



Sentencia 2014-00030 de 2021 Consejo de Estado

CAMBIO DE NATURALEZA DE EMPLEO PÚBLICO DE LIBRE NOMBRAMIENTO A CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA / NOMBRAMIENTO EN ENCARGO MIENTRAS SE PROVEEN EMPLEOS BAJO EL SISTEMA DE MÉRITO - Facultativo /

[E] empleo de director, grado 3, aunque en un principio fue concebido como de libre nombramiento y remoción, sufrió una modificación producto de las enunciadas sentencias de constitucionalidad que lo enmarcaron entre aquellos que hacen parte de la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República. (999) [E] Artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000 regula lo relativo a la «provisión de cargos de carrera vacantes en forma definitiva» y, para tal efecto, establece tres supuestos, a saber: i) si existe lista de elegibles vigente, procede el nombramiento en período de prueba; ii) si no existe lista de elegibles vigente, «el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso»; iii) en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional. Como se ha relatado con antelación, debido a la situación de cambio de naturaleza del empleo de director, grado 3, y la evidente inexistencia de lista de elegibles, la Contraloría General de la República procedió a iniciar los trámites tendientes a proveer esos empleos bajo el sistema de mérito, de manera que los pudiera suplir en los términos señalados en el primero de los supuestos enunciados en el párrafo anterior. Ahora bien, el actor sostiene que mientras se surtía el proceso de selección, se debió permitir a los empleados de carrera acceder a un encargo, tal como lo dispone el segundo de los supuestos en referencia. Sin embargo, tal proceder, en primer término, es facultativo, pues, precisamente el legislador lo previó como una posibilidad al utilizar el vocablo «podrá» y no como un imperativo, caso en el cual habría empleado la expresión «deberá» y, en segundo lugar, la administración no podía desatender que estaba ante una situación que, en estricto rigor, no estaba consagrada en el régimen especial de carrera de la Contraloría General de la República, como es el hecho del cambio de naturaleza de un empleo, en el cual venían vinculados algunos servidores. NOTA DE RELATORIA: Referente a la inexequibilidad de la expresión «de libre nombramiento y remoción» contenida en el inciso sexto del Artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, ver: Corte Constitucional, C-824 de 13 de noviembre de 2013, Exp. D-9582, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Frente al cargo de director de la Contraloría General de la Nación al que, desde su creación, se le dio la naturaleza de libre nombramiento y remoción, y que debe ser considerado como de carrera, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 13 de abril de 2011, Exp. D-8249, M.P. María Victoria Calle Correa

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 268 / DECRETO LEY 268 DE 2000 - ARTÍCULO 3 / DECRETO LEY 268 DE 2000 - ARTÍCULO 12 / DECRETO LEY 268 DE 2000 - ARTÍCULO 13

CAMBIO DE NATURALEZA DE EMPLEO PÚBLICO DE LIBRE NOMBRAMIENTO A CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD - Procedencia

Ahora bien, el Artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, sí regulaba la situación a la que se vio enfrentado el ente de control, en efecto, en su inciso segundo la norma enunciada previó que «[t]endrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador». La disposición en referencia regula con mayor precisión la situación ocurrida en lo que respecta al empleo de director, grado 3, de la Contraloría General de la República, toda vez que, por virtud de las sentencias de constitucionalidad citadas con antelación, dejó de ser de libre nombramiento y remoción y se convirtió en empleo de carrera; por lo tanto, la vinculación de los empleados que venían ejerciéndolos adquirió el carácter de provisional. Lo anterior lleva a concluir que la norma de que hizo uso la entidad demandada, en el acto cuestionado, era la que más se adaptaba a la situación acaecida como resultado de la inexequibilidad de las expresiones «director» del Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000 y «libre nombramiento y remoción» del inciso 6, del Artículo 128 de la Ley 1474 de 2011.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 268 DE 2000 - ARTÍCULO 3 / LEY 1474 DE 2011 - ARTÍCULO 128 / DECRETO 1227 DE 2005 - ARTÍCULO 9 / LEY 909 DE 2004 / DECRETO LEY 268 DE 2000 - ARTÍCULO 12

CAMBIO DE NATURALEZA DE EMPLEO PÚBLICO DE LIBRE NOMBRAMIENTO A CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA / FALSA MOTIVACIÓN - No configuración

[L]a Sala concluye que el argumento se contrae a reiterar la inconformidad en cuanto a que se prefirió el nombramiento provisional, en lugar del nombramiento en encargo y, de ese modo, se desconoció el derecho de los servidores de carrera a acceder a esos empleos. Frente a tal argumento, la Sala considera (...) que la intención de la entidad demandada, en modo alguno, estuvo orientada a desconocer el derecho que les podría asistir a los empleados de carrera para acceder a un encargo, sino a aplicar la norma que más se adecuaba a la situación que atravesaba la entidad, en tanto que se produjo un cambio en la naturaleza del empleo que venían ocupando unos servidores y, por ello, la manera como debía proceder, en aplicación de la normativa aplicable, era modificar la modalidad de la vinculación. Actuar como pretendía el demandante, sería tanto como haber exigido a la entidad que desvinculara a los empleados que venían ostentando esos empleos, en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, producto de la decisión de la Corte Constitucional de cambiar la naturaleza los cargos, lo que hubiera contrariado el hecho de que el nombramiento y ejercicio del empleo, por parte de ellos, era válido a la luz de la normativa que regía al momento de producirse tal mutación y que, en todo caso, existía una preceptiva que legalmente era aplicable ante esta situación, como es la modificación

en la modalidad de la vinculación, tal como se procedió.

CONDENA EN COSTAS - Criterio objetivo valorativo

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016, 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 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 el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como se trató de un asunto de interés público, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante. **NOTA DE RELATORIA:** En cuanto a la condena en costas en vigencia del CPACA, ver: C. de E, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2019, Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), M.P. William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 188 / LEY 1564 DE 2012 - ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., cuatro (4) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00030-00(0082-14)

Actor: DIEGO FRANCISCO ÁLVAREZ ORTIZ

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Referencia: NULIDAD

Temas: Cambio de modalidad de vinculación

SENTENCIA

Decide la Sala la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad, previsto en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, formuló el señor Diego Francisco Álvarez Ortiz en contra de la Contraloría General de la República.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Diego Francisco Álvarez Ortiz, actuando en nombre propio, formuló demanda, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 3087 del 28 de noviembre de 2013, emanada de la Contraloría General de la República, por medio de la cual «se cambia la modalidad de vinculación de los cargos de Director del Nivel Directivo Grado 03» en cuanto vulnera el Artículo 13 del Decreto 268 de 2000.

Como consecuencia de la anulación del acto, solicita ordenar a la Contraloría General de la República dar aplicación al Artículo 13 del Decreto 268 de 2000, complementado con lo previsto en el inciso segundo del Artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

1.1.2. Hechos

El demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

i) La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-284 de 2011, declaró inexecutable la clasificación de libre nombramiento y remoción respecto de los cargos de director, grado 3, de la planta de personal de la Contraloría General de la República.

ii) Casi 3 años después de que la Corte Constitucional hubiera adoptado tal decisión, la Contraloría General de la República convocó a concurso de méritos para proveer tales cargos.

iii) La convocatoria para el concurso de méritos para proveer los cargos de director, grado 3, fue publicada en el diario La República, el 12 de noviembre de 2013.

iv) El 2 de diciembre de 2013, se publicaron las convocatorias 001, 002, 003, 004, 005 y 006 para proveer cargos de carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, dentro del concurso abierto de méritos 2013-2014.

v) El sindicato de trabajadores sinaltrase presentó una solicitud ante la Contraloría General de la República con el objeto de que diera cumplimiento a lo previsto en el Artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000, esto es, que encargara, en los empleos de director, grado 3, a los funcionarios que estaban en carrera y cumplieran requisitos para desempeñar esos empleos, toda vez que se encontraban en vacancia definitiva.

vi) A través de Oficio 2013IE0147522 del 3 de diciembre de 2013, la Contraloría General de la República negó la anterior solicitud y adjuntó copia de la Resolución 3087 de 2013, que es materia de controversia en esta *litis*.

vii) La Resolución 3087 del 28 de noviembre de 2013 se sustenta en los Artículos 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, para cambiar la modalidad de vinculación de los cargos, de libre nombramiento y remoción a provisionales y, con ello, desconoció el mandato del Artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000. La aplicación de las previsiones del Decreto 1227 de 2005 es supletoria, y solo se puede acudir a ella en caso de que se presenten vacíos en la norma que rige a las carreras especiales.

viii) El Decreto Ley 268 de 2000 «por el cual se dictan normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República» en su Artículo 13, consagra que en caso de vacancia definitiva, si existe lista de elegibles vigente, se procede al nombramiento en período de prueba, pero, en caso de que no exista, se podrá proveer mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso; sin embargo, mientras se surte el proceso de selección, los empleados de carrera pueden ser encargados en tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño y, en caso de que no sea posible realizar el encargo, se puede hacer nombramiento provisional.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los Artículos 3, numeral 2, 24, inciso 2, y 25 de la Ley 909 de 2004; 3 y 13 del Decreto ley 268 de 2000; 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005.

Al desarrollar el concepto de violación, el demandante expuso los siguientes argumentos:

i) El acto censurado viola flagrantemente el ordenamiento jurídico y, en especial, el Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000 pues se sustenta en una norma ajena a la que rige la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República, con el propósito de desconocer el derecho que les asiste a los funcionarios de carrera de la entidad de acceder por encargo a los empleos vacantes de director, grado 3, mientras se surte el proceso de selección correspondiente.

ii) Las normas que invocó la Contraloría General de la República con el propósito de sustentar la decisión que se cuestiona, entre ellas, el Artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, se refieren a vacancias temporales en empleos de carrera y no definitivas, que era el asunto que se buscó regular en el acto acusado; además, la cita de las normas enunciadas tan solo fue parcial, en tanto beneficiaba los intereses de las personas que, para esa época, ocupaban, bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, los cargos de director, grado 3.

iii) Los Artículos 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, no habilitaban para cambiar la naturaleza de la vinculación de libre nombramiento y remoción que recaían en quienes estaban ocupando los empleos, y darles la connotación de provisionales. Además, la Ley 909 de 2004 tan solo es aplicable, en caso de carreras especiales, en forma supletoria siempre y cuando la norma especial presente vacíos que deban ser llenados con aquella, lo que no ocurrió en el caso bajo análisis.

iv) En el Decreto Ley 268 de 2000, que contiene las normas especiales de carrera de la Contraloría General de la República, se regula claramente la forma en que se debe hacer la provisión de empleos de carrera que se encuentran vacantes en forma definitiva y, para tal efecto, en su Artículo 13, prevé dos hipótesis, a saber: a. mientras se surte el proceso de selección, pueden ser ocupadas por empleados de carrera, bajo la modalidad de encargo, y b. si los empleados de carrera no reúnen los requisitos para el encargo, se puede hacer nombramiento provisional para cubrir tales vacancias. Lo anterior quiere decir que, ante la ausencia de un vacío en tal sentido, no era viable acudir a las normas generales para definir la materia.

v) Además de lo anterior, la Contraloría General de la República no aplicó correctamente las normas en las cuales se apoyó, en tanto que nombró provisionalmente en los cargos de director, grado 3, a quienes venían ocupándolos bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, sin respetar el orden que la ley establece en esos casos, es decir, acudió a la segunda hipótesis y descartó la primera, que consistía en dar prelación a los empleados de carrera y permitir que en ellos recayera el encargo.

vi) En torno a la existencia de un régimen de carrera especial, de origen constitucional, en la Contraloría General de la República, no hay discusión, toda vez que esta deviene de lo previsto en el Artículo 268, numeral 10, de la Constitución Política y así se analizó en la Sentencia C-319 de 2007 de la Corte Constitucional. Ahora bien, en el evento hipotético de que en este régimen especial hubiese vacíos en torno a la provisión de empleos con vacancia definitiva, -que no los hay- se debió acudir a lo previsto en el Artículo 24, inciso 2º, de la Ley 909 de 2004 y no a su Artículo 25, ni al Decreto Reglamentario 1227 de 2000, como se hizo.

vii) En efecto, el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004 prevé lo relativo a la provisión de empleos con vacancia definitiva en la carrera administrativa

general, y esa era la situación que, para el momento de la expedición del acto acusado, se presentaba en la Contraloría General de la República, en la cual había una convocatoria abierta para proveer los empleos de director, grado 3, a través del sistema de concurso de méritos; sin embargo, el acto en cuestión no se fundó en tal preceptiva, sino en el Artículo 25 *ibidem* que rige en materia de provisión de empleos en vacancia temporal, situación ajena a la que, en realidad, acontecía respecto de los aludidos cargos de director.

1.2. Contestación de la demanda

La Nación, Contraloría General de la República, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:¹

i) La parte demandante alega falsa motivación respecto del acto acusado porque buscó desconocer el derecho que le asiste a los servidores de carrera de la Contraloría, para acceder, por encargo, a los empleos de director, grado 3, mientras se surte el proceso de selección y porque para ello se sustentó en una normativa ajena a la que es propia del sistema especial de carrera de la entidad. No obstante, la parte accionante omitió informar que de conformidad con lo previsto en el Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000 los empleos en mención no pertenecían a la carrera y por ello debían considerarse de libre nombramiento y remoción y esa connotación permaneció entre la fecha de expedición del decreto en cita y hasta la promulgación de las Sentencias C-284 de 2011 y C-824 de 2013 de la Corte Constitucional, que concluyeron que tal empleo no tenía esa naturaleza.

ii) En el anterior contexto se debe afirmar que, en el interregno transcurrido entre la creación de los cargos y la promulgación de las sentencias, la Contraloría General de la República suplió los cargos de director, grado 3, de manera legítima y conforme a lo dispuesto en el Artículo 3 del Decreto Ley 238 de 2000, esto es, bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción.

iii) En razón a que los empleos en referencia se consideraron de carrera, por virtud de lo ordenado en las sentencias de constitucionalidad citadas, la administración procedió a convocar a concurso para proveerlos. En todo caso, mientras ese proceso se surtía y dado que existían unos servidores con vinculación vigente, en calidad de libre nombramiento y remoción, se procedió a cambiar la modalidad de la vinculación por la de provisionalidad, a partir de la fecha en que se declaró formalmente abierto el concurso de méritos.

iv) Lo anterior se sustentó normativamente en el Artículo 3, numeral 2, de la Ley 909 de 2004, y en el Artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, que aplica, en forma supletoria, en las carreras especiales, toda vez que en el régimen de carrera de la entidad no se disponía de una norma especial exactamente aplicable al caso.

v) La Corte Constitucional ha precisado que aunque la regulación de las carreras administrativas especiales de origen constitucional, como la del ente de control demandado, tiene justificación debido a las especiales labores que tiene a cargo, ello no es óbice para que se les exima de los principios y reglas de la carrera general.

vi) Todo lo anterior conlleva afirmar que no es cierto que los empleos estuvieran en vacancia temporal, como se afirmó en la demanda, sino que producto del pronunciamiento de la Corte cambió su naturaleza, pero, en ese instante, venían provistos por servidores públicos que habían sido vinculados bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción.

vii) Lo expuesto permite concluir que tampoco es cierto que se trata de empleos que estaban en vacancia temporal y que, por ende, debían proveerse mediante encargo por empleados de carrera, toda vez que estaban provistos por los empleados que los venían desempeñando, bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción. Además, no existe acto administrativo que hubiera declarado la vacancia temporal o definitiva respecto de ellos.

viii) En las condiciones expuestas, resulta desacertada la afirmación de la parte demandante acerca de la existencia de las situaciones administrativas que invocó, toda vez que los empleos fueron objeto de cambio de naturaleza, por decisión del juez constitucional y nunca se predicó la vacancia.

ix) Las razones aducidas llevan a considerar que la demanda comprende hechos no probados y ello hace imprósperas sus pretensiones. En ese orden, deben declararse las excepciones de a. inexistencia de causal para demandar la nulidad del acto administrativo, pues no se configuró ninguno de los vicios enunciados en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; b. falta de sustentación legal y probatoria, porque la censura planteada por el demandante es el resultado de conjeturas sin demostración; y c. falta de claridad en los postulados de la demanda, pues los errores de estructuración impiden saber, con certeza, la exposición del demandante, pues se fundó en una inexistente vacancia y confundió la finalidad del acto objeto de censura.

1.3. Audiencia inicial

El 17 de septiembre de 2018,² se celebró audiencia inicial, en la cual se procedió al saneamiento del proceso. Además, en torno a las excepciones, se señaló que no prosperaban, debido a que se trataba de asuntos que debían ser decididos en la sentencia. En cuanto al litigio, se fijó en los siguientes términos:

En síntesis el problema jurídico a resolver se contrae a definir sobre la legalidad de la resolución demandada, que el demandante alega está incurso en las causales de anulación de los principios y normas superiores en que ha debido fundarse, expedición irregular y falsa motivación.

Por otro lado, se resolvió tener como pruebas las que reposan en el expediente, y, finalmente, se corrió traslado a las partes para alegar de

conclusión, para lo cual se les concedió el término de ley.

1.4. Alegatos de conclusión

1.4.1. El demandante

El señor Diego Francisco Álvarez Ortiz recorrió el término para alegar y, en su escrito,³ insistió en que con el acto acusado la Contraloría General de la República desconoció el derecho de los servidores de carrera a beneficiarse del encargo. Por otro lado, junto con su escrito adjuntó un concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública que solicita sea tenido en cuenta al momento de resolver la controversia.

1.4.2. La Contraloría General de la República

El ente de control guardó silencio durante esta etapa procesal.⁴

1.5. El ministerio público

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto⁵ en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda. Como fundamento de lo anterior, expuso los siguientes argumentos:

i) El primer aspecto a precisar consiste en que el acto que se censuró dispuso el cambio de modalidad en la vinculación de quienes estaban ocupando los cargos de director, grado 3, de la Contraloría General de la República, producto de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en Sentencias C-284 de 2011 y C-821 de 2013 y de cara a la apertura del concurso de méritos, para proveerlos producto del proceso legalmente establecido.

ii) En orden a lo anterior, en el acto acusado se dispuso que se cambiaba la modalidad de nombramiento de los 24 empleados que venían desarrollando su labor en esos empleos, en el entendido de que venían desempeñándose como servidores de libre nombramiento y remoción.

iii) En el anterior escenario, al demandante no le asiste razón en los argumentos que invoca para solicitar la anulación del acto acusado pues es evidente que al crear los empleados de director, grado 3, el legislador los concibió como de libre nombramiento y remoción y fue con ocasión de la decisión de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la clasificación que los enmarcaba en esa categoría y, así, se convirtieron en empleos de carrera administrativa.

iv) El anterior recuento permite concluir que los empleos no se encontraban en vacancia definitiva, pues, en principio no eran de carrera, sino que la aludida decisión judicial fue la que les dio tal categoría y, a partir de allí se generó la obligación de proveerlos por el sistema de mérito, de conformidad con el Artículo 125 constitucional.

v) Al revisar la norma que desarrolla el régimen especial de carrera de la Contraloría General de la República -Decreto 268 de 2000- se puede verificar que en ella se prevén situaciones tales como a. la provisión de empleos de carrera; b. la provisión de cargos de carrera vacantes en forma definitiva; c. la provisión de empleos en vacancia temporal; y d. la duración del encargo y los nombramientos provisionales. Lo anterior quiere decir que en esas disposiciones de carácter especial no se contempló la situación que se analiza en el *sub lite* que consiste en el cambio de naturaleza del empleo.

vi) En el asunto sometido a estudio no se produjo una vacancia temporal, pues ella se produce por a. renuncia aceptada; b. destitución; c. abandono del cargo; d. incapacidad total; e. reconocimiento pensional; f. orden judicial. Tales circunstancias son diferentes a la situación según la cual los empleos cuya naturaleza era considerada de libre nombramiento y remoción, cambió y pasaron a ser de carrera.

vii) En orden a lo anterior, la decisión de cambiar de naturaleza la vinculación de los empleados que venían prestando su servicio en ese empleo, con el propósito de no entorpecer la labor de la entidad, e invocar para ello normas que hacen parte del régimen general de carrera administrativa -Ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2005- no conlleva violación alguna, en cuanto tales disposiciones se aplican, en forma supletoria, en los regímenes especiales y, para el caso concreto, sí regulaban la situación que se pretendía resolver.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se trata de establecer si la Resolución 3087 del 28 de noviembre de 2013, expedida por la Contraloría General de la República está afectada por i) violación de los principios constitucionales y la ley; ii) expedición irregular; y iii) falsa motivación.

2.2. Marco normativo

El Artículo 125 de la Constitución Política establece que «los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera» con excepción de «los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley». De igual manera, establece que «los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público».

Ahora bien, el Artículo 268, numeral 10, *ibidem*, prevé que la Contraloría General de la República está amparada por un régimen especial de carrera administrativa, así:

ARTÍCULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

[...]

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. [...]

En desarrollo de tal preceptiva, se expidió el Decreto Ley 268 de 2000 «[P]or el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República» en el cual se clasificaron los empleos que hacen parte de su planta de personal, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3. 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. (se resalta)

Sin embargo, es necesario precisar que el cargo de director, al que, desde su creación, se le dio la naturaleza de libre nombramiento y remoción, fue considerado como de carrera por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-284 de 2011,⁶ en la cual se concluyó que «[c]onforme a la naturaleza de las funciones asignadas a cada dirección, no existe razón suficiente para que la provisión de estos cargos se haga de manera discrecional y no mediante un concurso, propio de la carrera administrativa, que asegure que ciudadanos calificados, con conocimientos, capacidades y calidades adecuadas para el desempeño de tales empleos accedan a estos cargos públicos dentro de la Contraloría General de la República».

Por otro lado, a través de la Ley 1474 de 2011, «[p]or la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública» en su Artículo 128, inciso 6, se dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 128. Fortalecimiento institucional de la Contraloría General de la República. Con el fin de fortalecer las acciones en contra de la corrupción, créanse dentro de la estructura de la Contraloría General de la República la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, la Unidad de Apoyo Técnico al Congreso y la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, las cuales estarán adscritas al Despacho del Contralor General y serán dirigidas por un Jefe de Unidad del mismo nivel de los jefes de las oficinas asesoras.

[...]

Para los efectos anteriores, créanse dentro de la planta global de la Contraloría General de la República dos cargos de director grado 03, cinco (5) cargos de profesional universitario grado 02 y tres (3) cargos asistenciales grado 04, de libre nombramiento y remoción. (Resalta la Sala).

La Corte Constitucional, a través de Sentencia C-824 de 2013⁷, declaró inexecutable la expresión «de libre nombramiento y remoción» contenida en el inciso sexto del Artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, por razones similares a las enunciadas en la Sentencia C-284 de 2011, que, en últimas, se concretan en que «las funciones que corresponden a estos cargos no justifican la excepción a la regla general de la carrera administrativa, toda vez que se encargan fundamentalmente de labores de ejecución, apoyo y asistencia profesional y técnica en cada uno de los campos asignados a dichas Unidades».

Ahora bien, en lo que respecta a la provisión de los empleos, la norma especial que rige la carrera especial de la Contraloría General de la República -Decreto Ley 268 de 2000- establece lo siguiente:

ARTÍCULO 12. Provisión de los empleos de carrera. La provisión de los empleos de carrera se hará, previo concurso abierto, por nombramiento en período de prueba.

ARTÍCULO 13. Provisión de cargos de carrera vacantes en forma definitiva. En caso de vacancia definitiva, si existiere lista de elegibles vigente, se procederá al nombramiento en período de prueba. Si no existiere, el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso.

Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular.

Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito. (Se destaca)

Parágrafo. Salvo las excepciones previstas en este decreto, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.

ARTÍCULO 14. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

ARTÍCULO 15. Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva, no podrá exceder los cuatro (4) meses.

Cuando por circunstancias debidamente justificadas ante el Consejo Superior de Carrera, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse hasta por cuatro (4) meses más y por una sola vez, previo concepto del Consejo Superior de Carrera.

PARÁGRAFO. Podrán realizarse encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, sin la apertura de concursos, por el tiempo que sea necesario, en los casos en que por autoridad competente se ordene la reestructuración o reforma de la planta de personal de la Contraloría General. (Se destaca)

De otro lado, en lo que respecta a la administración de personal de ese ente de control, el Artículo 45⁸ del Decreto Ley 268 de 2000, previó que se sujetaría a «las normas generales que rigen para la rama ejecutiva en el ámbito nacional, cuando ello sea necesario y en todo lo que no contradiga lo dispuesto en el presente decreto».

En concordancia con la anterior disposición, la Ley 909 de 2004 «[p]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones» en su Artículo 3º señaló que las disposiciones allí contenidas, se aplicaban, de manera supletoria, a los servidores públicos de carreras especiales como la de la Contraloría General de la República, así:

ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

[...]

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

[...]

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

Por su parte, la anterior norma, que rige la carrera administrativa, en materia de clasificación de empleos, identificó los siguientes: i) de carrera; ii) de elección popular; y iii) de libre nombramiento y remoción, últimos que obedecen a diferentes criterios señalados en el Artículo 5º *ejusdem*. Ahora bien, en tal disposición se previó la situación de cambio de naturaleza del empleo público, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 6. Cambio de naturaleza de los empleos. El empleado de carrera administrativa cuyo cargo sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña, si existiere vacante en la respectiva planta de personal; en caso contrario, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.

Cuando un empleo de libre nombramiento y remoción sea clasificado como de carrera administrativa, deberá ser provisto mediante concurso. (Resalta la Sala)

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 «[p]or el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998» previó lo siguiente:

ARTÍCULO 9. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador. (Se resalta).

2.3. Hechos probados

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

i) La Contraloría General de la República, publicó en el diario La República⁹ la convocatoria para proveer «los empleos vacantes de carrera administrativa especial por concurso abierto de méritos niveles directivo y asesor» y, en el aviso correspondiente, señaló que para la consulta de texto de las convocatorias se debía acceder a la página web de esa entidad a partir del 13 de noviembre de 2013, que las fechas de inscripción estarían comprendidas entre el 25 y el 29 de noviembre de ese año y la posibilidad de cargar los documentos, para el efecto, estaría habilitada entre el 25 de noviembre y el 1 de diciembre siguientes.

ii) El 15 de noviembre de 2013,¹⁰ el representante legal del Sindicato de Trabajadores sinaltrase formuló petición ante la gerente de talento humano de la Contraloría General de la República, en la cual solicitó lo siguiente:

Se proceda de manera inmediata a darle cumplimiento a lo establecido en los Artículos 2, 13, 14 y 15 del Decreto Ley 268 de 2000, y en la totalidad de los cargos convocados a concurso, es decir, donde exista el Nivel Directivo, grado 03, se proceda a llenar la vacante que se genera con su convocatoria, con funcionarios de carrera de esa misma dependencia.

iii) El 28 de noviembre de 2013,¹¹ la Contraloría General de la República expidió la Resolución 3087 -que constituye el acto acusado- «por medio de la cual se cambia la modalidad de vinculación de los cargos de Director del Nivel Directivo Grado 03 de la Contraloría General de la República, en cumplimiento de las Sentencias C-284 de 2011 y C-821 de 2013 de la consecuente apertura del Concurso de Méritos para proveer estos cargos dentro del Sistema de Especial (sic) de Carrera Administrativa de la CGR». Dentro de sus consideraciones se expusieron, entre otras, las siguientes:

Que, teniendo como fundamento las decisiones de la H. Corte Constitucional y la apertura formal del Concurso Público de Méritos Abierto, acorde con la Ley, actos mediante los cuales se consolida la categoría de cargos de carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República respecto del cargo de Director – Nivel Directivo – Grado 03, permitiendo con tal declaratoria la provisión de estos cargos mediante el encargo o nombramiento provisional, ante la ausencia lógica de lista de elegibles, conforme lo dispuesto por el Artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000.

Que, la Contraloría General de la República obrando conforme a lo dispuesto en el Artículo 3º del Decreto Ley 268 de 2000, los cargos de Director – Nivel Directivo – Grado 03, eran considerados hasta la promulgación de las Sentencias C-284/11 de Abril 13 de 2011 y C-824 de 2013, cargos de Libre Nombramiento y Remoción, y en este orden se vincularon en este status a la planta de personal de la Contraloría General de la República, los siguientes servidores públicos, conforme a la siguiente relación en donde se indica su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Entidad, con indicación de su identificación, así: (se precisa que en la tabla que se refleja a continuación se omitió el número de identificación de los servidores y tan solo se refirió la inicial de sus nombres, porque los datos no incluidos no son de interés para resolver la controversia).

nombres	apellidos	descripción del cargo	descripción centro de costo
a	cz	director- grado 3	dirección de estudios macroeconómicos
lf	ma	director – grado 3	dirección de cuentas y estadísticas fiscales
je	gr	director – grado 3	dirección de vigilancia fiscal sector agropecuario
mr	am	director – grado 3	dirección de gestión del talento humano

r del p	ap	director - grado 3	dirección de carrera administrativa
dh	rm	director - grado 3	dirección de promoción y desarrollo del control ciudadano
al	ls	director - grado 3	dirección de vigilancia fiscal sector social
m	gd	director - grado 3	dirección de juicios fiscales
ia	jm	director - grado 3	dirección de jurisdicción coactiva
ma	po	director - grado 3	dirección de vigilancia fiscal sector medio ambiente
yc	sc	director - grado 3	dirección de estudios sectoriales sector social
mp	lp	director - grado 3	dirección de investigaciones fiscales
lb	ab	director - grado 3	dirección de vigilancia fiscal sector infraestructura
ja	ct	director - grado 3	dirección de estudios sectoriales sector infraestructura
ma	mb	director - grado 3	dirección de vigilancia fiscal sector minas y energía
c	gz	director - grado 3	dirección de estudios sectoriales sector medio ambiente
sf	lc	director - grado 3	dirección de estudios sectoriales sector minas y energía
pe	mg	director - grado 3	dirección de vigilancia fiscal gestión pública
mp	v-s r	director - grado 3	dirección de estudios sectoriales gestión pública
pca	um	director - grado 3	dirección de estudios sectoriales sector defensa y justicia
sc	rc	director - grado 3	dirección de apoyo técnico al congreso
ja	gc	director - grado 3	dirección de seguridad y aseguramiento tecnológico
lm	aa	director - grado 3	dirección de atención ciudadana
mp	tg	director - grado 3	dirección de imprenta archivo y correspondencia

En aras de reordenar legalmente las situaciones administrativas y de personal generadas por los pronunciamientos de orden constitucional ya mencionado, y por ende no generar traumatismo alguno de orden institucional y posibilitar la continuidad en la ejecución de las políticas misionales, así como de cada uno de los procesos a cargo directo de estos servidores públicos, lo indicado, dada la vinculación vigente de libre nombramiento y remoción para con la Contraloría General de la República, lo propio es disponer a través del presente acto administrativo el cambio de naturaleza de la vinculación a título de provisionalidad a partir de la fecha en que se declare abierto formalmente el Concurso de Méritos Abierto para proveer los cargos de Director - Nivel Directivo - Grado 03.

Que en el orden planteado en el considerando anterior y de conformidad con los Artículos 12, 13 y 15 del Decreto Ley 268 de 2000, la provisión de los empleos de carrera se hará, previo concurso abierto; y el término de duración del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva, para el caso que nos ocupa, no podrá exceder los cuatro (4) meses, tiempo que podrá ser prorrogado hasta por cuatro (4) meses más, mediando circunstancias justificadas previa autorización del Consejo Superior de Carrera.

Que de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 9º y 10º del Decreto 1227 de abril 21 de 2005, -reglamentario de la Ley 909 de 2004- que establecen: que, tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador. (Negrilla propia del texto transcrito)

Que en atención a lo dispuesto por el Artículo 3º numeral 2. de la Ley 909 de 2004, las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como: la Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales, entre otros.

iv) El 29 de noviembre de 2013,¹² la Escuela Superior de Administración Pública emitió un comunicado de prensa en el que informó acerca del concurso abierto de méritos convocado para proveer los cargos de nivel asesor y directivo de la Contraloría General de la República.

v) En las Convocatorias 002-13, 003-13, 004-13, 005-13, 006-13, para proveer empleos en la Contraloría General de la República, se ofertaron los siguientes:

Director, grado 3, así:

- Dirección de Investigaciones (1 cargo)¹³
- Dirección de Juicios Fiscales (1 cargo)¹⁴
- Dirección de Jurisdicción Coactiva (1 cargo)¹⁵

- Dirección de Vigilancia Fiscal (7 cargos)¹⁶
- Direcciones de Estudios Sectoriales (7 cargos)¹⁷
- Dirección de Atención Ciudadana (1 cargo)¹⁸
- Dirección de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano (1 cargo)¹⁹
- Dirección de Apoyo Técnico al Congreso (1 cargo)²⁰
- Dirección de Cuentas y Estadísticas Fiscales (1 cargo)²¹
- Dirección de Estudios Macroeconómicos (1 cargo)²²
- Dirección de Recursos Financieros (1 cargo)²³
- Dirección de Recursos Físicos (1 cargo)²⁴
- Dirección de Imprenta, Archivo y Correspondencia (1 cargo)²⁵
- Dirección de Carrera Administrativa (1 cargo)²⁶
- Dirección de Gestión de Talento Humano (1 cargo)²⁷
- Dirección de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático (1 cargo)²⁸

vi) El 3 de diciembre de 2013,²⁹ la directora de carrera administrativa de la Contraloría General de la República respondió la petición formulada por el Sindicato sinaltrase -enunciada en el numeral ii) de este acápite- en los siguientes términos:

Que en cumplimiento de la ley, la administración ha proferido las Resoluciones Ordinarias No. 3087 del 2 de noviembre de 2013 “Por medio de la cual se cambia la modalidad de vinculación de los cargos de Director de Nivel Directivo Grado 03 de la Contraloría General de la República en cumplimiento de las Sentencias C-284 de 2011 y C-921 de 2013 de la consecuente apertura del Concurso de Méritos para proveer estos cargos dentro del Sistema de Especial (sic) de Carrera Administrativa de la CGR” y No. 3088 del 28 de noviembre de 2013, “Por medio del cual se terminan unas comisiones para desempeñar cargos de Director del Nivel Directivo Grado 03 de la Contraloría General de la República, en cumplimiento de la Sentencia C-284 de 2011 y de la consecuente apertura del Concurso de Méritos para proveer estos cargos dentro del Sistema de (sic) Especial de Carrera Administrativa de la CGR y se hacen unos encargos”.

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

2.4.1. Violación de la Constitución y la ley

A efecto de analizar los reproches invocados por el demandante en contra de la Resolución 3087 del 28 de noviembre de 2013, la Sala considera indispensable realizar un recuento acerca del empleo de director, grado 3, y el cambio de naturaleza que sufrió, como se explicará a continuación.

En primer lugar, se debe indicar que por virtud del Decreto Ley 268 de 2000 «[P]or el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República», en su Artículo 3º, se estableció que el cargo de director, grado 3, era de libre nombramiento y remoción.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-284 de 2011, concluyó que «[c]onforme a la naturaleza de las funciones asignadas a cada dirección, no existe razón suficiente para que la provisión de estos cargos se haga de manera discrecional y no mediante un concurso, propio de la carrera administrativa, que asegure que ciudadanos calificados, con conocimientos, capacidades y calidades adecuadas para el desempeño de tales empleos accedan a estos cargos públicos dentro de la Contraloría General de la República». En consecuencia, declaró inexecutable la expresión «Director» contenida en el Artículo 3º del Decreto Ley 268 de 2000, que lo incluía dentro de tal clasificación.

Más adelante, a través de la Ley 1474 de 2011, el Congreso de la República dictó normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública; para tal efecto, en su Artículo 128, inciso 6, creó dos cargos de director, grado 3, a los cuales les otorgó naturaleza de libre nombramiento y remoción.

En razón de lo anterior, al efectuar el análisis correspondiente, la Corte Constitucional dictó la Sentencia C-824 de 2013,³⁰ mediante la cual declaró inexecutable la expresión «de libre nombramiento y remoción» contenida en el inciso sexto del Artículo 128 de la Ley 1474 de 2011. En torno a lo anterior, concluyó:

En el caso concreto, a partir del análisis de las funciones específicas que les corresponden, la Corporación encontró que ninguna de las categorías de cargos creados en la norma acusada para las Unidades de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, Apoyo Técnico al Congreso y de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, correspondiente a director grado 03, profesional universitario grado 02 y asistenciales grado 04, encuadran en las condiciones señaladas por la jurisprudencia. Para la Corte, las funciones que corresponden a estos cargos no justifican la excepción a la regla general de la carrera administrativa, toda vez que se encargan fundamentalmente de labores de ejecución, apoyo y asistencia profesional y técnica en cada uno de los campos asignados a dichas Unidades. Ninguno de esos servidores públicos tiene facultad para formular o adoptar políticas institucionales o imponer directrices misionales o la orientación de la entidad en tales materias o que exijan un nivel cualificado de confianza. Su tarea en relación con esas políticas se ubica en el ámbito técnico y de ejecución de las mismas.

Lo anterior quiere decir que el empleo de director, grado 3, aunque en un principio fue concebido como de libre nombramiento y remoción, sufrió una modificación producto de las enunciadas sentencias de constitucionalidad que lo enmarcaron entre aquellos que hacen parte de la carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República.

En segundo lugar, se debe señalar que, como consecuencia de la mutación en la naturaleza del empleo de director, grado 3, la Contraloría General de la República se vio en la necesidad de convocar a concurso abierto de méritos para proveer los cargos de tal denominación, en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 12³¹ del Decreto Ley 268 de 2000, y procedió de conformidad, como consta en las Convocatorias 002-13, 003-13, 004-13, 005-13, 006-13.³²

En tercer lugar, es preciso referir que dadas las especiales circunstancias que rodearon la situación, esto es, el cambio de naturaleza que sufrió el empleo, la entidad demandada tenía que acudir a las normas aplicables, a efecto de definir la situación del personal que venía ocupando los empleos, bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, dando el carácter de provisional a su vinculación, mientras se surtía el proceso de selección a través del concurso abierto de méritos convocado.

Para efecto de lo anterior, la Contraloría General de la República dictó la Resolución 3087 de 28 de noviembre de 2013,³³ que constituye el acto acusado, por medio de la cual decidió «cambia[r] la modalidad de vinculación de los cargos de Director del Nivel Directivo Grado 03» que venían vinculados en calidad de libre nombramiento y remoción y, en su lugar, declarar que, a partir del 2 de diciembre de 2013, tales servidores se entendían nombrados en provisionalidad.

Uno de los reparos planteados por el demandante, en torno a la anterior determinación, se sustentó en que la Contraloría General de la República quebrantó el Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, en tanto que se sustentó en una norma ajena a la carrera especial, con el fin de desconocer el derecho de los servidores de carrera para acceder, por encargo, al empleo de director, grado 3, mientras se surtía el proceso de selección correspondiente.

El Artículo 3 de la norma que se dice quebrantada establece la clasificación de los cargos al interior de la Contraloría General de la República y los discrimina entre aquellos que hacen parte de la carrera especial de esa entidad y aquellos que tienen el carácter de libre nombramiento y remoción.

Al analizar el contenido de la norma con el acto bajo censura, se puede concluir que la entidad demandada no vulneró la previsión del Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, pues, en momento alguno, desconoció la naturaleza del empleo de director, grado 3; por el contrario, fue el interés de acatar las sentencias de constitucionalidad, lo que sustentó la decisión de cambiar la modalidad de la vinculación de los servidores que venían desempeñando en esos empleos, de modo que no se vislumbra vulneración del Artículo en cita y, en particular, de la clasificación de los empleos.

Ahora bien, la Sala considera que de acuerdo con la fundamentación invocada por el demandante, en lo que corresponde a la presunta violación del Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, pudo tratarse de un error en la invocación del Artículo y que el que pretende desconocido fue el Artículo 1 *ibidem* que prevé que esa entidad «goza de un régimen especial de carrera administrativa» y que ese decreto «se refiere, en forma exclusiva, al régimen especial de carrera de la Contraloría General de la República»; lo anterior, porque el sustento de la censura que se planteó en la demanda en torno a ese tópico consistió en que la entidad se fundó en una normativa extraña a la especial que los ampara.

Pues bien, para analizar tal reproche, es necesario hacer mención a las demás disposiciones que consideró resultaron vulneradas, pues el cargo guarda conexidad con todas ellas. En efecto, el actor consideró desconocidas las normas propias que rigen la carrera especial de la Contraloría General de la República, en tanto la entidad se abstuvo de aplicar el Artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000 que prevé lo relativo a la provisión de los empleos cuando se presenta la vacancia definitiva y no acudir, como lo hizo, al Artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, pues, aunque esta puede aplicarse, de manera supletoria, a ese ente de control, ello solo procede ante ausencia de norma que rija la materia.

Con el objeto de determinar si la fundamentación normativa expuesta por el demandante era aplicable para definir la situación que se presentó como resultado de las sentencias de constitucionalidad mencionadas, la Sala considera oportuno señalar que el Artículo 13 del Decreto Ley 268 de 2000 regula lo relativo a la «provisión de cargos de carrera vacantes en forma definitiva» y, para tal efecto, establece tres supuestos, a saber: i) si existe lista de elegibles vigente, procede el nombramiento en período de prueba; ii) si no existe lista de elegibles vigente, «el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso»; iii) en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

Como se ha relatado con antelación, debido a la situación de cambio de naturaleza del empleo de director, grado 3, y la evidente inexistencia de

lista de elegibles, la Contraloría General de la República procedió a iniciar los trámites tendientes a proveer esos empleos bajo el sistema de mérito, de manera que los pudiera suplir en los términos señalados en el primero de los supuestos enunciados en el párrafo anterior.

Ahora bien, el actor sostiene que mientras se surtía el proceso de selección, se debió permitir a los empleados de carrera acceder a un encargo, tal como lo dispone el segundo de los supuestos en referencia. Sin embargo, tal proceder, en primer término, es facultativo, pues, precisamente el legislador lo previó como una posibilidad al utilizar el vocablo «podrá»³⁴ y no como un imperativo, caso en el cual habría empleado la expresión «deberá»³⁵ y, en segundo lugar, la administración no podía desatender que estaba ante una situación que, en estricto rigor, no estaba consagrada en el régimen especial de carrera de la Contraloría General de la República, como es el hecho del cambio de naturaleza de un empleo, en el cual venían vinculados algunos servidores.

Precisamente ante la falta de previsión al respecto, la entidad demandada acudió a la Ley 909 de 2004, que rige la carrera administrativa en general, y que se aplica, en forma supletoria, a las carreras especiales como la de la Contraloría General de la República, tal como lo establece el Artículo 3, numeral 2, *ibidem*. De manera que ante un vacío normativo como el que se hizo evidente por la situación enunciada, era aplicable la ley general.

Ahora bien, el Artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, sí regulaba la situación a la que se vio enfrentado el ente de control, en efecto, en su inciso segundo la norma enunciada previó que «[t]endrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador».

La disposición en referencia regula con mayor precisión la situación ocurrida en lo que respecta al empleo de director, grado 3, de la Contraloría General de la República, toda vez que, por virtud de las sentencias de constitucionalidad citadas con antelación, dejó de ser de libre nombramiento y remoción y se convirtió en empleo de carrera; por lo tanto, la vinculación de los empleados que venían ejerciéndolos adquirió el carácter de provisional.

Lo anterior lleva a concluir que la norma de que hizo uso la entidad demandada, en el acto cuestionado, era la que más se adaptaba a la situación acaecida como resultado de la inexequibilidad de las expresiones «director» del Artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000 y «libre nombramiento y remoción» del inciso 6, del Artículo 128 de la Ley 1474 de 2011.

Por otro lado, el demandante sostuvo que la cita de las normas empleadas fue parcial y no completa y tan solo se refirió a lo que de ellas beneficiaba a los empleados que venían ocupando los empleos bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, pues, en realidad, lo que estas preveían trataba asuntos relacionados con vacancias temporales.

En este punto, es oportuno precisar que no es cierto, como lo pretende hacer ver el demandante, que se hubiera acudido a normas que rigen la vacancia temporal, pues, aunque el inciso 1 del Artículo 9 del Decreto 1227 de 2005 se refiere a un supuesto de provisión en caso de «vacancias temporales», el inciso 2 de esa norma se refiere, en forma concreta, a la situación que ocurrió en la Contraloría y no es otra que el cambio de naturaleza del empleo, que, se repite, mutó de libre nombramiento y remoción a la carrera administrativa especial de la entidad. Por lo tanto, no cabe duda que era la disposición a la que se debía acudir para llenar el vacío de lo no contemplado en la norma especial, pues en su segundo inciso comprendía, en forma clara y específica, la situación de modificación de la naturaleza del empleo.

Otro argumento que invocó el demandante consistió en que los Artículos 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, no habilitaban para cambiar la naturaleza de los nombramientos de libre nombramiento y remoción que recaían en quienes estaban ocupando los empleos de director, grado 3. Sin embargo, el demandante no explicó las razones por las cuales, en su sentir, la norma en comento no permitía tal modificación y, por el contrario, al verificar el contenido del Artículo 9, en particular su inciso 2, la Sala concluye que esta disposición, de por sí, prevé el cambio de la naturaleza del nombramiento pues señala «[t]endrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera».

Esta Corporación considera que la norma en referencia es totalmente clara en establecer el cambio del carácter del nombramiento, cuando se da una circunstancia de cambio de naturaleza del empleo, como la ocurrida en el ente de control demandado, razón por la cual no encuentra sustento la afirmación del demandante y todo ello impide declarar probado el cargo propuesto.

2.4.2. Expedición irregular

Para el actor, el proceder de la Contraloría General de la República debió ceñirse al orden que establece el Artículo 12 del Decreto Ley 268 de 2000, es decir, que ante la falta de lista de elegibles, para proceder al nombramiento en periodo de prueba, se debió acudir a la figura del encargo, que es la segunda alternativa que prevé la norma, y no al nombramiento provisional, que es la última opción que esta plantea, de donde surge que el demandante pretende hacer evidente un error de procedimiento que se podría enmarcar en el cargo de expedición irregular.

En relación con la anterior interpretación, la Subsección precisa que, en el caso que se analiza, no se produjo, como tal, uno o varios nombramientos provisionales para cubrir las vacantes de los cargos de director, grado 03, lo que se procedió fue a modificar o cambiar la modalidad del nombramiento de quienes venían vinculados en esos empleos, debido al cambio de naturaleza de estos. En las anteriores condiciones es forzoso concluir que el planteamiento de reproche que formula el actor parte de una premisa errónea, pues, en estricto rigor, no hubo nuevos nombramientos, sino que se produjo la mutación de la modalidad de vinculación que venían ostentando los servidores que, para ese entonces, fungían como director, grado 3, lo cual se sustentó en una disposición válidamente aplicable, como se explicó previamente, razón

por la cual no prospera el cargo.

2.4.3. Falsa motivación

El cargo de falsa motivación lo hizo consistir en que la Contraloría General de la República se fundó en el Artículo 25 de la Ley 909 de 2004 que rige en materia de provisión de empleos en vacancia temporal, pero esta situación era ajena a la que, en realidad, acontecía respecto de los aludidos cargos de director, pues se encontraban en vacancia definitiva y, por esa razón, si se había decidido acudir a la ley general, no se debió emplear la previsión del Artículo en cita, sino el 24 *ibidem* que es el que contiene lo relativo a la provisión de empleos en vacancia definitiva.

Al revisar con detenimiento las consideraciones del acto acusado y el marco normativo que en él se invocó, la Sala no encuentra ninguna mención al Artículo 25 de la Ley 909 de 2004, no obstante, como en él se prevé lo relativo a la provisión de empleos en casos de vacancias temporales y, para tal efecto, se refiere a la provisionalidad, como una forma de cubrir ese tipo de vacantes, la Sala concluye que el argumento se contrae a reiterar la inconformidad en cuanto a que se prefirió el nombramiento provisional, en lugar del nombramiento en encargo y, de ese modo, se desconoció el derecho de los servidores de carrera a acceder a esos empleos.

Frente a tal argumento, la Sala considera que se debe acudir a lo expuesto en el acápite 2.4.1. de esta providencia, en el cual se explicó, en forma clara, que la intención de la entidad demandada, en modo alguno, estuvo orientada a desconocer el derecho que les podría asistir a los empleados de carrera para acceder a un encargo, sino a aplicar la norma que más se adecuaba a la situación que atravesaba la entidad, en tanto que se produjo un cambio en la naturaleza del empleo que venían ocupando unos servidores y, por ello, la manera como debía proceder, en aplicación de la normativa aplicable, era modificar la modalidad de la vinculación.

Actuar como pretendía el demandante, sería tanto como haber exigido a la entidad que desvinculara a los empleados que venían ostentando esos empleos, en calidad de empleados de libre nombramiento y remoción, producto de la decisión de la Corte Constitucional de cambiar la naturaleza los cargos, lo que hubiera contrariado el hecho de que el nombramiento y ejercicio del empleo, por parte de ellos, era válido a la luz de la normativa que regía al momento de producirse tal mutación y que, en todo caso, existía una preceptiva que legalmente era aplicable ante esta situación, como es la modificación en la modalidad de la vinculación, tal como se procedió.

Las razones anteriores son suficientes para considerar que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto acusado, razón por la cual se deberán denegar las pretensiones de la demanda.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016³⁶, 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 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 el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como se trató de un asunto de interés público,³⁷ la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante.

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional y en el acervo probatorio, la Sala considera que la resolución enjuiciada no está afectada por los vicios de ilegalidad invocados por el demandante lo que conlleva denegar las súplicas de la demanda y no habrá condena en costas.

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

FALLA

Primero.- Denegar las pretensiones de la demanda en el proceso de nulidad instaurado por el señor Diego Francisco Álvarez Ortiz, en contra de la Contraloría General de la República, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que anteceden.

Segundo.- Abstenerse de condenar en costas.

Tercero.- Reconocer al abogado Diego Fernando Fonnegra Vélez como apoderado judicial de la Nación, Contraloría General de la República, en la forma y términos del poder allegado vía correo electrónico el 3 de julio de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el Artículo 186 del CPACA.

DDG

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 92 a 96.
2. CD folio 105 y folios 106 a 112.
3. Folios 123 a 127.
4. Folio 134.
5. Folios 128 a 133.
6. M.P. María Victoria Calle Correa.
7. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
8. Artículo 45. Administración de personal de la Contraloría General de la República. Las normas con base en las cuales se administrará el personal de la Contraloría serán las contenidas en las normas generales que rigen para la rama ejecutiva en el ámbito nacional, cuando ello sea necesario y en todo lo que no contradiga lo dispuesto en el presente decreto y demás normas especiales propias de la Contraloría General de la República.
9. Folios 1 y 2.
10. Folios 51 a 53.
11. Folios 55 a 59.
12. Folio 3.

13. Folios 9 a 15.

14. Folios 9 a 15.

15. Folios 9 a 15.

16. Folios 16 a 23.

17. Folios 16 a 23.

18. Folios 16 a 23.

19. Folios 16 a 23.

20. Folios 16 a 23.

21. Folios 24 a 30.

22. Folios 24 a 30.

23. Folios 31 a 38.

24. Folios 31 a 38.

25. Folios 31 a 38.

26. Folios 31 a 38.

27. Folios 31 a 38.

28. Folios 39 a 45.

29. Folio 54.

30. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

31. «La provisión de los empleos de carrera se hará, previo concurso abierto, por nombramiento en período de prueba».

32. Folios 16 a 45.

33. Folios 55 a 59.

34. Del verbo «poder» cuyo significado en el diccionario de la Real Academia Española es «Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo.»

35. Del verbo «deber» cuyo significado en el Diccionario de la Real Academia Española es «Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva.»

36. 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.

37. «Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas,»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:39:19