urbano establecidas en el Acuerdo 002 de 2009 y en las Resoluciones antes mencionadas.

Expresó que la deficiencia cuestionada se hacía evidente en los constantes memorandos enviados y en las solicitudes verbales que dirigió a la Directora General y a la Subdirección General Jurídica en los que pedía apoyo, acompañamiento, gestión y asesoramiento jurídico y legal para determinar la viabilidad de las decisiones a tomar en contratos de gran envergadura como lo eran el número 033 de 2010, referente al sistema de transporte de Transmilenio en el corredor vial de la carrera 7ª; el del Parque Bicentenario y lo concerniente a la problemática de la Carrera 11 entre calles 97 y 100 (Constructora Pijao).

Adujo que dichas falencias generaron al interior de la entidad un ambiente hostil que terminó deteriorando las relaciones entre la Dirección General y el Subdirector General de Infraestructura, lo que terminó con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento a partir del 11 de octubre de 2012.

Destacó que el mismo día de su retiro, la directora de la entidad expidió las Resoluciones 2760 y 2761 de 11 de octubre de 2012 a través de las cuales revocó los procesos licitatorios IDU-LP-SGI-001-2012<sup>4</sup> y IDU-LP-SGI-005-2012<sup>5</sup> respectivamente, por un supuesto “*conflicto de interés no declarado en cabeza del ordenador del gasto de los procesos licitatorios de donde la actuación precontractual se ve afectada en la plena garantía de los principios de transparencia, imparcialidad y el deber de selección objetiva establecida en las normas (...)*”, sin demostrar el supuesto conflicto de intereses que existía y cuál fue su, supuesta, actuación directa en los citados procesos precontractuales. A pesar de lo anterior, le fue abierto un proceso disciplinario en su contra por estas aparentes irregularidades.

Enunció que el 26 de noviembre de 2012 presentó un derecho de petición a la entidad, en el que solicitó información de quienes fueron las personas que estructuraron y elaboraron los documentos preparatorios y precontractuales, los estudios de mercado, estudios previos, el proyecto de pliego de condiciones y formalizaron el pliego de condiciones definitivo y los anexos técnicos, esto es, las que participaron y tuvieron a su cargo las labores que la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano endilga al actor en la etapa precontractual, petición que fue contestada el 20 de diciembre del mismo año sin que su nombre aparezca en dichas actuaciones.

Sostuvo que dentro del proceso disciplinario que se le adelantó, se presentaron inconsistencias tales como: i) el 20 de diciembre de 2012 la

entidad dio respuesta a un derecho de petición interpuesto por él, en el que se estableció que la Dirección Técnica de Procesos Selectivos tenía pleno y exacto conocimiento de las personas responsables de la estructuración y elaboración de los documentos precontractuales, entre otros; ii) los procesos licitatorios empezaron antes de que el actor se posesionara en el cargo de Subdirector General de Infraestructura; y iii) también se establece que las dos actuaciones pre-contractuales fueron preparadas por otras instancias administrativas (como la de Procesos Selectivos) distinta al despacho de la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano, quienes realizaron el acto de apertura y las respuesta a las observaciones.

Aseguró que a pesar de haber laborado en la empresa CI Grodco S en C.A. Ingenieros Civiles antes de entrar a la entidad, nunca dio órdenes puntuales verbales o por escrito ni direccionó la actuación para favorecer a la citada empresa y, que durante la incapacidad que presentó entre el 17 y el 28 de septiembre de 2012 la Directora del Instituto de Desarrollo Urbano nombró al asesor de la Dirección General, ingeniero Edgar Ricardo Cárdenas Cortes, como encargado de su cargo, a pesar de conocer que éste también había laborado anteriormente en la citada sociedad.

Indicó que dicho funcionario fue quien contestó las observaciones de los interesados a los pliegos de condiciones el 21 de septiembre de 2012, en documento denominado: "*Respuestas a las observaciones al pliego de condiciones definitivos formuladas por escrito de la licitación pública No IDU-LP-SGI-001-2012*", donde participaba la empresa CI GRODCO S. en C.A. Ingenieros Civiles.

Concluyó que fue declarado insubsistente en su nombramiento sin haberse iniciado la indagación preliminar lo cual se dio hasta el 29 de octubre de 2012 y sin tener en cuenta que el 6 de noviembre del mismo año presentó su informe de gestión.

#### 1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, los artículos 13, 15, 21, y 29.

Como concepto de violación de las normas invocadas, el demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por los siguientes cargos:

Derecho a la igualdad.

Argumentó que se quebrantó este principio porque fue declarado insubsistente en su nombramiento por un presunto conflicto de intereses, cuando la persona que lo reemplazó en la falta temporal por incapacidad médica también había laborado en la firma de ingenieros CI GRODCO S. en C.A.

Al respecto precisó que el asesor del despacho de la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano, Edgar Ricardo Cárdenas, no solo trabajó en la misma empresa, si no que conocía las licitaciones cuestionadas y produjo una respuesta a las observaciones formuladas por los interesados, lo que lo ubica en una situación más gravosa que la suya pero, ante la cual, guardó silencio, no le endilgó el mismo presunto conflicto de intereses, fue declarado insubsistente su nombramiento, revocó los procesos licitatorios que estuvo adelantado y se le investigó disciplinariamente.

Concluyó que no es posible que no se hubiese adoptado la misma decisión frente al mencionado señor, cuando sus comportamientos, incluso, eran más gravosos.

Derecho al debido proceso.

Consideró que antes de proferirse el acto de insubsistencia de su nombramiento y la revocatoria de las licitaciones, se debió tramitar la correspondiente investigación disciplinaria, ello con el fin de que ejerciera su derecho constitucional a la defensa y, por ende, se respetara la presunción de inocencia.

Argumentó que para la toma de la decisión, el nominador no contó con elementos materiales probatorios suficientes que demostrara la supuesta conducta, esto es, si existía o no el endilgado conflicto de intereses con lo cual se desconoció sus derechos fundamentales.

De otra parte, aseguró que las declaraciones dadas por la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano al diario El Espectador el 28 de octubre de 2012 en el que mencionó que *“el ingeniero FRANCISCO JAVIER CIFUENTES RAMÍREZ estaba incurso en un conflicto de intereses y que por tal razón lo declaró insubsistente”*, transgredió igualmente sus derechos máxime cuando para esa fecha no se había determinado el presunto conflicto de intereses<sup>5</sup>.

Desviación de poder.

Argumentó que esta causal se materializó cuando la Directora del Instituto de Desarrollo Urbano acudió a un posible conflicto de intereses, figura que no opera *per se* y que no se enmarca dentro de una responsabilidad objetiva por el solo hecho de haber trabajado para la empresa CI GRODCO S. en C.A. Ingenieros Civiles.

Precisó que la naturaleza jurídica del *“conflicto de intereses”* radica en el interés particular que tiene el accionar del servidor público con el ofertante o proponente (y no con el interesado), *“en donde el primero de manera manifiesta e inquebrantable, prepara y desarrolla su plan para perseguir la concreción de la pretensión del ofertante”* y que es en la consecución de ese objetivo en donde se debe demostrar *“de manera determinante que las mismas fueron construidas y encaminadas a favorecer al ofertante en forma abusiva e irresponsable con el ordenamiento jurídico”*, situación que no se demostró.

Destacó que la Dirección Técnica del Instituto de Desarrollo Urbano conocía las personas que fueron responsables de la estructuración y elaboración de todos los documentos precontractuales y contractuales y, en los cuales, él nunca hizo parte; además que no se puede desconocer que en ningún momento favoreció a alguno de los interesados.

Enunció que los motivos expuestos en las resoluciones de revocatoria de los procesos licitatorios son determinantes para considerar que la Directora General incurrió en desviación de poder.

Falsa motivación.

Dijo que si bien el acto acusado es inmotivado en razón a la facultad discrecional de la administración, éste tuvo sustento en lo establecido en los actos administrativos a través de los cuales se revocan los procesos licitatorios, en donde se indican unas razones que no corresponden con la verdad fáctica ni legal.

Agregó que el acto acusado se expide en el marco de una situación jurídica *“apreciada por el abuso de poder en su expedición, se da cierta situación jurídica respecto de una persona, que el Acto Administrativo aprecia erróneamente, es decir, que al calificar jurídicamente la situación se aprecia mal y se le atribuyen características que no corresponden, esto es, que se adelantó una situación de la administración aquí controvertida viciada de nulidad (...)”*.

1.3 Contestación de la demanda.

El Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda incoada por la parte

actora con fundamento en los siguientes argumentos<sup>7</sup>:

Aseguró que existió un conflicto de intereses derivada de la relación profesional del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez con la firma CI GRODCO en C.A. Ingenieros Civiles, integrante de la Unión Temporal SITP Mantenimientos, quien participó en la estructuración del proceso contractual, el diseño de contenidos de los pliegos de la licitación y se desempeñó como ordenador del gasto del proceso referido y del Comité de Adjudicaciones; en tal sentido, es evidente que no cumplió con el deber legal de apartarse de tales procesos licitatorios. En efecto, dentro del trámite ordinario de las licitaciones públicas IDU-LP-SGI-001-2012 y IDU-LP-SGI-005-2012 la citada firma, como miembro de proponente plural<sup>8</sup>, presentó propuesta.

Resaltó que el demandante, por un lado, laboró en la firma CI GRODCO en C.A. Ingenieros Civiles hasta el 15 de mayo de 2012 como Director Comercial y era responsable, entre otros, de *"liderar y dar lineamiento al área de licitaciones de la compañía participando en diferentes sectores de infraestructura"*; y por otro, ocupó el cargo de Subdirector General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano a partir del 16 de mayo de 2012 hasta cuando fue declarado insubsistente, esto es, el 11 de octubre de 2012.

Indicó que no es posible considerar que existió una vulneración al derecho a la igualdad al designarse al señor Edgar Ricardo Cárdenas Cortés en remplazo temporal del demandante mientras que estuvo incapacitado, porque aparentemente provenía de la firma CI GRODCO en C.A., pues son dos circunstancias que no son parecidas, como quiera que fue el señor Francisco Javier Cárdenas Cortés quien participó en su calidad Subdirector General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano y actuó dentro de los mencionados procesos licitatorios, incluso, como ordenador del gasto.

Alegó que no es posible creer que se le vulneró al demandante el debido proceso, dado que no existe una normativa que exija, de manera inexcusable, que deba iniciarse previamente el proceso disciplinario para expedir los actos administrativos de insubsistencia o revocatorios de los procesos de selección por licitación pública IDU-LP-SGI-001-2012<sup>9</sup> y IDU-LP-SGI-005-2012<sup>10</sup>.

Manifestó que la expedición del acto acusado estuvo fundada en la facultad discrecional con la que cuenta el Director General del Instituto de Desarrollo Urbano para poder retirar a un funcionario, sin que con ello se le obligue a brindar explicaciones, como quiera que no requiere de motivación alguna, pues en ella se encuentra inmersa la posibilidad de escoger el beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función.

Precisó que el cargo que Subdirector General de Entidad Descentralizada código 084 grado 06 de la Subdirección General de Infraestructura de la Dirección General que desempeñaba el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez se encuentra clasificado como de libre nombramiento y remoción, y por ende, el nominador detenta la facultad para determinar libremente el retiro del mismo, habida cuenta que los servidores que ejercen dichos cargos de la misma forma que pueden ser designados, también pueden ser removidos.

Dijo que la declaratoria de insubsistencia del demandante obedeció, entre otras, al quebrantamiento de la confianza entre éste y la Directora General, como quiera que omitió advertir el presunto conflicto de intereses que podía suscitar de su intervención en el desarrollo del proceso contractual como ordenador del gasto y director del proceso, al haber laborado en una de las firmas que se presentaron como proponentes.

Finalmente consideró que de las pruebas allegadas al expediente no se puede concluir que el servicio se hubiese desmejorado, máxime que quien lo remplazó reunió los requisitos para el ejercicio del cargo.

1.4 La sentencia apelada<sup>11</sup>.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 14 de abril de 2016, denegó las pretensiones de la demanda por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Expresó que el ordenamiento jurídico ha previsto que el nominador puede, en ejercicio de la facultad discrecional, retirar del servicio sin necesidad de motivar el acto, por excepción, a un servidor designado en algún cargo de libre nombramiento y remoción, pero que de todas maneras debe darse por razones del buen servicio.

Señaló que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente se evidencia que existió un conflicto de intereses derivado de la relación profesional del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez, con la firma integrante de la unión temporal que participó en las licitaciones y que llevó a cabo el citado señor como Subdirector General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano como delegado del ordenador del gasto, sin poner en conocimiento de la demandada de esa situación.

Afirmó que el acto acusado y las Resoluciones 2760 y 2761 de 2012 son concomitantes, entonces, es evidente que el retiro del demandante tuvo como causa subyacente el conflicto de intereses, sin embargo, no le corresponde al juez establecer si efectivamente existió o no el referido conflicto, pues tal situación le corresponde a la autoridad disciplinaria.

Anotó que el cargo desempeñado por el demandante en el Instituto de Desarrollo Urbano es de naturaleza directiva y de carácter gerencial, lo cual exige un altísimo grado de confianza e implica que actúe con objetividad, transparencia y profesionalidad, sin perjuicio de la subordinación al órgano del que dependa jerárquicamente; en tal sentido, no se probó que el acto acusado estuviera inmerso en alguna causal de anulación razón por la que hay lugar a denegar las pretensiones de la demanda.

#### 1.5 El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en los siguientes motivos<sup>12</sup>:

Destacó que como no fue declarado responsable disciplinariamente en el proceso que se adelantó en su contra, carece de total sentido que se acredite en la sentencia proferida por el A - *quo* que existían razones para declararlo insubsistente. En tal sentido, si se estableció formalmente la exoneración de su responsabilidad disciplinaria, no puede asegurarse que se vio afectado el servicio público.

Agregó que no puede atribuírsele que existió un conflicto de intereses como quiera que los procesos licitatorios empezaron a gestarse antes de que comenzara a laborar en el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y, además, la autoridad disciplinaria lo exoneró de cualquier responsabilidad en tanto que determinó que no se incurrió en tal circunstancia.

Manifestó que el A - *quo* se contradice cuando indicó, de un lado, que la declaratoria de insubsistencia obedeció a la falta de confianza, y de otro, que existe un nexo causal entre la declaratoria de insubsistencia y los actos administrativos que declararon la revocatoria de los procesos licitatorios, pues no puede verse afectado el servicio cuando fue librado de cualquier responsabilidad disciplinaria.

Anotó que no es posible concluir que se incurrió en una afectación del servicio, pues quien realmente lo afectó fue la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano al revocar los actos de apertura de las licitaciones públicas, máxime cuando no se demostró el conflicto de intereses.

#### 1.5 Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, rindió Concepto mediante escrito en el que solicitó confirmar la sentencia del A - *quo*. Lo anterior con fundamento en lo siguiente<sup>13</sup>:

Expresó que si bien el demandante alegó diversos supuestos que llevaron al nominador a declararlo insubsistente, éstas simples afirmaciones no son suficientes para creer que ello fue así, además que no se puede desconocer bajo ninguna aptica que el retiro del servicio de un empleado que se encuentra en libre nombramiento y remoción es una facultad discrecional del nominador y tal situación no permite inferir ninguna

situación excepcional que amerite un cuestionamiento respecto a su idoneidad, experiencia laboral o integridad.

Anotó que las pruebas aportadas permiten señalar que los buenos resultados en el desarrollo de su cargo no llevan a evidenciar *ipso facto* una desmejora del servicio con su retiro, cuando es claro que el buen desempeño de un cargo responde a una situación de responsabilidad y compromiso que todo servidor público debe cumplir en el ejercicio de su labor.

Indicó que la situación especial que afectó las dos licitaciones, que dio lugar a que se revocara y emprendiera nuevos procesos y, de otra parte, el nombramiento de personas de plena confianza del nominador en su equipo directivo para adelantar una adecuada gestión de acuerdo con las políticas y evitar riesgos posteriores, demuestra el deseo de garantizar la transparencia total de la administración, sin que ello implique prejuzgamiento alguno de quien fue declarado insubsistente.

Adujo que el acto administrativo por medio del cual fue declarado insubsistente el actor podía motivarse de manera posterior y no condiciona la legalidad de la decisión que mediante aquel se adopta, debido a que la ritualidad no forma parte del acto demandado en sí mismo sino que constituye una actuación posterior, de tal forma que si la ley autoriza la remoción del funcionario sin consignar los motivos de su retiro, mal puede causar la anulación de la decisión de retiro el no dejar registradas las razones para declarar la insubsistencia, tal y como lo ha expuesto el Consejo de Estado<sup>14</sup>.

## II. CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo que el apoderado del demandante en calidad de apelante único no expresó ningún cargo en concreto contra la sentencia, la Sala se contrae a:

Problema jurídico

i. Determinar si la facultad discrecional, de proferir la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez del cargo de Subdirector General de Infraestructura código 084 grado 06 del Instituto de Desarrollo Urbano, en los que proceda una investigación disciplinaria, debió quedar suspendida hasta tanto se resolviera de fondo; y,

ii. Si se afectó el servicio con la expedición del acto de insubsistencia, cuando en realidad no se demostró el presunto conflicto de intereses.

Previo a resolver los problemas jurídicos y para fines metodológicos se hace necesario para la Sala, a pesar de que no hay discusión sobre la naturaleza del cargo y a sabiendas de que es un hecho aprobado y aceptado por las partes, reafirmar la razón por la cual se da tal condición.

La Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, norma que se encontraba vigente para el momento en que se profirió el acto acusado, estableció en su artículo 3º su campo de aplicación así:

“(…)

ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

(…)



c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

(...)"

Por su parte, el artículo 5º *ibídem* clasificó los empleos como de carrera administrativa, con las siguientes excepciones:

"(...)

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

(...)

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

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

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

-

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

(...)" (Lo subrayado y en negrilla es de la Sala).

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta las disposiciones vigentes al momento de proferirse el acto administrativo hoy acusado, debe decirse que la naturaleza del cargo de Subdirector General de Infraestructura código 084 grado 06 del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, que venía desempeñando el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez, corresponde a los denominados de libre nombramiento y remoción en atención a la trascendencia de la misión institucional asignada al mismo y al alto grado de confianza que se exige frente a quien lo desempeñe, basta con analizar, además, el artículo 12 del Acuerdo 02 de 2009<sup>15</sup> para llegar a dicha conclusión:

"(...) ARTÍCULO 12 Subdirección General de Infraestructura. Tendrá las siguientes funciones:

· Apoyar a la Dirección General en la formulación de propuestas en relación con las políticas a adoptar por el Sector Movilidad y en la participación de la entidad en los Comités Sectoriales y comisiones. Intersectoriales de las calles forme parte el Instituto, así como en la formulación y definición de las políticas y estrategias encaminadas a lograr los objetos institucionales.

· Liderar y orientar la ejecución de los diseños de los proyectos de infraestructura, así como de mantenimiento, rehabilitación y monitoreo la infraestructura existente de los sistemas de Movilidad y de Espacio Público Construido a cargo de la entidad, verificando que los mismos incluyan los componentes, técnicos, arquitectónicos, urbanísticos, paisajísticos, de gestión predial, social, ambiental,

de tráfico y de seguridad integral.

· *Dirigir, coordinar y verificar la obtención de las aprobaciones y licencias de los diseños de proyectos a cargo de la entidad, que deban expedir las Empresas de Servicios Públicos y demás entidades competentes.*

· *Liderar y orientar la ejecución de los proyectos de infraestructura, así como los mantenimientos, rehabilitación y monitoreo de la infraestructura existente, de los sistemas de movilidad y de espacio público construido a cargo de la entidad, de conformidad con las políticas y estrategias adoptadas.*

· *Liderar y realizar las gestiones de coordinación con las empresas de servicios públicos, Transmilenio S.A., entidades del orden Nacional, Departamental y Distrital y con el sector privado, para la ejecución de los proyectos de infraestructura, así como para los de mantenimiento, rehabilitación y monitoreo de la infraestructura existente, de los sistemas de Espacio Público Construido a cargo de la entidad, incluyendo los lineamientos, especificaciones y requerimientos en materia de gestión predial, social, ambiental y de seguridad integral de los mismos.*

· *Apoyar las gestiones de coordinación con las empresas de servicios públicos, entidades de orden Nacional, Departamental, y Distrital, y con el sector privado, para la formulación y desarrollo de los proyectos de infraestructura, así como de mantenimiento, rehabilitación y monitoreo de la infraestructura existente a cargo de la entidad, de conformidad con las políticas y estrategias adoptadas.*

(...)”

Visto lo anterior, la Sala para desatar los problemas jurídicos planteados abordará los siguientes aspectos: i) de la facultad discrecional; y, ii) del caso en concreto.

i. **Facultad Discrecional.** Empleo de libre nombramiento y remoción. Límites constitucionales racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

*“(...) Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los 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 de 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. (...)”.*

La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay 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.

En estos casos, ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Resulta razonable afirmar que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*“(…) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

*(…)*

*PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (…)*”.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>16</sup>.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado<sup>17</sup> 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.

Por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, 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; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la “razonabilidad”.

Así las cosas, los límites de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción están dados en que la decisión debe adecuarse a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, de lo cual deberá dejarse constancia en la hoja de vida del funcionario de manera suficiente, concreta, cierta y concurrente al acto que origina el despido<sup>18</sup>, sin acudir a razones genéricas o abstractas que no expongan con claridad los hechos.

ii. Del caso en concreto.

A pesar de que en el recurso de apelación no se expresó algún cargo en concreto en contra de la sentencia proferida por el A - quo, de la interpretación del mismo se deduce que la ataca por dos razones, a saber, el primero, relacionado con que la facultad discrecional del nominador debió quedar suspendida hasta tanto se resolviera el proceso disciplinario que se inició en contra del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez; y el segundo, el que hace referencia a que como no se demostró el conflicto de intereses, el cual denotaría la afectación del servicio, no era viable proferir el acto acusado.

Pues bien, para efectos de resolver los puntos objeto de controversia, la Sala cuenta con los siguientes elementos probatorios:

i) Mediante Resolución 1248 del 14 de mayo de 2012 la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano nombró al señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez en el cargo de “(...) SUBDIRECTOR GENERAL DE LA ENTIDAD DESCENTRALIZADA CÓDIGO 084 GRADO 06 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFRAESTRUCTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA (...)”<sup>19</sup>.

ii) Por medio de Resolución 2757 del 11 de octubre de 2012, la misma autoridad administrativa, declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez<sup>20</sup>.

iii) A través de la Resolución 2760 del 11 de octubre de 2012 la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, revocó el acto administrativo de apertura del proceso de selección por licitación pública No IDU-LP-SGI-001-2012, contenido en la Resolución 2475 de 10 de septiembre de 2012, cuyo objeto era “LA EJECUCIÓN DE OBRAS Y ACTIVIDADES DE CONSERVACIÓN PARA LA MALLA VIAL ARTERIAL E INTERMEDIA EN LAS LOCALIDADES DE RAFAEL URIBE URIBE (UPZ 53 MARCO FIDEL SUAREZ Y UPZ 39 QUIROGA) SAN CRISTÓBAL, CANDELARIA Y SANTA FE”, por las siguientes razones<sup>21</sup>:

“(…)”

*Que mediante Resolución 4286 de 14 de octubre de 2011, por el cual se delegan unas funciones y se dictan otras disposiciones, la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, delegó en los (las) Subdirectores (as) Generales de Infraestructura de desarrollo urbano y gestión corporativa de acuerdo a sus funciones, la competencia para dirigir y adelantar la fase precontractual, celebrar los respectivos contratos y realizar trámites, actuaciones y actos administrativos requeridos para la debida ejecución de los contratos hasta su liquidación cuando sea igual o superior a 1.000 SMLV.*

-

*Que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, dio apertura a la Licitación Pública IDU-LP-SGI-001-2012, mediante Resolución 2475 de 10 de septiembre de 2012, cuyo objeto es “la ejecución de obras y actividades de conservación para la malla vial arterial e intermedia las localidades de Rafael Uribe Uribe (upz53 “marco Fidel Suarez y upz 39 Quiroga”) san Cristóbal, candelaria, y santa fe de Bogotá distrito capital 1 y 2”.*

*Que el 25 de septiembre de 2012 se efectuó el cierre de la licitación IDU-LP-SGI-001-2012, y los siguientes proponentes presentaron ofertas para cada uno de los grupos (1 y 2):*

(…)”

Que la Entidad evidencia la existencia de un conflicto de interés derivado de la relación profesional previa del ingeniero Francisco Javier Cifuentes Ramírez, con la firma CI GRODCO S. en C.A Ingenieros Civiles integrante de UNIÓN TEMPORAL CONSERVACIONES BOGOTÁ, quien participó del proceso contractual el diseño del contenido de los pliegos de licitación, y se encontraba hasta el día de hoy desempeñándose como ordenador del gasto referido y del Comité de Adjudicaciones con lo cual podría derivar en una afectación de los principios constitucionales y legales mencionados, así como a la percepción que sobre su observancia por parte del IDU pudiesen tener los participantes y el público en general.

(...)”.

iv) En virtud de la Resolución 2761 de 11 de octubre de 2012 la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano revocó el acto de apertura de licitación pública IDU-LP-SGI-0005-2012 contenido en la Resolución 2301 del 22 de agosto de 2012 cuyo objeto es la “CONSERVACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO: GRUPO 2 “TRONCAL DEL SISTEMA TRANSMILENIO CALLE 80, COMPRENDIDA ENTRE EL RIO BOGOTÁ Y LOS HÉROES; RUTAS AUXILIARES, ALIMENTADORAS, COMPLEMENTARIAS Y ESPECIALES: LOCALIDAD DE ENGATIVA Y BARRIOS UNIDOS”. Lo anterior por los motivos que se pasan a exponer:

“(…)”

Que mediante Resolución 4286 de 14 de octubre de 2011, por el cual se delegan unas funciones y se dictan otras disposiciones, la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, delegó en los (las) Subdirectores (as) Generales de Infraestructura de desarrollo urbano y gestión corporativa de acuerdo a sus funciones, la competencia para dirigir y adelantar la fase precontractual, celebrar los respectivos contratos y realizar trámites, actuaciones y actos administrativos requeridos para la debida ejecución de los contratos hasta su liquidación cuando sea igual o superior a 1.000 SMLV.

-

Que el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, dio apertura a la Licitación Pública IDU-LP-SGI-005-2012, mediante Resolución 2301 de 22 de agosto de 2012, cuyo objeto es “CONSERVACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO: GRUPO 2 “TRONCAL DEL SISTEMA TRANSMILENIO CALLE 80, COMPRENDIDA ENTRE EL RIO BOGOTÁ Y LOS HÉROES; RUTAS AUXILIARES, ALIMENTADORAS, COMPLEMENTARIAS Y ESPECIALES: LOCALIDAD DE ENGATIVA Y BARRIOS UNIDOS”.

Que el 14 de septiembre de 2012 se efectuó el cierre de la licitación IDU-LP-SGI-005-2012, y los siguientes proponentes presentaron ofertas para cada uno de los grupos (1 y 2):

(…)”

Que la Entidad evidencia la existencia de un conflicto de interés derivado de la relación profesional previa del ingeniero Francisco Javier Cifuentes Ramírez, con la firma CI GRODCO S. en C.A Ingenieros Civiles integrante de UNIÓN TEMPORAL CONSERVACIONES BOGOTÁ, quien participó del proceso contractual el diseño del contenido de los pliegos de licitación, y se encontraba hasta el día de hoy desempeñándose como ordenador del gasto referido y del Comité de Adjudicaciones con lo cual podría derivar en una afectación de los principios constitucionales y legales mencionados, así como a la percepción que sobre su observancia por parte del IDU pudiesen tener los participantes y el público en general.

(…)”.

Pues bien, con fundamento de lo anterior, la Sala analizará cada uno de los argumentos propuestos en el recurso de apelación conforme al citado material probatorio:

a) De la actuación disciplinaria y la facultad discrecional.

En el presente caso el apoderado del demandante sustenta esta causal en el hecho de que como no fue declarado responsable disciplinariamente en el proceso que se adelantó en su contra, no podía declararse insubsistente su nombramiento.

Esta Corporación en anteriores oportunidades<sup>22</sup> ha establecido las diferencias entre el ámbito que comprende la facultad discrecional y el que regula la potestad disciplinaria y en este sentido, se advierte que mediante la primera, la administración cuenta con la libertad de escoger en virtud del atributo de la conveniencia, lo mejor para el servicio, atendiendo que cuando una decisión de carácter general o particular sea de esta naturaleza, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, conforme a las preceptivas que señala el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>23</sup>.

A su turno, ha expresado, que la potestad disciplinaria tiene por finalidad sancionar las actuaciones de los funcionarios que conlleven el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones y la incursión en prohibiciones; por ende, la falta disciplinaria se enmarca en la preservación de reglas de conducta que debe seguir el servidor público y que guardan relación con los principios que guían la función administrativa, con lo que se busca, en suma, la protección de la función pública y sancionar el menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por las actuaciones irregulares de sus funcionarios que se realicen a título de dolo o culpa; es decir, es de la esencia de la falta disciplinaria, que el comportamiento irregular del funcionario que se le atribuye subjetivamente se encuentre debidamente probado, bien por causa correlativa de la omisión del deber que le correspondía o por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En relación a la utilización concomitante de la facultad discrecional y del diligenciamiento disciplinario, ésta Corporación en sentencia de 27 de marzo de 2003, con ponencia del Consejero Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, dentro del proceso radicado con el No. 5003-01, señaló que procede cuando el hecho en que incurre el servidor afecta el servicio, de manera clara y notoria, de tal forma que se aprecie sin dificultad, que con la medida discrecional se trata de solucionar situaciones que se encuentran atentando contra la actividad funcional de la entidad y que por tal motivo, requieren ser apreciadas a primera vista; que lo contrario, es decir, hacer uso de la facultad discrecional, cuando no sea evidente la afectación del servicio, con el hecho materia de investigación disciplinaria, deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, porque es presupuesto para configurar la falta disciplinaria la imputación a título de dolo o culpa y el uso del poder discrecional en la forma anotada, soslaya la demostración de tales elementos.

Así, los presuntos actos de corrupción que se endilguen a los servidores públicos, entre otros, son de la cuerda del proceso disciplinario, porque todo comportamiento de esta naturaleza es atentatorio de *"la imagen institucional"*, está implícito en toda falta disciplinaria y, por ello, si no se afecta el servicio, someterlos al rigor de la discrecionalidad desconoce que el dolo y la culpa deben probarse en contra del sujeto disciplinado.

Dentro de este contexto, ha sido enfática ésta Corporación<sup>24</sup> en señalar, que la facultad discrecional con que está investida la autoridad pública, es diferente a la potestad disciplinaria o penal y que una y otra, no se suspenden en su ejercicio, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta disciplinaria otorgara estabilidad, planteamiento que reñiría con la ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública.

Además, no puede afirmarse que en todos los casos en que un hecho sea disciplinable o sancionable penal o disciplinaria la institución deba esperarse a que finalice la investigación para retirar al funcionario, pues, dadas las particularidades del caso y el grado de afectación del servicio, es viable ejercer también la facultad discrecional, siempre y cuando ella sea razonable y proporcional a los hechos que rodean el caso<sup>25</sup>.

Al respecto, la Sala reitera que frente a los cargos de libre nombramiento y remoción el nominador cuenta con un amplio margen de libertad para adoptar una pluralidad de decisiones en el manejo de su personal, dentro de las cuales se encuentra la de remover a sus colaboradores, sin que ello implique un prejuzgamiento del proceso disciplinario, una violación a la dignidad humana o un desconocimiento del principio de presunción de inocencia.

En consecuencia, no puede establecerse como regla que cuando se advierta la posible comisión de una falta disciplinaria se deba adelantar primero el respectivo proceso y no disponer el retiro en forma discrecional, pues se trataría de una restricción carente de respaldo normativo<sup>26</sup>.

Se insiste, no era necesario esperar los resultados de un proceso disciplinario para declarar insubsistente el nombramiento del demandante,

pues su ejercicio no significa la imposición de una sanción, ni implicaba el adelantamiento de un procedimiento en tal sentido. Es de resaltar que la facultad discrecional que la ley confiere al nominador no encuentra limitación alguna en la Ley 734 de 2002, precisamente, porque persiguen finalidades distintas.

En conclusión la actuación disciplinaria y la facultad discrecional son instituciones jurídicas independientes, autónomas y reguladoras de aspectos diversos de la ley, pues la atribución discrecional permite al nominador escoger a sus colaboradores y prescindir de estos, por razones del buen servicio, al paso que la actuación disciplinaria tiene por naturaleza la vigilancia de la conducta de los servidores oficiales; independientemente que puedan coincidir en constituir causales de retiro o desvinculación del servicio. Así es que no había obligación de sobreponer la acción disciplinaria sobre la facultad discrecional; lo que si debía cursarse era el proceso disciplinario en forma independiente, pues era deber de la Directora General de Desarrollo Urbano iniciar de oficio o poner en conocimiento de la autoridad competente la presunta irregularidad.

b) De la no afectación del servicio en tanto no se demostró el conflicto de intereses.

En el *sub lite*, el demandante consideró que no era procedente proferir el acto que lo declaró insubsistente, en la medida en que no se demostró el presunto conflicto de intereses que existió por haber sido Director Comercial de la firma CI GRODCO S en CA y adelantar las licitaciones públicas IDU-LP-SGI-001-2012<sup>27</sup> y IDU-LP-SGI-005-2012<sup>28</sup>.

En virtud de lo anterior, resulta necesario citar los argumentos que fueron tenidos en cuenta para revocar los citados procesos licitatorios:

*“(…) Que una vez recibidas las ofertas, la Dirección Técnica de Procesos Selectivos del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, procedió a nombrar comité evaluador para realizar la verificación de requisitos habilitantes y evaluación de dichas ofertas que dio como habilitados en el grupo 1 a los proponentes (i) UNION TEMPORAL CONSERVACIONES DE BOGOTA, conformada por los integrantes: CI GRODCO S. en C.A Ingenieros Civiles y Organización Integral Constructora Cooperativa COPEMUN. (ii) consorcio conservaciones 2012, (iii) ICEIN S.A.S. (...) Para el grupo 2 se dio como habilitados a los proponentes: (i) UNIÓN TEMPORAL CONSERVACIONES DE BOGOTÁ, conformada por los integrantes: CI GRODCO S. en C.A Ingenieros Civiles y Organización Integral Constructora Cooperativa COPEMUN.*

*(…)*

*Que el Ingeniero Francisco Javier Cifuentes Ramírez, participó en su calidad de Subdirector General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, y como delegado para la ordenación del gasto de los temas de infraestructura de obras que contrata la Entidad, en las estructuración y elaboración de los documentos preparatorios y precontractuales de la Licitación Pública IDU-LP- SGI-001-2012, estos es (sic) los estudios de mercado, los estudios previos, el proyecto de pliego de condiciones, el pliego de condiciones definitivo y los anexos técnicos.*

*(…)*

*Que la Entidad evidencia la existencia de un conflicto de interés derivado de la relación profesional previa del ingeniero Francisco Javier Cifuentes Ramírez, con la firma CI GRODCO S. en C.A Ingenieros Civiles integrante de UNIÓN TEMPORAL CONSERVACIONES BOGOTÁ, quien participó del proceso contractual el diseño del contenido de los pliegos de licitación, y se encontraba hasta el día de hoy desempeñándose como ordenador del gasto referido y del Comité de Adjudicaciones con lo cual podría derivar en una afectación de los principios constitucionales y legales mencionados, así como a la percepción que sobre su observancia por parte del IDU pudiesen tener los participantes y el público en general.*

*(…)”.*

Nótese que, tal y como lo consideró el *A quo*, existió un nexo temporal entre la revocatoria de los procesos licitatorios IDU-LP-SGI-001-2012<sup>29</sup> y IDU-LP-SGI-005-2012 con la declaratoria de insubsistencia, pues ambos fueron proferidos el 11 de octubre de 2011, con lo cual se puede concluir que la salida del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez se debió a la existencia de un conflicto de intereses, tal y como se anotó en el citado acto administrativo.

Para la Sala es evidente que la nominadora contaba con suficientes pruebas como para perder la confianza sobre el demandante y, en consecuencia, profiriera el acto acusado, tal es el caso, por un lado, de la certificación que reposaba en la hoja de vida de éste de la firma CI GRODCO S en CA en donde se demuestra que estuvo laborando como Director Comercial justo antes de entrar a laborar al Instituto de Desarrollo Urbano, y por otro, de la aprobación de los estudios<sup>30</sup>, la autorización de la licitación<sup>31</sup>, y la orden de apertura de la licitación<sup>32</sup> por medio de la Resolución 2301 de 22 de agosto de 2012, sin desconocer que estuvo reunido con otros funcionarios en aras de aclarar la matriz de riesgos definitiva y el contenido del pliego de condiciones del proceso IDU-LP-SGI-005-2012<sup>33</sup>, entre otros.

Es posible que disciplinariamente no sea reprochable tal particularidad, pero siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la nominadora de por terminada la relación laboral con el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder.

Por tal motivo no es de recibo el argumento del recurrente, según el cual, no debió habersele declarado insubsistente en tanto que él no tuvo injerencia dentro de los procesos licitatorios IDU-LP-SGI-001-2012 y IDU-LP-SGI-005-2012, o en su defecto, que no se demostró el conflicto de intereses, pues, tal y como se anotó anteriormente, tal afirmación es contraria a la realidad como quiera que en efecto sí tuvo una participación activa dentro de los mencionados procesos y, además, a sabiendas de su condición, esto es, ex empleado de la firma CI GRODCO S en CA, no se declaró o expresó en ningún momento su condición de impedido.

Es posible que en realidad el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez no hubiese tenido ninguna intención de favorecer a la citada firma, pero en todo caso debió expresar tal condición indistintamente de que le fuera admitida o no, máxime cuando este era el ordenador del gasto en dichos procesos, lo cual le brindaría la confianza al nominador de que no existía algún fin ajeno al buen servicio.

Debe señalarse a la altura de lo enunciado que ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación<sup>34</sup> en manifestar que las facultades discrecionales no son omnímodas, sino que tienen que estar encaminadas a la buena prestación del servicio público, por lo cual cabe estudiar el vicio de ilegalidad del acto demandado frente al cargo del uso indebido que hace el nominador de tal potestad. Así mismo, ha insistido la jurisprudencia que cuando se trate de cargos que implican una especial responsabilidad y dignidad, como era el caso del demandante, las exigencias para ejercer la potestad discrecional se tornan más amplias.

Detentar la investidura de un alto cargo impone al funcionario ceder su interés particular ante cualquier situación en que se vea comprometido el interés público, ya que la pulcritud en el desempeño de estos empleos debe ser mayor que la que deben acusar los demás funcionarios; por ende, el presunto conflicto de intereses del señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez si era una razón para que fuera retirado del cargo que venía ocupando, como quiera que los funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía en una institución, implica compromisos mayores y riesgos de los cuales no pueden sustraerse dichos servidores estatales, debido, precisamente, a que su desempeño se torna de conocimiento público y que cualquier actuación puede dar lugar a situaciones incómodas para el organismo y para el nominador, en este caso la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano -IDU-, a quien no se le puede pedir una conducta distinta que actuar en aras del interés general.

Vale la pena señalar que la situación en la que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral, no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo.

No resulta oportuno estudiar, en aras de establecer si la medida de la declaratoria de insubsistencia fue proporcional, si el Comité de Adjudicaciones se conformó o, si en su defecto, los procesos licitatorios IDU-LP-SGI-001-2012 y IDU-LP-SGI-005-2012 tuvieron algún efecto jurídico, pues lo cierto fue que para el nominador el presunto conflicto de intereses ocasionó la pérdida de la confianza en el demandante. Y esta circunstancia, constituye razón de buen servicio para retirarlo del cargo, pues para lograr la buena prestación del mismo, se requiere que quien tiene a su cargo la Subdirección General de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano, tenga en cada uno de sus colaboradores absoluta confianza y credibilidad en su comportamiento, pues sólo así se puede lograr la armonía necesaria para cumplir los objetivos y cometidos de la administración, cuestión que debe ser prevalente para quienes son responsables de conducir o dirigir los organismos e instituciones oficiales.



Así pues, la decisión adoptada por la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano respondió entonces, por un lado, a los fines de la norma que otorga el retirar a un funcionario de libre nombramiento y remoción sin motivación alguna y, del otro, a la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se cuestionó al servidor y la consecuencia jurídica que se generó, dado que en todo caso se debió revocar unos procesos licitatorios por la falta de cuidado del demandante al no declararse impedido en éstos.

Se insiste, los cargos de libre nombramiento y remoción, como el ocupado por el demandante, están destinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales, y en tal contexto, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacia el mismo propósito. Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral.

Por ende, si bien la desviación de poder está llamada a ser utilizada con el fin de salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa, también es cierto que el acto por medio del cual fue declarado insubsistente el actor, no adolece de esta causal de nulidad en tanto obedeció a los fines generales y de interés público; es decir, que lo que buscó el nominador en uso de su facultad discrecional, fue mejorar el servicio público.

Así las cosas, al no configurarse los cargo formulados y mantenerse incólume la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del *A - quo*, que negó las pretensiones de la demanda.

Finalmente, y atendiendo el criterio de especialización laboral, se le atribuye la competencia a la Sección Segunda de esta Corporación y a la Subsección que le corresponde de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 2003, no obstante, en el caso *sub examine* el Consejero César Palomino Cortés manifiesta su impedimento para conocer del presente asunto, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que conoció el proceso de la referencia cuando hizo parte de la Sala que profirió la providencia en primera instancia que negó las pretensiones en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por lo anterior, la Sala que decidirá esta sentencia será integrada por la ponente y el Consejero Carmelo Perdomo Cuéter.

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

FALLA

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el Consejero César Palomino Cortés.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de 14 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Francisco Javier Cifuentes Ramírez en contra del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

CARMELO PERDOMO CUÉTER    CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Impedido)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Informe visible a folio 1224.

2 Demanda visible a folios 917 a 944.

3 El abogado Luis Fernando Vargas Rodríguez.

4 Ejecutar las obras y actividades de conservación para la malla vial arterial e intermedia en las localidades de Rafael Uribe, San Cristóbal, Candelaria y Santa Fe.

5 La conservación de la infraestructura del sistema integrado de transporte público: grupo 2 *“Troncal del sistema Transmilenio Calle 80, comprendida entre el día de Bogotá y los Héroes; rutas auxiliares, alimentadoras, complementarias y especiales: localidades de Engativá y Barrios Unidos”*.

6 Sobre el tema, citó la sentencia T-1202 de 2000.

7 Folios 973 a 1011.

8 Unión temporal conservaciones de Bogotá y Unión Temporal SITP Mantenimientos.

9 Ejecutar las obras y actividades de conservación para la malla vial arterial e intermedia en las localidades de Rafael Uribe, San Cristóbal, Candelaria y Santa Fe.

10 La conservación de la infraestructura del sistema integrado de transporte público: grupo 2 *“Troncal del sistema Transmilenio Calle 80, comprendida entre el día de Bogotá y los Héroes; rutas auxiliares, alimentadoras, complementarias y especiales: localidades de Engativá y Barrios Unidos”*.

11 Visible a folios 1145 a 1152. del expediente.

12 Visible a folios 1162 a 1164 del expediente.

13 Folios 1215 a 1223.

14 CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 23 de febrero de 2001, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

15 *“(…) Por el cual se establece la Estructura Organizacional del Instituto de Desarrollo Urbano, las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones (…)”*.

<sup>6</sup> Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, No. INTERNO: 1847-2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

17 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-372 de 2012.

18 Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

19 Visible a folio 2 del cuaderno 2.

20 Visible a folios 6 del cuaderno 2.

21 Visible a folios 414 a 422 del cuaderno 2.

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 18 de febrero de 2010, dentro del proceso radicado con el No. Interno 0205-08, Subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

23 *"(...) Artículo 44. Decisiones discrecionales. 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. (...)".*

<sup>24</sup> Ver sentencias 529-00 del 13 de julio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado y de 18 de febrero de 2010, dentro del proceso radicado con el No. Interno 0205-08, Subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>25</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 2010, dentro del proceso radicado con el No. 0938-10 con ponencia del Consejero Dr. Víctor Alvarado Ardila.

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E), Sentencia de 12 de junio de 2014, Radicación No: 2010-00544-01 (1132-13), Actor: Mayfren Padilla Téllez.

27 Ejecutar las obras y actividades de conservación para la malla vial arterial e intermedia en las localidades de Rafael Uribe, San Cristóbal, Candelaria y Santa Fe.

28 La conservación de la infraestructura del sistema integrado de transporte público: grupo 2 *"Troncal del sistema Transmilenio Calle 80, comprendida entre el río de Bogotá y los Héroes; rutas auxiliares, alimentadoras, complementarias y especiales: localidades de Engativá y Barrios Unidos"*.

29 Ejecutar las obras y actividades de conservación para la malla vial arterial e intermedia en las localidades de Rafael Uribe, San Cristóbal, Candelaria y Santa Fe.

30 Visible a folios 580 a 612.

31 Visible a folios 613 a 616.

32 Visible a folios 619 a 623.

33 Visible a folios 624 a 634,

34 CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 6 de mayo de 2010 Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00411-02(0867-08). Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez y Sentencia de 7 de julio de 2005, Radicación 2263-04, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

Relatoria JORM

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-27 12:20:45