



Sentencia 2014-00135 de 2020 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - Ejercicio de la facultad discrecional / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN - No sujeto al deber de motivación / ANOTACIÓN EN LA HOJA DE VIDA DE LOS MOTIVOS DE LA REMOCIÓN DEL CARGO - Antecedente laboral / CONTRALOR PROVINCIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - Empleo de libre nombramiento y remoción

Es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción es fruto del ejercicio de la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público. En otras palabras, el acto por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser inmotivado por el nominador, y el deber de explicar los motivos en la hoja de vida del empleado de las causas que originaron la desvinculación no hace parte de la esencia misma del acto, sino tan solo constituye un antecedente laboral que debe plasmarse en su hoja de vida. (...). En el asunto sometido a consideración, no existe discusión de que el empleo ocupado por el actor al momento de la expedición del acto administrativo ahora cuestionado, esto es, contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Norte de Santander, tenía un carácter ordinario y, por lo tanto, era de naturaleza de libre nombramiento y remoción, lo anterior con base en la normativa aplicable y en los documentos obrantes dentro del expediente que dan cuenta de ello, razón por la cual la ausencia de los motivos de la insubsistencia no vicia la decisión de retiro del servicio de un empleado de esta categoría, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo, razón por la cual este cargo no tiene vocación de prosperidad.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los límites al ejercicio de la facultad discrecional en la remoción del personal de confianza y manejo, ver: Corte constitucional, sentencia de tutela T-372 de 2012, y C. de E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 20 de agosto de 2015, radicación: 1847-12, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 1 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 4 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / DECRETO 268 DE 2000 - ARTÍCULO 3 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 26

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / BUEN DESEMPEÑO DEL CARGO - No genera fuero de estabilidad / INSUBSISTENCIA - Mejoramiento del servicio / DESVIACIÓN DE PODER - Carga de la prueba

Si bien el demandante contaba con los requisitos esenciales para desempeñar el cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental Norte de Santander, como se demostró con su hoja de vida allegada al expediente, ello no es determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia del actor en el ejercicio de su cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo. Ahora bien, cabe resaltar que el funcionario designado por la contralora general de la República para el desempeño de las funciones del empleo antes referido, esto es, el señor Juan Carlos Prada Ávila, una vez el demandante fue desvinculado, además de tener los requisitos mínimos, como lo afirmó el apoderado de la entidad demandada, era un profesional preparado y capacitado con experiencia significativa para el desarrollo de las funciones, como se puede observar en la hoja de vida de aquél obrante, igualmente, dentro del expediente. (...). En ese orden de ideas, no se demostró que con el retiro del actor y el posterior nombramiento del señor Prada Ávila, se haya presentado una desmejora del servicio, pues, como se mencionó, este último cumplía con los conocimientos para ejercer el empleo, además de que tenía una larga experiencia profesional, razón por la cual no es dable definir una afectación del servicio con ocasión del acto administrativo ahora demandado, ya que se presume que fue expedido con fundamento en supuestos de hecho reales, objetivos, ciertos y en aras del buen servicio público. NOTA DE RELATORÍA: Sobre la desviación de poder al demandarse la anulación de acto de insubsistencia, ver: C. de E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 23 de febrero de 2011, radicación: 0734-10, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00135-01(3598-15)

Actor: LUIS ALFONSO RONDÓN MÁRQUEZ

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Insubsistencia

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, quien actúa por intermedio de apoderado, contra la sentencia proferida el veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015), por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Luis Alfonso Rondón Márquez formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución N.º 2953 de 8 de noviembre de 2013, emitida por la contralora general de la República, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como contralor provincial Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia

Departamental de Norte de Santander.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó ordenar a la Contraloría General de la República que disponga su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado, así como los perjuicios morales a los que se vio sometido con la decisión ahora acusada; y declarar que no existió solución de continuidad.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

Se vinculó laboralmente a la Contraloría General de la República desde el 9 de noviembre de 2011, en el cargo de contralor provincial Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Norte de Santander.

El 14 de marzo de 2013, la contralora general de la República destacó la gestión fiscal desarrollada por la Gerencia Departamental de Norte de Santander, especialmente en la provincial en la cual él estaba a cargo.

El 1.º de agosto del mismo año, fue encargado de las funciones de gerente Departamental, durante los días 5 y 6 de agosto.

Posteriormente, mediante Resolución N.º 2953 de 8 de noviembre de 2013, proferida por la contralora general de la República, que le fue notificada vía correo electrónico, su nombramiento fue declarado insubsistente.

Hasta el 9 de enero de 2014, a través de Resolución N.º 071, la contralora general de la República nombró, en su reemplazo, al señor Juan Carlos Prada Ávila, quien solamente contaba con 9 años de experiencia.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 40, 53, 90, 125 y 209; 44 de la Ley 1437 de 2011; 1, 2, 3, 12, 13, 16, 17 y 19 del Decreto 268 de 2000; 1.º del Decreto 3006 de 2011; 128 de la Ley 1474 de 2011; y 38 de la Ley 996 de 2005.

Al desarrollar el concepto de violación, adujo que se infringieron normas de rango superior, en tanto que la contralora general de la República al emitir el acto administrativo ahora acusado actuó en contravía de los preceptos constitucionales y legales relacionados con el respeto al trabajo y a la estabilidad laboral, al desvincularlo por motivos caprichosos y arbitrarios, ajenos al buen servicio y sin tener en cuenta su alto sentido de responsabilidad, probidad, idoneidad, capacidad y experiencia en la Institución, que le permitían continuar laborando en dicho empleo.

Aunado a lo anterior, señaló que no se tuvo en cuenta que la normativa aplicable permite a la contralora general de la República ejercer la facultad discrecional de manera restrictiva y no absoluta, razón por la cual no era dable que su nombramiento fuera declarado insubsistente, pues el retiro debe obedecer al mérito.

Consideró que se configuró una desviación de poder, en la medida en que su retiro no fue como consecuencia del mejoramiento del servicio, sino por intereses eminentemente personales, pues la persona que fue nombrada en su reemplazo solamente tenía 9 años de experiencia profesional y él contaba con 30 años de experiencia.

Manifestó que su desvinculación se produjo 4 meses antes de los comicios electorales para el Congreso de la República, desconociéndose con ello la Ley de garantías.

Finalmente, afirmó que se incurrió en falta de motivación vulnerándose su derecho al debido proceso y defensa, toda vez que en el acto administrativo demandado no se le expusieron las razones por las cuales su nombramiento fue declarado insubsistente.

1.2. Contestación de la demanda

La apoderada de la Contraloría General de la República se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa los siguientes¹:

Sostuvo que en el escrito de demanda se dijo que la trayectoria laboral, perfil profesional y experiencia del señor Rondón Márquez eran suficientes para que le asistiera estabilidad laboral en la entidad, desconociendo lo previsto en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, que disponen que los titulares de los cargos de libre nombramiento y remoción carecen del privilegio de la estabilidad, motivo por el cual pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados.

Así las cosas, adujo que la desvinculación del demandante se produjo en ejercicio de la potestad discrecional de libre remoción que tiene el nominador respecto del empleo que ocupaba y también con el fin de mejorar la prestación del servicio.

Insistió que, de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, los actos de declaratoria de insubsistencia, como ocurrió en este caso, no requieren de motivación, razón por la cual no se configuró una falta de motivación.

Afirmó que la ley de garantías solo resulta aplicable para la Rama Ejecutiva del poder Público, no siendo viable manifestar que en este caso la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor se produjo de manera ilegal por haber sido efectuada dentro del calendario electoral.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 23 de julio de 2015, denegó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos²:

Sostuvo que la decisión adoptada por la contralora general de la República obedeció a la facultad discrecional que le otorgaba el Decreto 1950 de 1973 en su Artículo 107 y el Decreto 267 de 2000, Artículo 35, para declarar la insubsistencia de un nombramiento de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Indicó que la experiencia e idoneidad profesional del señor Rondón Márquez no significaban su permanencia inamovible en el empleo ocupado en la Contraloría General de la República, pues de acuerdo con la naturaleza del cargo, el buen desempeño no era motivo suficiente para otorgar una estabilidad y el nominador podía hacer uso de la facultad discrecional para removerlo, sin estar obligado a manifestar los motivos de su decisión.

Adujo que el retiro del servicio del demandante no podía equipararse a la normativa relacionada con un empleo de carrera administrativa, en tanto que este último cuenta con formalidades propias, siendo este el motivo para que no se configure la trasgresión de lo dispuesto en el Decreto 268 de 2000, como lo quiere hacer ver la parte actora.

Dijo que al revisar el contenido de las hojas de vida allegadas al plenario, se observa que tanto Luis Alfonso Rondón Márquez como Juan Carlos Prada Avila, quien fue nombrado posteriormente, en el cargo del primero, reúnen los requisitos para ocupar el empleo.

Ahora, si bien es cierto el señor Rondón Márquez cuenta con más experiencia profesional y laboral que el referido, también lo es que sus perfiles son distintos y ambos, se insiste, cumplen con los requisitos para ejercer el cargo de contralor provincial de la Gerencia Departamental de Norte de Santander, siendo el nominador quien decide qué perfiles prefiere en un momento para un determinado cargo de libre nombramiento y remoción.

Sostuvo que al revisar el contenido de los Artículos 32, 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, Ley de Garantías Electorales, respecto de la prohibición de nombramiento y retiro del servicio en etapa preelectoral, observó que a pesar de que existe la mencionada restricción, esta solo opera para la Rama Ejecutiva del poder público de la cual no hace parte la Contraloría General de la República.

1.4. El recurso de apelación

El señor Luis Alfonso Rondón Márquez, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³, que sustentó en que el *A quo* no tuvo en cuenta que la entidad demandada incurrió en falta de motivación y con ello en violación del derecho al debido proceso, al expedir el acto administrativo cuestionado sin darle a conocer los motivos de la decisión de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

Señaló que la facultad del nominador de la que se hace referencia en el Artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, debe ser restrictiva, pues si bien existe la facultad de retiro discrecional respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción, el ejercicio de esta facultad no puede comprender un acto arbitrario y desproporcionado.

Adujo que se trasgredió el principio de confianza legítima, toda vez que pese a que fue felicitado en reiteradas oportunidades por su labor profesional, fue retirado de la entidad sin que hubiera motivo alguno.

Aunado a lo anterior, afirmó que no demostró el mejoramiento del servicio, en tanto que la persona que fue nombrada en su reemplazo, Juan Carlos Prada Ávila, tenía una experiencia profesional muy inferior a la suya.

Manifestó que debe analizarse el testimonio del señor Gerardo Alberto Villamizar que fue rendido dentro del trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que demuestra la animadversión de sus superiores frente a aquél.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La parte demandante⁴

Reiteró lo expuesto en el escrito de demanda y en el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia emitida en primera instancia, que denegó sus pretensiones.

1.5.2. De la parte demandada

Pese a que mediante Auto de 30 de septiembre de 2016⁵, el Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, la entidad demandada guardó silencio.

1.6. El Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si con la expedición del acto administrativo acusado, la entidad demandada incurrió en: (I) falta de motivación; (II) falsa motivación, en la medida en que la desvinculación del demandante no fue producto del mejoramiento del servicio; y (III) desviación de poder, en tanto que la facultad discrecional no fue ejercida conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales.

2.2. Marco normativo

2.2.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción.

El Artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

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.

(...)

Parágrafo (adicionado por el Artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). 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.

A su turno el Artículo 1.º de la Ley 909 de 2004 clasifica los empleos públicos de la siguiente forma:

ARTÍCULO 1.º. Objeto de la ley.

(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales". (Negritas fuera del texto).

Y el Artículo 5.º *ibídem*, preceptúa:

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

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

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 Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; (...); Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

Como puede observarse, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, 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, 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 al nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En armonía con el anterior 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 identificado⁶ 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.

A su turno, el Artículo 36 del CCA –hoy en día Artículo 44 del CPACA- 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 para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en particular, en relación con la Contraloría General de la República, el Artículo 268 de la Constitución Política consagra que dicha entidad goza de un régimen especial de carrera administrativa, el cual se encuentra contemplado en el Decreto 268 de 2000, que a su vez en su Artículo 3.º dispone cuáles son los cargos de carrera administrativa y cuáles son sus excepciones, así:

Cargos de Carrera Administrativa. Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que se enumeran a continuación:

Vicecontralor

Contralor Delegado

Secretario Privado

Gerente

Gerente Departamental

Director

Director de Oficina

Asesor de Despacho

Tesorero

Los empleos cuyo ejercicio implique especial confianza o que tengan asignadas funciones de asesoría para la toma de decisiones de la entidad o de orientación institucional y estén creados en los Despachos del Contralor General, del Vicecontralor, del Secretario Privado, de la Gerencia del Talento Humano y de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera.

En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:

1. Aquellos que sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, de manejo o de especial confianza.

2. Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dinero y valores del Estado.

3. Aquellos que no pertenezcan a los organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personal de los servidores de la Contraloría General de la República.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. En relación con la vinculación laboral del demandante

De conformidad con la certificación expedida por la gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el señor Luis Alfonso Rondón Márquez estuvo vinculado laboralmente en la entidad, en los siguientes cargos⁷:

- Auditor Especial, Nivel Ejecutivo, Grado 06, desde el 30 de noviembre de 1990.
- Jefe de División Seccional, Nivel Ejecutivo, Grado 14 en la División de Control Fiscal Norte de Santander, del 13 de julio de 1994 al 31 de enero de 1995.
- Contralor Provincial, Nivel Directivo, Grado 01 en el Despacho del Gerente de la Gerencia Departamental Colegiada de Norte de Santander, desde el 9 de noviembre de 2011 hasta el 8 de noviembre de 2013.

2.3.2. En relación con el acto administrativo acusado

A través de Resolución N.º 0981 de 8 de noviembre de 2011, la contralora general de la República nombró al señor Luis Alfonso Rondón Márquez en el cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental Norte de Santander⁸.

El 9 del mismo mes y año, el señor Rondón Márquez se posesionó en dicho empleo⁹.

Mediante Resolución N.º 2953 de 8 de noviembre de 2013, la contralora general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario del señor Luis Alfonso Rondón Márquez, en el cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Norte de Santander¹⁰.

Por Resolución N.º. 0071 de 9 de enero de 2014, la contralora general de la República nombró, con carácter ordinario, al señor Juan Carlos Prada Ávila, en el cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental Colegiada de Norte de Santander¹¹.

2.3.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial

2.3.3.1. Documentales

- Hoja de vida del señor Juan Carlos Prada Ávila¹².

- Certificación emitida por el director de Gestión del Talento Humano de la Contraloría General de la República, a través de la cual sostuvo: «(...) este Despacho certifica que el doctor Juan Carlos Prada Ávila reemplazó al accionante Luis Alfonso Rondón Márquez, en el cargo de contralor provincial de la Gerencia Departamental del Norte de Santander y cumplió con los requisitos exigidos para tomar posesión del cargo»¹³.

- Certificación expedida por el presidente Gerencia Departamental Colegiada de la Contraloría General de la República, dentro de la cual se señaló: «En virtud de la normatividad precedente fue dispuesta la organización de la Gerencia Departamental Colegiada de Norte de Santander, la cual quedó conformada por un gerente departamental y tres contralores provinciales, los cuales ostentan un carácter directivo colegiado, lo cual se traduce en que las decisiones serán proferidas dentro de las sesiones ordinarias y extraordinarias, que para tal fin programa de gerencia, en virtud de lo descrito en el capítulo II de la Resolución Orgánica 6541 de 2012, en la que se someten a consideración de los Directivos Colegiados los asuntos dentro del trámite del control fiscal micro; la recepción y trámite de quejas y denuncias ciudadanas; la ejecución del control fiscal posterior excepcional; la indagación preliminar fiscal; el proceso de responsabilidad fiscal (...)»¹⁴.

- Informe de gestión suscrito por el señor Juan Carlos Prada Ávila¹⁵.

- Certificación proferida por el director de Gestión del Talento Humano, en la que se afirmó: «Con respecto al punto 3º por medio del cual se solicita certificación del rendimiento laboral del funcionario Juan Carlos Prada Ávila contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de esa Gerencia, es necesario distinguir que los empleos según su naturaleza se clasifican en dos grupos, como son: de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa. Los empleos de libre nombramiento y remoción integran la órbita administrativa de la provisión discrecional del nominador y los de carrera administrativa son evaluados de acuerdo a la Resolución Reglamentaria 0043 del 28 de agosto de 2006»¹⁶.

2.3.3.2. Testimoniales

En la audiencia de pruebas adelantada el 26 de enero de 2015, por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se practicó el siguiente testimonio¹⁷:

- Gerardo Alberto Villamizar:

(...) con Luis Alfonso Rondón Márquez solo fuimos compañeros del cuerpo colegiado en la gerencia departamental de la contraloría General de la República. Preguntado. De donde conoce al señor Luis Alfonso Rondón Márquez. Contestó. Yo fui nombrado contralor provincial el 19 de diciembre de 2012 llegue a la gerencia departamental de la contraloría General de la República y él en ese momento se desempeñaba como contralor provincial también, de ahí fue que yo lo conocí. Tiene la palabra el apoderado de la parte actora para interrogar al testigo. Preguntado. Puede indicar al despacho en qué fecha fue la que trabajó. Contestó. Si, como lo dije, yo fui nombrado contralor provincial (...) el 19 de diciembre de 2012 y salí el 10 de julio de 2014 (...) Preguntado. Durante cuánto tiempo trabajó con el señor Luis Alfonso Rondón en la Contraloría (...) contestó. (...) pues casi un año fue compañero mío como contralor provincial (...) se diseñó una metodología, incluso fui yo uno de los que aportó esa idea porque yo trabaje en la Rama judicial (...) para cumplir metas (...) entonces diseñamos el cumplimiento de fallos para sacar mensualmente fallos (...) porque antes del periodo de la señora contralora (...) pues en materia de decisiones fiscales no eran muchas las que salían (...) entonces se diseñó esa metodología nosotros empezamos a cumplir metas de sacar 4 o 5 decisiones mensuales y todo fue pues una metodología que se denominó después la metodología del éxito que se implementó incluso en todas las gerencias, era un trabajo en equipo (...) que nos llevó a ser en marzo de 2013 la mejor gerencia del país (...) debido a que esa metodología que se llamó metodología del éxito lo que nos dio alcanzar las metas (...) la señora contralora nos citó más o menos entre marzo o abril del año 2013, nos citó para Bogotá, entonces nosotros asustados porque ella siempre que lo citaba, a uno le daba miedo porque no se de pronto se manejaban otros aspectos diferentes al trabajo en donde pues en cada reunión de todas las gerencias resultaban declarados insubsistentes algunos contralores (...) pero bueno dentro de la indagación que hicimos (...) solo fuimos citados nosotros la gerencia departamental de Norte de Santander y efectivamente cuando llegamos estaba la señora contralora (...) el señor vice contralor y todos los delegados de la contralora y la contralora presidió ese tipo de audiencia y nos felicitó que éramos el ejemplo del país en metas, ya para esa época nosotros teníamos un cuadro de beneficios y habíamos recaudado 13 mil millones de pesos (...) una pregunta (Juez), cuando usted dice nosotros, incluye al señor Luis Alfonso Rondón Márquez. Contestó. Si claro. (...) todos cumplíamos una labor, por ejemplo, en el caso de Luis Alfonso Rondón pues cumplía la función que todos cumplíamos, obviamente puedo decir que cada uno era ponente de los procesos que llevamos y obviamente decidíamos todos, pero claro, como ponente, una persona muy cumplida, en el trámite procedimental que establecía la ley fiscal y él también contribuyó dentro de esos 13 mil millones de pesos que recogimos que recuperó la contraloría (...) contribuyó no solo dentro del cuerpo colegiado sino como ponente precisamente de recuperar ese patrimonio público a través de los procesos o actuaciones de responsabilidad fiscal (...) nos dieron ese premio y lo declararon insubsistente por motivos ajenos a lo que estaba pasando, la situación fáctica era que éramos muy buenos para todo el país.

Preguntado. Esa buena labor que indica generó algún tipo de enemistad. Contestó. Pues nosotros trabajábamos los contralores en equipo (...) sin embargo había como todo posiciones jurídicas de cada uno de nosotros en especial de él que a veces tenía un planteamiento diferente sobre las decisiones, que de eso no le gustaban al contralor auxiliar, Leonardo Arbeláez, y siempre chocaban en las decisiones (...) y obviamente el contralor auxiliar le hablaba al oído a la contralora, Sandra Morelli (...). Preguntado. Esos choques que usted indica (...) eso repercutía en la labor de ustedes (...). Contestó. Pues a veces no porque igual de pronto como esos cargos que uno está ejerciendo son de libre nombramiento y remoción, pues de pronto no porque pues haber a veces nosotros acudíamos al derecho que tiene en ese momento que teníamos como cuerpo colegiado a salvar el voto o aclarar el voto (...) ella no era amiga de que uno pudiera usar esa facultad procesal (...) preguntado. Se cumplían las metas o no. Contestó. Si claro (...) se hacían las auditorías dentro del término (...) cada uno de los procuradores provinciales cumplía con las metas (...) se le concede la palabra al apoderado de la parte demandada. Preguntado. Doctor (...) usted reconoce que los cargos de procuradores provinciales son de libre nombramiento y remoción, (...) usted como contralor sabía al momento de su nombramiento si usted sabía si era de libre nombramiento y remoción. Contestó. Pues si claro, es un cargo de libre nombramiento y remoción y pues es facultad del nominador y es facultad sobre el poder nominador pero hoy en día eso tiene sus restricciones, cuando a uno lo declaran insubsistente es para mejorar el servicio (...) Se le concede la palabra al Ministerio Público. Preguntado. Su retiro de la entidad fue por insubsistencia. Contestó. Si. Preguntado. Usted también tiene demandada a la Contraloría. Contestó. Pues sí, yo presenté una conciliación prejudicial hasta ahora extrajudicial, hasta ahora he agotado ese requisito.

2.4. Caso concreto

2.4.1. Falta de motivación

2.4.1.1. De la necesidad de motivación

En cuanto a la motivación del acto administrativo, la doctrina sostiene que «todo acto administrativo tiene una causa o motivo. La motivación es la expresión de esos motivos en la declaración. Se explica este concepto como que la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo; la expresión de los antecedentes del hecho y de derecho que preceden y justifican la expedición del acto; la relación de los hechos que dan lugar al acto y los fundamentos de derecho en que éste se apoya; es la constancia de que el motivo existe; equivale a los considerandos.»¹⁸.

Así mismo, afirma que «algunos actos se sustraen del requisito de la motivación. Cuando los motivos estén previstos en la disposición que se aplica, o en informe o dictamen anterior; cuando se limiten a aprobar otros que ya han dado cuenta de esos motivos; y por la misma razón se puede omitir tal formalidad de los actos generales y abstractos, como los decretos reglamentarios»¹⁹.

Ahora bien, como se mencionó en el acápite anterior, los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en 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 2.º, 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 que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de 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 comunidad²⁰.

Por su parte, el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968,²¹ establece:

ARTÍCULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera. (negrilla nuestra).

Este Artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «sin motivar la providencia», lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, al considerar que:

7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

(...)

9. El Artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del Artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

(...)

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.

Como puede observarse la Corte, sin condición alguna, declaró la exequibilidad de la norma acusada y reafirmó que el establecimiento de la facultad discrecional dentro del Estado de derecho no desconoce las garantías del servidor retirado.

En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber.

En este orden de ideas, una vez efectuado el análisis armónico de las anteriores normas y según lo expresado por el máximo tribunal constitucional, es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción es fruto del ejercicio de la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.

En otras palabras, el acto por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser inmotivado por el nominador, y el deber de explicar los motivos en la hoja de vida del empleado de las causas que originaron la desvinculación no hace parte de la esencia misma del acto, sino tan solo constituye un antecedente laboral que debe plasmarse en su hoja de vida.

Sobre el particular, se ha dicho:

En el presente caso a pesar de no que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Asesora de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo²².

...

Con respecto al argumento, según el cual, el acto es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la Sala reitera que la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula²³.

(...)

En relación con la presunta violación del Artículo 26 del decreto 2400 de 1968, alegada por la actora en el libelo introductorio, basta señalar que ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación en el sentido de que la constancia en la hoja de vida del ex servidor público acerca de las causas que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no constituye elemento del acto ni requisito para su validez y eficacia y, por ende, la omisión de tal exigencia no conduce a la anulación del mismo²⁴. (negrilla fuera de texto).

En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos.

En el asunto sometido a consideración, no existe discusión de que el empleo ocupado por el actor al momento de la expedición del acto administrativo ahora cuestionado, esto es, contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Norte de Santander,

tenía un carácter ordinario y, por lo tanto, era de naturaleza de libre nombramiento y remoción, lo anterior con base en la normativa aplicable²⁵ y en los documentos obrantes dentro del expediente que dan cuenta de ello, razón por la cual la ausencia de los motivos de la insubsistencia no vicia la decisión de retiro del servicio de un empleado de esta categoría, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo, razón por la cual este cargo no tiene vocación de prosperidad.

2.4.2. Falsa motivación

La doctrina ha definido la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos²⁶:

Después de señalar que el vicio en el contenido es un caso de violación de la Ley, agrega que esto puede ocurrir en los siguientes supuestos: a) porque el acto fue dictado contra un precepto de la Ley, o porque al dictarlo la administración consideraba como existente una norma que no existía o viceversa, consideraba como no existente una norma que, en realidad, existía, o porque en la interpretación de la norma jurídica se le da un contenido distinto del que realmente tenía; b) porque si bien la norma jurídica fue correctamente interpretada, se la aplica a un caso que no había contemplado; c) porque la aplicación de una norma jurídica se hace en forma de alcanzar consecuencias jurídicas contrarias a las que ésta quería, se trataría en este supuesto de una falsa aplicación de la Ley.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar falsa motivación, debe señalar que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión un hecho o hechos que en realidad no existieron, o en qué consiste su errada interpretación.

Frente a este cargo sostiene el demandante que su desvinculación no fue producto del mejoramiento del servicio porque no se tuvo en cuenta su idoneidad profesional y su experiencia en la entidad demandada.

2.4.2.1. De la idoneidad profesional y experiencia

De conformidad con la Resolución Reglamentaria N.º 135 de 20 de septiembre de 2011, «Por la cual se adiciona la Resolución número 5044 de 2000 y se adopta la Resolución N.º 067 de 2008, para los empleos de la planta de personal de la Contraloría General de la República creados por el Artículo 128 de la Ley 1474 de 2004», emitida por la contralora general de la República, los requisitos para ocupar el cargo de director Grado 01 – contralor provincial, eran los siguientes:

Artículo 14. Funciones y requisitos director Grado 01 – contralor provincial. Adoptar las funciones y requisitos para el desempeño del empleo director grado 01 en el cargo de contralor provincial que integra la planta de personal de la Contraloría General de la República, así:

II. Descripción de funciones

1. Participar en la definición de las políticas, planes y programas tendientes al fortalecimiento del control fiscal, de acuerdo con las normas legales vigentes para el cumplimiento de los objetivos institucionales.

2. Participar en coordinación con el gerente departamental, en la elaboración del componente territorial del plan general de auditoría de acuerdo con los lineamientos fijados por el contralor general de la República y en coordinación con las contralorías delegadas.

3. Configurar y trasladar los hallazgos fiscales.

4. Resolver las controversias derivadas del ejercicio del proceso auditor.

5. Asistir la ejecución de la etapa de investigación, consolidar los resultados de la gestión de los grupos de trabajo de investigaciones y presentar los informes pertinentes, en los casos asignados por el Contralor General de la República.
6. Determinar la procedencia de la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal y del decreto de medidas cautelares.
7. Ejercer de manera colegiada con los gerentes departamentales y demás contralores provinciales los temas de vigilancia fiscal y responsabilidad fiscal en los términos de la delegación que en esta materia le conceda el contralor general.
8. Representar al contralor general en su respectiva circunscripción territorial en los asuntos de enfoque, orientación y resultados de la vigilancia fiscal.
9. Supervisar los grupos auditores y las actividades del jefe auditor en su respectiva circunscripción territorial.
10. Atender directamente los asuntos confiados a la Contraloría Delegada para la participación ciudadana en su respectiva circunscripción territorial y responder por ello ante el respectivo contralor delegado.
11. Responder por la cumplida ejecución de las políticas, planes y programas de vigilancia fiscal que debían emprenderse en la circunscripción territorial que le corresponda.
12. Adoptar de manera consensuada por el gerente departamental y con los contralores provinciales correspondientes, las decisiones que en materia de vigilancia fiscal se requieran dentro de su circunscripción territorial.
13. Velar por la conformidad jurídica y técnica de los estudios requeridos en el desarrollo de los procesos de vigilancia fiscal, responsabilidad fiscal y asuntos de complejidad financiera y jurídica, determinando un control fiscal con calidad y eficiencia.
14. Apoyar los procesos transversales de la entidad de acuerdo con las normas legales vigentes para dar cumplimiento a la misión de la contraloría.
15. Responder por el control interno en lo de su competencia, como parte del sistema que en esta materia se establezca en la Contraloría General y coordinarse con la dependencia responsable de la materia.
16. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.

III. Requisitos

Educación
Título profesional en:
Derecho, economía, administración de empresas,
administración pública, contaduría pública, ingeniería
industrial, ingeniería de sistemas y demás disciplinas
afines con la naturaleza del cargo

Experiencia
Seis (6) meses de experiencia profesional relacionada con
el cargo.

En tal sentido, si bien el señor Luis Alfonso Rondón Márquez contaba con los requisitos esenciales para desempeñar el cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental Norte de Santander, como se demostró con su hoja de vida allegada al expediente²⁷, ello no es determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia del actor en el ejercicio de su cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo.

Ahora bien, cabe resaltar que el funcionario designado por la contralora general de la República para el desempeño de las funciones del empleo antes referido, esto es, el señor Juan Carlos Prada Ávila, una vez el demandante fue desvinculado, además de tener los requisitos mínimos, como lo afirmó el apoderado de la entidad demandada, era un profesional preparado y capacitado con experiencia significativa para el desarrollo de las funciones, como se puede observar en la hoja de vida de aquél obrante, igualmente, dentro del expediente²⁸.

Al respecto, el *A quo* al emitir la sentencia ahora apelada, manifestó:

Al revisar el contenido de las hojas de vida allegadas al plenario se observa inicialmente que Luis Alfonso Rondón Márquez (actor) y el señor Juan Carlos Prada Ávila, reúnen los requisitos para ocupar el citado cargo, toda vez que se trata de un ingeniero civil y un abogado, los cuales cuentan con experiencia profesional relacionada con el cargo superior a 6 meses.

Habiéndose establecido que el señor Luis Alfonso Rondón Márquez y el señor Juan Carlos Prada Ávila reúnen los requisitos para ocupar el cargo de contralor provincial nivel directivo, grado 01 de la gerencia departamental de Norte de Santander de la contraloría general de la República, se procede a determinar conforme lo prevé el contenido de las hojas de vida de los mencionados señores si existió desmejoramiento del servicio.

El señor Luis Alfonso Rondón Márquez es un ingeniero civil que a la fecha cuenta con más de 30 años de experiencia profesional como ingeniero civil, 20 años de experiencia como independiente, 10 años en el área pública de los cuales 5 años y 2 meses los ha laborado en la entidad demandada y una especialización en gerencia financiera en el año 2000.

Por su parte el señor Juan Carlos Prada Ávila es un abogado que a la fecha cuenta con aproximadamente 9 años de experiencia profesional como abogado, 1 año de experiencia como independiente, más de 2 años en el área pública y una especialización en derecho público en el año 2009.

De lo anterior, se puede colegir que si bien es cierto el señor Luis Alfonso Rondón Márquez, cuenta con más experiencia profesional y laboral que el señor Juan Carlos Prada Ávila también lo es que sus perfiles son distintos y ambos cumplen los requisitos para ejercer el cargo de contralor provincial de la Gerencia Departamental de Norte de Santander, y es el nominador quien decide que perfiles prefiere en un momento en un determinado cargo de libre nombramiento y remoción, en este aspecto no se avizora un desmejoramiento en el servicio como lo alega el demandante.

En ese orden de ideas, no se demostró que con el retiro del señor Rondón Márquez y el posterior nombramiento del señor Prada Ávila, se haya presentado una desmejora del servicio, pues, como se mencionó, este último cumplía con los conocimientos para ejercer el empleo, además de que tenía una larga experiencia profesional, razón por la cual no es dable definir una afectación del servicio con ocasión del acto administrativo ahora demandado, ya que se presume que fue expedido con fundamento en supuestos de hecho reales, objetivos, ciertos y en aras del buen servicio público²⁹.

2.4.3. De la desviación de poder

La doctrina ha definido la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

Desviación de poder: para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto. Sostiene Eisenmann³⁰ que “lo que generalmente llamamos fin del acto es un cierto contenido de la conciencia del agente. No debemos equivocarnos a este respecto. Cuando se habla del fin del acto, se sigue con ello un atributo del acto en sí mismo considerado, un dato objetivo inherente al acto” (...)

Por lo tanto, para que se presente la desviación de poder es necesario que el acto de apariencia sea totalmente válido. El acto tiene una máscara de legalidad. Ningún otro elemento ha sido descuidado, pero presenta un fin espúreo visible al observar los resultados obtenidos. Así, con este vicio se controla lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de la administración, la intención de ésta. Es la fiscalización de las intenciones subjetivas del agente administrativo.

(...)

En suma, la desviación de poder obedece a la necesidad de someter al principio de legalidad a la administración en todos sus aspectos y con miras a la protección de los particulares ante los abusos de aquella³¹.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión»³².

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.

Respecto a este cargo el demandante refiere que el ejercicio de la facultad discrecional debe ser restrictiva y no puede comprender un acto arbitrario o desproporcionado, como ocurrió en este caso, aunado al hecho de que, insiste, el acto administrativo no estuvo motivado.

2.4.3.1. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.

Según dispone el Artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico³³.

El Consejo de Estado³⁴ ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario». En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.

La jurisprudencia de esta Corporación³⁵ también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta 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 contenida en el Código General del Proceso³⁶ de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen».

Como ya se explicó, 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 del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio³⁷.

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección³⁸, 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 una 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, criterio que acá se reitera.

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en el demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente ajeno al servicio, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación.

Para el efecto, la parte actora allegó el siguiente material probatorio:

- Oficio de 8 de noviembre de 2013, en el que consta que la vicecontralora general de la República solicitó la colaboración al Cónsul General de España en Bogotá para la expedición de la visa de varios funcionarios de la Contraloría Departamental de la República, que fueron designados para participar en el programa académico de pasantía en instituciones de Control, Vigilancia y Supervisión organizado por la Universidad de Jaén en España³⁹.

- Declaración del señor Gerardo Alberto Villamizar, en la que afirmó⁴⁰:

(...) con Luis Alfonso Rondón Márquez solo fuimos compañeros del cuerpo colegiado en la gerencia departamental de la contraloría General de la República. Preguntado. De donde conoce al señor Luis Alfonso Rondón Márquez. Contestó. Yo fui nombrado contralor provincial el 19 de diciembre de 2012 llegue a la gerencia departamental de la contraloría General de la República y él en ese momento se desempeñaba como contralor provincial también, de ahí fue que yo lo conocí. Tiene la palabra el apoderado de la parte actora para interrogar al testigo. Preguntado. Puede indicar al despacho en qué fecha fue la que trabajó. Contestó. Si, como lo dije, yo fui nombrado contralor provincial (...) el 19 de diciembre de 2012 y salí el 10 de julio de 2014 (...) Preguntado. Durante cuánto tiempo trabajó con el señor Luis Alfonso Rondón en la Contraloría (...) contestó. (...) pues casi un año fue compañero mío como contralor provincial (...) se diseñó una metodología, incluso fui yo uno de los que aportó esa idea porque yo trabaje en la Rama judicial (...) para cumplir metas (...) entonces diseñamos el cumplimiento de fallos para sacar mensualmente fallos (...) porque antes del periodo de la señora contralora (...) pues en materia de decisiones fiscales no eran muchas las que salían (...) entonces se diseñó esa metodología nosotros empezamos a cumplir metas de sacar 4 o 5 decisiones mensuales y todo fue pues una metodología que se denominó después la metodología del éxito que se implementó incluso en todas las gerencias, era un trabajo en equipo (...) que nos llevó a ser en marzo de 2013 la mejor gerencia del país (...) debido a que esa metodología que se llamó metodología del éxito lo que nos dio alcanzar las metas (...) la señora contralora nos citó más o menos entre marzo o abril del año 2013, nos citó para Bogotá, entonces nosotros asustados porque ella siempre que lo citaba, a uno le daba miedo porque no se de pronto se manejaban otros aspectos diferentes al trabajo en donde pues en cada reunión de todas las gerencias resultaban declarados insubsistentes algunos contralores (...) pero bueno dentro de la indagación que hicimos (...) solo fuimos citados nosotros la gerencia departamental de Norte de Santander y efectivamente cuando llegamos estaba la señora contralora (...) el señor vice contralor y todos los delegados de la contralora y la contralora presidió ese tipo de audiencia y nos felicitó que éramos el ejemplo del país en metas, ya para esa época nosotros teníamos un cuadro de beneficios y habíamos recaudado 13 mil millones de pesos (...) una pregunta (Juez), cuando usted dice nosotros, incluye al señor Luis Alfonso Rondón Márquez. Contestó. Si claro. (...) todos cumplíamos una labor, por ejemplo, en el caso de Luis Alfonso Rondón pues cumplía la función que todos cumplíamos, obviamente puedo decir que cada uno era ponente de los procesos que llevamos y obviamente decidíamos todos, pero claro, como ponente, una persona muy cumplida, en el trámite procedimental que establecía la ley fiscal y él también contribuyó dentro de esos 13 mil millones de pesos que recogimos que recuperó la contraloría (...) contribuyó no solo dentro del cuerpo colegiado sino como ponente precisamente de recuperar ese patrimonio público a través de los procesos o actuaciones de responsabilidad fiscal (...) nos dieron ese premio y lo declararon insubsistente por motivos ajenos a lo que estaba pasando, la situación fáctica era que éramos muy buenos para todo el país. Preguntado. Esa buena labor que indica generó algún tipo de enemistad. Contestó. Pues nosotros trabajábamos los contralores en equipo (...) sin embargo había como todo posiciones jurídicas de cada uno de nosotros en especial de él que a veces tenía un planteamiento diferente sobre las decisiones, que de eso no le gustaban al contralor auxiliar, Leonardo Arbeláez, y siempre chocaban en las decisiones (...) y obviamente el contralor auxiliar le hablaba al oído a la contralora, Sandra Morelli (...). Preguntado. Esos choques que usted indica (...) eso repercutía en la labor de ustedes (...). Contestó. Pues a veces no porque igual de pronto como esos cargos que uno está ejerciendo son de libre nombramiento y

remoción, pues de pronto no porque pues haber a veces nosotros acudíamos al derecho que tiene en ese momento que teníamos como cuerpo colegiado a salvar el voto o aclarar el voto (...) ella no era amiga de que uno pudiera usar esa facultad procesal (...) preguntado. Se cumplían las metas o no. Contestó. Si claro (...) se hacían las auditorías dentro del término (...) cada uno de los procuradores provinciales cumplía con las metas (...) se le concede la palabra al apoderado de la parte demandada. Preguntado. Doctor (...) usted reconoce que los cargos de procuradores provinciales son de libre nombramiento y remoción, (...) usted como contralor sabía al momento de su nombramiento si usted sabía si era de libre nombramiento y remoción. Contestó. Pues si claro, es un cargo de libre nombramiento y remoción y pues es facultad del nominador y es facultad sobre el poder nominador pero hoy en día eso tiene sus restricciones, cuando a uno lo declaran insubsistente es para mejorar el servicio (...) Se le concede la palabra al Ministerio Público. Preguntado. Su retiro de la entidad fue por insubsistencia. Contestó. Si. Preguntado. Usted también tiene demandada a la Contraloría. Contestó. Pues sí, yo presenté una conciliación prejudicial hasta ahora extrajudicial, hasta ahora he agotado ese requisito.

Ahora bien, de las pruebas allegadas por el demandante, no se puede concluir nada diferente que:

(i) En su momento, la labor ejercida por el actor y otros contralores provinciales de la región fue exaltada por la contralora general de la República, por las metas alcanzadas:

(ii) Que lo anterior, es propio del buen servicio que debe prestar todo servidor público en aras de ejercer en debida forma la función pública;

(iii) Que el demandante al estar vinculado laboralmente en la entidad tenía derecho a ser capacitado;

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador. De ahí que tampoco tiene vocación de prosperidad este cargo de la demanda.

En conclusión, los cargos de libre nombramiento y remoción 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.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁴¹, respecto de la condena en costas en vigencia del cpaca, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso⁴², la Sala no condenará en costas de segunda instancia al demandante, teniendo en cuenta que el apoderado de la Contraloría General de la República no presentó alegatos de conclusión.

4. Conclusión

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del actor fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador, aunado al hecho de que el acto administrativo a través del cual ésta se ejerce, por su naturaleza, es inmotivado, motivo por el cual se confirmará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda y no se condenará en costas a la parte interesada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015) por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor Luis Alfonso Rondón Márquez contra la Contraloría General de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Sin condena en costas de segunda instancia a la parte demandante.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

GMSM

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Mediante memorial de folios 101 a 121 del cuaderno N.º 1.

2. Folios 312 a 329 del cuaderno principal.

3. Folios 334 a 353.

4. Folios 374 a 381.
5. Folio 370.
6. Sentencia T-372 de 2012.
7. Folios Nos. 182 a 185 del cuaderno N°. 1.
8. Folio 53 del cuaderno N°. 1.
9. Folio 54 del cuaderno N°. 1.
10. Folio 42 del cuaderno N°. 1.
11. Folio 221 del cuaderno N°. 1.
12. Folios 57 a 59 del cuaderno N°. 1.
13. Folios 177 y 178 del cuaderno N.º 1.
14. Folios 190 y 191 del cuaderno N°. 1.
15. Folios 214 y 215 del cuaderno N.º 1.
16. Folio 220 del cuaderno N.º 1.
17. Folios 281 a 283 del cuaderno N.º 1.
18. El acto administrativo. Juan Carlos Cassagne. 1974. Página 212.
19. Motivos de Anulación de los Actos Administrativos. Rodrigo Noguera Calderón. 1970. Página 49.
20. Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente Número 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.
21. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.
22. Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez,

Expediente. 3686-14.

23. Sentencia del 17 de mayo de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).

24. Sentencia del 15 de mayo de 2008, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemus Bustamante. Expediente: 25000-23-25-000-2003-04220-01(4858-05).

25. El Decreto 268 de 2000, «Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República», consagra en su artículo 3.º, que: «Cargos de Carrera Administrativa. Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que se enumeran a continuación:

Vicecontralor

Contralor Delegado

Secretario Privado

Gerente

Gerente Departamental

Director

Director de Oficina

Asesor de Despacho

Tesorero

Los empleos cuyo ejercicio implique especial confianza o que tengan asignadas funciones de asesoría para la toma de decisiones de la entidad o de orientación institucional y estén creados en los Despachos del Contralor General, del Vicecontralor, del Secretario Privado, de la Gerencia del Talento Humano y de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera.

En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:

1. Aquellos que sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, de manejo o de especial confianza.

2. Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dinero y valores del Estado.

3. Aquellos que no pertenezcan a los organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personal de los servidores de la Contraloría General de la República».

26. Teoría degli Atti. Ranelletti. Página 330.

27. Folios 133 a 153 del cuaderno principal.

28. Folios 227 a 229 del cuaderno N°. 1.

29. Para el efecto observar sentencia emitida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, de 22 de noviembre de 2018, expediente N.º 5037-2016, consejero ponente: William Hernández Gómez.

30. Eisenmann. Citado por Julio A. Prat. Op. Cit., página 103.

31. Causales de anulación de los Actos Administrativos, 1ª Edición. Autores: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posee Velásquez.

32. Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

33. Berrocal Guerrero, Luis Enrique *Manual del acto administrativo*, Librería ediciones del profesional LTDA. , Bogotá, Colombia, 2014, página 547

34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

35. Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

36. Artículo 167 del CGP.

37. Tratándose de la desviación de poder

38. Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.

39. Folios 43 y 44 del cuaderno N°. 1.

40. Folios 281 a 283 del cuaderno N.º 1.

41. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

42. «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:10:02