



Función Pública

Sentencia 437301 de 2023 Departamento Administrativo de Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., dos (2) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-42-000-2017-04373-01 (1939-2020)

Actor: JOSÉ FRANCISCO ARDILA MEDINA

Demandado: Nación - Contraloría General de la República

Tema: Retiro del servicio de empleado temporal para el Sistema General de Regalías; no configuración de las causales de nulidad porque el nominador estaba facultado para efectuar ajustes a dicha planta. Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección B, negó las pretensiones de la demanda promovida por el demandante.

ANTECEDENTES

La demanda

El señor José Francisco Ardila Medina, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de los siguientes actos administrativos^[1]:

-Resolución ORD-81117 00929 del 6 de abril de 2017 “Por la cual se ordena el retiro del servicio de un funcionario”, proferida por el Contralor

General de la República, mediante la cual ordenó el retiro del servicio de José Francisco Ardila Medina del cargo de Contralor Delegado Intersectorial Nivel Directivo grado 04 SGR en el Grupo Interno Control Fiscal Micro.

-Resolución ORD-81117-01620 del 31 de mayo de 2017 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución Ordinaria N° 81117-00929 del 6 de abril de 2017”*, que confirmó en su integridad la resolución recurrida.

A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la declaratoria de nulidad anterior solicitó: condenar a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o de superior jerarquía; reconocer y pagar todos los sueldos y demás emolumentos prestacionales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta cuando sea reintegrado; el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 CPACA, con el respectivo de pago de intereses moratorios y que dichas sumas sean actualizadas hasta la fecha en que se cumpla la sentencia que le ponga fin al proceso acorde con el artículo 187 *ídem*. Pidió el reconocimiento de la indemnización por desvinculación o despido injusto.

1.1 Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda fueron así relatados por el apoderado judicial del demandante:

El señor José Francisco Ardila Medina fue nombrado mediante Resolución ORD 8117-0002951 del 10 de diciembre de 2014 para desempeñar el cargo de Contralor Delegado Intersectorial Nivel Directivo grado 04 en Grupo Interno de enlace en la planta temporal de regalías de la Contraloría General de la República, siendo posesionado el 15 de enero de 2015.

El anterior nombramiento fue de carácter ordinario no temporal y fue a un cargo del nivel directivo, el cual desempeñó de manera ininterrumpida sin solución de continuidad desde el momento en que tomó posesión hasta cuando fue retirado del servicio, demostrando dedicación, ética y compromiso con la entidad, al punto que no fue objeto de llamados de atención, ni de investigación disciplinaria.

A través de la Resolución ORD-81117-00929 del 6 de abril de 2017 el Contralor General de la República lo retiró del servicio con fundamento en el artículo 42 del Decreto Ley 2190 de 2016, al considerar que la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo desempeñado por el actor, decisión ésta que no encuentra justificación toda vez que existen 30 cargos con la misma denominación, código y grado, aunado a que no existe un estudio que demuestre la razón técnica o jurídica por la cual se escogió específicamente el cargo que el actor desempeñaba.

Mediante el Decreto Ley 1539 de 2012 expedido en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 1530 de dicha anualidad, se creó la planta temporal de empleos del Sistema General de Regalías de la CGR, que cuenta con 338 cargos que son financiados por presupuestos bianuales.

Contra la Resolución ORD-81117 -00929 del 6 de abril de 2017 el demandante interpuso recurso de reposición que fue decidido negativamente mediante la Resolución ORD-81117-01620 del 31 de mayo de 2017 notificada el 1° de junio.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

Fue invocada como transgredida por los actos administrativos demandados la siguiente normatividad: los artículos 2°, 4°, 6°, 25, 29, 53, 123 numeral 2° y 125 de la Constitución Política; así como los artículos 25 y 61 del Decreto Ley 2400 de 1968; el artículo 105 del Decreto Ley 1950 de 1973; los artículos 4°, 5°, 21, 47 y 48 de la Ley 909 de 2004; el artículo 4° del decreto reglamentario 1227 de 2004; el 42 del Decreto Ley 2190 de 2016 y el 152 de la Ley 1530 de 2012.

La parte actora invocó como causales de nulidad de los actos administrativos acusados: i) la infracción de las normas en que deberían fundarse;

ii) su expedición en forma irregular y iii) la falsa motivación, que fueron sustentadas así:

1.2.1. La motivación del retiro del servicio relativa a *“la apropiación presupuestal que era insuficiente”*, no es considerada una causal de nulidad ni por el artículo 125 de la Constitución Política ni en los artículos 25 y 61 del Decreto Ley 2400 de 1968, el 105 del Decreto Ley 1950 de 1973, el 41 de la Ley 909 de 2004 disposiciones legales que no estipulan como motivo de desvinculación laboral, la ausencia de apropiación suficiente de recursos para financiar un empleo, de allí que los actos acusados incurrieron en infracción de las normas en que debían fundarse y desviación de poder del nominador.

1.2.2. La autoridad nominadora al expedir las resoluciones acusadas de nulidad omitieron dar cumplimiento al artículo 42 del Decreto Ley 2190 de 2016, pues a pesar de que aludió a esta norma en los actos demandados, debió ajustar la planta de personal en los términos exigidos por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales. De allí que desvincular del servicio al demandante, escogió el camino del atajo y de la vía más corta, utilizando una causal de retiro no prevista en la Constitución y en la Ley, cuando lo que debió hacer era la supresión del empleo previo los estudios que lo soportaran.

1.2.3. Las resoluciones adolecen de falsa motivación al justificar que la desvinculación obedeció a que el demandante era un funcionario de carácter temporal, cuando lo cierto es que en la resolución de nombramiento la naturaleza jurídica de su nombramiento fue la de un nombramiento ordinario y nunca se aludió a la temporalidad, al no cumplirse las exigencias previstas por el artículo 4° del decreto reglamentario 1227 de 2005 y los artículos 1° y 21 de la Ley 909 de 2004.

A juicio de la parte activa, el nombramiento para el cargo de carácter directivo, ubicaba al señor Ardila Medina en un empleo de gerencia pública desprovisto de cualquier condición legal de funcionario temporal, ocasional o transitorio, para lo cual transcribió el contenido de los artículos 5°, 47 y 48 de la Ley 909 de 2004, legislación aplicable también a la Contraloría General de la República. De allí que resultó desconocido el principio de realidad en material laboral previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

1.2.4. De acuerdo con la función de vigilancia y control fiscal reconocida a la Contraloría General de la República sobre los recursos del Sistema General de Regalías que es de carácter permanente, las resoluciones demandadas incurrieron en falsa motivación al denominarse erradamente en el Decreto Ley 1539 de 2012, que era para la Planta Temporal del Sistema General de Regalías de la entidad, pues no se le puede otorgar carácter transitorio a una función que en virtud del artículo 267 constitucional es permanente.

De allí que las regalías al no ser una renta ocasional ni transitoria de la Nación, según el artículo 360 de la Carta Política y el Acto Legislativo 05 de 2011, por cuanto constituyen un ingreso permanente de la Nación por la explotación de los recursos naturales, ameritan que su vigilancia y control fiscal no sea transitorio.

1.2.5. Existe un fin oculto en los actos administrativos de desvinculación del servicio del demandante que conllevan abuso o desviación de poder por parte del Contralor General de la República, toda vez que en la planta de personal de regalías de la entidad conforme el Decreto Ley 1539 de 2012, existen 30 cargos de la misma denominación, código y grado del que ocupaba el demandante, pero lo cierto es que se desconocen los estudios de orden jurídico y técnico que se tuvieron en cuenta para escogerlo y seleccionarlo para retirarlo del servicio.

Lo anterior por cuanto si la justificación invocada era la insuficiente apropiación financiera, tal decisión debió afectar por igual a los 30 empleados y no solamente al cargo que precisamente ocupaba el señor Ardila Medina. De tal manera que tal decisión, vulneró los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas, al contener una decisión abusiva de la Administración motivada en un interés oculto, pues la decisión en los actos contenida no obedeció a razones legales, ni de orden técnico, ni a estudios objetivos ni a razones de mejoramiento del servicio, por lo que se traduce en una decisión caprichosa y arbitraria del nominador y a la “mala suerte” al haber sido seleccionado al azar el demandante para ser despedido.

1.2.6. Existe falsa motivación en los actos acusados cuando en ellos se invoca como soporte para la desvinculación del funcionario, la existencia de un estudio técnico, como quiera que este documento no le fue entregado al demandante al momento de la notificación del primer acto administrativo demandado, ni tampoco aparece incorporado al texto del mismo.

Cuestionó además que dicho estudio técnico estaba en la obligación la demandada de haberlo sometido a revisión y a la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, según lo exige la Ley 909 de 2004 y los artículos 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005, que exigen que para modificar o ajustar las plantas de personal de las entidades del orden nacional, el cumplimiento de requisitos de obligatorio cumplimiento.

Contestación de la demanda

El apoderado judicial de la Contraloría General de la República en memorial radicado dentro de la oportunidad procesal, respecto de los hechos algunos los reconoció como ciertos mientras que otros los negó, pero en cuanto a las pretensiones de la demanda solicitó fueran negadas, mediante los siguientes argumentos[2]:

El tratamiento de la planta temporal de regalías, no puede implicar su equiparación con los empleos de carrera administrativa, pues dichos cargos fueron creados por norma especial en la que su esencia fue la temporalidad, ya que la misma ley de creación sujetaba su existencia a la disponibilidad presupuestal.

Advirtió que, si bien es cierto, según la Corte Constitucional dichos empleos no se podían considerar como de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que el retiro del accionante no atendió dicha circunstancia, sino la causal que había sido prevista por el legislador relativa a la reducción de la referida planta de personal ante la insuficiencia presupuestal.

Destacó que la desvinculación demandada fue la expresión de la facultad del nominador que se entiende emitida en aras de la preservación del buen servicio y del mejoramiento del desempeño de la función de vigilancia fiscal, decisión cobijada por la presunción de legalidad.

Refirió que en la Resolución ORD8117-0002951 del 10 de diciembre de 2014 por medio de la cual fue nombrado el demandante en el cargo sobre cual pretende su reintegro, fue citado el Decreto 1539 de 2012 de creación de la planta temporal en el que se le advirtió que los gastos generados en virtud de dicho nombramiento, se financiarían exclusivamente con cargo a los recursos previstos en el artículo 103 de la Ley 1530 de 2012. De allí que era clara la temporalidad que ostentaba la planta de personal y su no equiparación con la planta de carrera administrativa de la entidad.

En cuanto a la aplicabilidad de la Ley 909 de 2004 señaló el apoderado de la demandada que es a título de norma supletoria en lo no previsto por la Ley 268 de 2000 legislación que se prefiere, por ser el régimen propio que regula la Contraloría General de la República.

En cuanto a las funciones asignadas a la planta creada, indicó que son las previstas en los decretos 268 y 269 ambos de 2000, que la incorporación del personal para el desempeño de dichos cargos, corresponde a una planta especial por tratarse de funciones ocasionales y específicas para la vigilancia del Sistema General de Regalías, pese a que en sentido estricto corresponden a las funciones propias y misionales del ente de control, pero que no se pueden confundir con las desarrolladas por funcionarios de carrera específica de la entidad.

Mencionó que el señor José Francisco Ardila Medina poseía una situación administrativa de inestabilidad laboral, al desempeñar un cargo perteneciente a la planta de carácter temporal, por lo que su retiro del servicio obedeció a la situación prevista en el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016 en concordancia con los artículos 2 del Decreto 1539 de 2012, el 4° del Decreto 1227 de 2005, 70 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, en la medida que no existían apropiaciones presupuestales suficientes para el cubrimiento de sus emolumentos.

El vocero de la entidad de control fiscal demandada desestimó la configuración de todas las causales de nulidad invocadas por el accionante.

Propuso las siguientes excepciones: i) improcedencia de la pretensión por falta de causal de nulidad de los actos y por inexistencia de derecho a restablecer y la ii) innominada.

Audiencia Inicial

El día 16 de octubre de 2018 se adelantó ante al Despacho Ponente del Tribunal de primera instancia Audiencia Inicial del artículo 180 CPACA, a la cual asistieron los apoderados de los extremos procesales y el delegado del Ministerio Público. Respecto de la excepción propuesta por la demandada, consideró que se constituye como excepción de mérito que será resuelta en la providencia, mientras que la fijación del litigio consistió *“en determinar si el señor JOSÉ FRANCISCO ARDILA MEDINA, tiene derecho o no, a que se le reintegre al cargo que venía desempeñando y de reintegrarse que se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo transcurrido desde la fecha en que fue desvinculado hasta cuando fuere reintegrado.”*[3]

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección B mediante sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda sin condena en costas al demandante, con fundamento en las siguientes motivaciones[4]:

Afirmó que conforme el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, los empleos temporales son creados para situaciones excepcionales, se trata de empleos transitorios y, debe la entidad respectiva acreditar para su creación, unas exigencias previstas en la norma y justificarla con una motivación técnica para cada caso.

En cuanto a la planta de empleos temporales de la Contraloría General de la República, señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que encuentra su regulación en el siguiente marco normativo: i) Ley 1530 de 2012 que asignó la vigilancia y el control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías; ii) el Decreto 1539 de 2012 que creó una planta temporal de empleos en el ente de control fiscal; iii) Leyes 1606 de 2012 y 1744 de 2014 que respectivamente decretaron el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2014 y del 1° de enero de 2015 a 31 de diciembre de 2016 y, iv) el Decreto 2190 de 2016 que decretó el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018, por lo que el Contralor General de la República en virtud del artículo 42, tenía facultad para efectuar ajustes a la planta de personal y para reducir, suprimir o refundir empleos en la planta temporal.

En cuanto a la Resolución ORD-8117 -00929 del 6 de abril de 2017 que ordenó el retiro del servicio del demandante del cargo de Contralor Delegado Intersectorial, nivel directivo, grado 04, no adolece de falsa motivación al haber consignado que *“la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo (...) desempeñado por JOSÉ FRANCISCO ARDILA MEDINA”*, por cuanto: i) se encuentra prevista como una de las causales para retirar del servicio a un servidor de un empleo temporal, según el inciso final del numeral 4° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004. De allí que el Contralor General de la República se encontraba facultado para realizar la desvinculación por motivo de ajustes a los montos requeridos para la financiación del empleo temporal.

En segundo término, el Tribunal de primera instancia afirmó contrario a lo alegado por el actor, que la demandada sí dio cumplimiento al parágrafo del artículo 42 del Decreto 2190 de 2016, por lo que al advertir las escasas durante la ejecución del presupuesto para la planta temporal, se vio obligado a efectuar ajustes a los montos tal y como así lo previó la disposición normativa que lo facultaba para revisar la estructura de la Planta de Personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales.

De acuerdo con lo expuesto, teniendo en cuenta que la desvinculación del demandante devino por disposición de la norma que regula a los empleados temporales, la decisión del Contralor General de la República de retirarlo del servicio se dio porque la apropiación existente era insuficiente para financiar el empleo, hecho que se constituye en una razón objetiva y legítima de la decisión demandada.

Al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas al demandante, al no encontrar reunidos los presupuestos exigidos por el artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 CGP.

Recurso de apelación

El demandante a través de apoderado judicial impugnó el fallo de primera instancia, solicitó su revocatoria para en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, al cuestionar en un voluminoso escrito los siguientes aspectos de la providencia[5].

La sentencia de primera instancia no se pronunció sobre la totalidad de los seis cargos de nulidad invocados en la demanda. Reiteró la nulidad por la infracción de las normas en que debían fundarse y expedición irregular de los actos administrativos demandados, por cuanto en el ordenamiento jurídico no está prevista como causal de retiro del servicio *“la apropiación insuficiente de recursos para financiar el empleo”*, evento este en el que debió previamente haberse suprimido el empleo que ocupaba el actor, bajo las exigencias de la Ley 909 de 2004 y del Decreto 1227 de 2005.

Afirmó que el nominador al haber creado una nueva causal de retiro del servicio incurrió en desviación de sus atribuciones legales y en extralimitación de sus funciones, causal de nulidad que fue analizada en el fallo impugnado por fuera de contexto. Lo anterior, porque el inciso final del numeral 4° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 adicionado por el Decreto Ley 894 de 2017[6], no operaba para el demandante pues esta legislación regula aspectos relacionados con los acuerdos de paz y la terminación del conflicto armado.

En segundo término, reiteró el apelante la causal de nulidad relativa a la omisión del cumplimiento del artículo 42 del Decreto Ley 2190 de 2016 en que incurrió la demandada, por cuanto al haber advertido la Contraloría durante la ejecución del presupuesto del Sistema General de Regalías del bienio 2017-2018 la insuficiencia de recursos, debió proceder a revisar la estructura de la planta de personal reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos en los términos previstos del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de los artículos 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005 y con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Criticó en tercer lugar que en el estudio técnico aportado al proceso por la demandada no se acreditó *“la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo”* pues no aparece probado que se hubieran disminuido los montos presupuestales de regalías para revisar y ajustar la planta de personal, argumento que fue dado por cierto por el Tribunal de primera instancia pero que el propio accionante encontró que no estaba acreditado con fundamento en el análisis efectuado al Boletín Macro Sectorial Año 2, N° 5 marzo 22 de 2017 elaborado por la propia Contraloría General de la República tres semanas antes al retiro del actor.

El impugnante con fundamento en el anterior documento, elaboró un cuadro ilustrativo de la variación que tuvo el presupuesto inicial o proyectado versus el presupuesto de cierre o ejecutado por la Contraloría General de la República, relativo al Sistema General de Regalías durante los cuatro bienios 2013-2014, 2015-2016, 2017-2018 y 2019-2020, mediante el cual efectuó sus propias conclusiones aduciendo por ejemplo que el único bienio que presentó reducción no muy significativa financiera fue el primero.

Cuestionó el apelante según sus propias interpretaciones del Boletín N° 5 del 22 de marzo de 2017, que de dónde entonces la Contraloría tomó la información presupuestal al publicar dicho documento, con fundamento en la cual optó por el retiro del servicio del actor de la planta de empleos del Sistema General de Regalías.

En suma, a juicio del censor, este boletín acreditó que no existió reducción de ingresos durante el bienio 2017-2018 y que por el contrario, se dio un incremento en los montos presupuestales de regalías para el bienio siguiente, razón por la cual es falsa la motivación de los actos administrativos demandados en cuanto al estudio técnico.

El cuarto argumento de discrepancia es el relativo a la naturaleza del empleo desempeñado que no se le podía considerar como temporal, por cuanto se acreditó que el nombramiento del señor José Francisco Ardila Medina no tuvo la naturaleza jurídica de un nombramiento de carácter temporal, al no cumplir las exigencias de los artículos 1° y 21 de la Ley 909 de 2004 y del artículo 4° del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, sino que fue vinculado a través de un nombramiento ordinario.

Destacó que en el caso del demandante fue nombrado para un cargo de carácter directivo, que lo ubicaría en la categoría de un empleado de gerencia pública por lo que no se le puede considerar como un cargo temporal, aunado a que en el acto de nombramiento no se fijó un período

de duración.

En quinto lugar, esgrimió como razón de inconformidad que la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría sobre los recursos del Sistema General de Regalías en Colombia[7], es de carácter permanente según lo prevé el artículo 267 de la Carta Política y el Acto Legislativo 05 de 2011 que modificó los artículos 360 y 361 superiores creando de manera permanente dicho sistema como contraprestación económica a favor del Estado.

A juicio de la parte activa, la mal denominada “planta temporal” de personal del Sistema General de Regalías de la Contraloría General de la República creado por el Decreto Ley 1539 de 2012 en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1530 de 2012, no corresponde a una planta temporal toda vez que está funcionando durante varios años continuos desde su creación de manera ininterrumpida y permanente sin solución de continuidad, con el fin de ejercer una función constitucional del ente de control que es permanente. Por este motivo aduce que las resoluciones demandadas fueron falsamente motivadas.

El sexto motivo de controversia reiterado en la alzada, es el relativo al fin oculto que conllevó al abuso o desviación de poder del Contralor General de la República al emitir los actos administrativos demandados, por cuanto no existe motivación para haber retirado del servicio al actor toda vez que en la planta de personal de regalías existen 30 cargos de la misma denominación, código y grado del que fue desvinculado, sin que se conozcan los estudios de orden jurídico y técnico tenidos en cuenta por el nominador para seleccionar justo al actor, pues al argumentar que era por escasez presupuestal este supuesto debió afectar por igual todos los 30 cargos. Esta decisión evidencia mala suerte y que fue seleccionado al azar para ser despedido.

El séptimo y último argumento de inconformidad es el relativo a la falsa motivación porque al momento de la notificación de las resoluciones acusadas de nulidad, al demandante no le fue entregado el “estudio técnico” con fundamento en el cual la entidad ordenó su retiro del servicio ni fue incorporado al texto de los actos administrativos demandados, por lo que no fue conocido por el actor, aunado a que no fue sometido dicho documento al conocimiento y aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública, en razón a las exigencias estipuladas en los artículos 95, 96 y 97 del Decreto 1227 de 2005 en tratándose de la modificación o ajuste de las plantas de personal de las entidades del orden nacional.

Alegatos de conclusión en segunda instancia y Concepto del Agente del Ministerio Público

El apoderado del demandante remitió memorial contentivo de alegatos de conclusión, en el que reiteró los extensos argumentos de la demanda y la apelación mediante los cuales procura la revocatoria de la sentencia impugnada[8].

De acuerdo con la certificación secretarial del 6 de agosto de 2021, la parte demandada, la Procuraduría Tercera Delegada y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardaron silencio[9].

II. CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA[10], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor José Francisco Ardila Medina contra la sentencia proferida por el Tribunal de primera instancia.

Problema jurídico por resolver

Corresponde a la Sala establecer si revoca la sentencia del 13 de diciembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda para en su lugar, declarar la nulidad de la Resolución ORD-81117-00929 del 6 de abril y su confirmatoria la Resolución ORD-81117-01620 de 31 de mayo ambas del año 2017, expedidas por el Contralor General de la República mediante las cuales fue retirado del servicio.

Para el efecto, la Sala resolverá si el acto demandado adolece de las causales de infracción de las normas superiores y legales en que debían fundarse, así como de falsa motivación y desviación de poder, al haber desvinculado al demandante de un empleo de la planta temporal del Sistema General de Regalías de la Contraloría General de la República, por cuanto el nombramiento del cargo desempeñado por el accionante no corresponde a un empleo temporal y, porque la justificación del despido relativa a la insuficiencia presupuestal, no está concebida como causal de retiro del servicio.

Bajo la anterior óptica, la Sala determinará si la desvinculación del demandante fue expedida conforme a los procedimientos y por las razones legales aplicables, a las plantas temporales creadas para fortalecer la labor de vigilancia y control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías y, definirá si los cargos de estas plantas implican algún tipo de estabilidad laboral relativa, como parece entenderlo la parte activa.

Con el fin de desatar el problema jurídico propuesto, se desarrollarán los siguientes temas: 2.1. Marco normativo que regula la creación de la planta de empleos temporales para fortalecer la labor de vigilancia y control fiscal de los recursos del Sistema General de Regalías; 2.2. Marco normativo de los denominados empleos temporales; 2.3. Hechos probados; 2.4. Resolución del caso concreto.

2.1. Marco normativo que regula la creación de la planta de empleos temporales para fortalecer la labor de vigilancia y control fiscal de los recursos del Sistema General de Regalías

La Constitución Política en el artículo 267 [11] señala que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Igualmente prevé que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Por su parte, los artículos 360 y 361 del Texto Fundamental establecían la definición del término “regalía” entendido como una contraprestación por la explotación de un recurso natural no renovable en favor del Estado, cuya reglamentación le corresponderá a la Ley, para establecer los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. Por su parte el artículo 361 establecía la creación del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, cuyo objeto será velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana y el Buen Gobierno.

Posteriormente el Congreso de la República expidió el 18 de julio de 2012 el Acto Legislativo 05 de 2012, “*Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones*”, reforma constitucional que fue desarrollada a nivel legal por la Ley 1530 del 17 de mayo de 2012 “*Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías*”[12], cuyo “*objeto era el determinar la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías*”.

Por su parte el artículo 152 de la legislación citada dispuso:

“Artículo 152. Vigilancia y control fiscales. En desarrollo de sus funciones constitucionales, la Contraloría General de la República ejercerá la vigilancia y el control fiscales sobre los recursos del Sistema General de Regalías. Con el fin de alcanzar una mayor eficacia de esta función, el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación incorporará las metodologías y procedimientos que se requieran para proveer información pertinente a la Contraloría General de la República, en los términos que señale el reglamento.

Parágrafo 1°. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revítese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término hasta de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para crear los empleos en la Contraloría General de la República que sean necesarios para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías.

Parágrafo 2°. Para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de que trata el presente artículo, los gastos que se generen en virtud de lo previsto en el parágrafo anterior y de los contratos que se celebren para el fortalecimiento institucional de la Contraloría General destinado a la correcta vigilancia y control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías, se financiarán exclusivamente con cargo a los recursos previstos en el artículo 103 de la presente ley. (Subrayas fuera de texto)

Según se observa de los apartes transcritos, el legislador dispuso que la Contraloría General de la República sería la entidad encargada de ejercer la vigilancia y control fiscal de tales recursos y que, para lograr dicho propósito se revistió al Presidente de la República para que en ejercicio de facultades extraordinarias en el término hasta de seis meses, expidiera normas con fuerza de ley para crear los empleos que fueran necesarios.

Destáquese que el parágrafo 2° del artículo 152 de la Ley 1530 de 2012, dispuso que los gastos causados con ocasión de la creación de cargos y de los contratos celebrados con el fin de fortalecer la vigilancia y control fiscal por dichos conceptos en la Contraloría General de la República, tenían su fundamento legal en el artículo 103 *ídem*[13].

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias expidió el Decreto 1539 del 17 de julio de 2012 *“Por el cual se establece una planta temporal de empleos en la Contraloría General de la República”*, que en el artículo 1° dispuso: *“Créanse, hasta el 31 de diciembre de 2014, los siguientes empleos de carácter temporal en la planta de personal de la Contraloría General de la República:*

	Denominación del Empleo	Grado
3 (Tres)	CONTRALOR AUXILIAR	
30 (Treinta)	CONTRALOR DELEGADO INTERSECTORIAL	4
4 (cuatro)	ASESOR DE DESPACHO	2
6 (seis)	ASESOR DE GESTIÓN	1
6 (Seis)	COORDINADOR DE GESTIÓN	3
126 (Ciento veintiséis)	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	4
82 (Ochenta y dos)	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	3
43 (Cuarenta y tres)	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2
27 (Veintisiete)	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	1
2 (Dos)	TECNÓLOGO	1
3 (Tres)	SECRETARIO EJECUTIVO	6
2 (Dos)	SECRETARIO	4
4 (Cuatro)	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	3

Negritas para indicar que uno de estos empleos era el que desempeñaba el demandante antes de su desvinculación.

En el Decreto 1539 de 2012 también se dispuso entre otros supuestos normativos que: i) La provisión de los empleos creados en dicho acto se efectuaría en forma gradual, de conformidad con las disponibilidades presupuestales y hasta la concurrencia de las respectivas apropiaciones; ii) La distribución de los cargos creados en el artículo 1° se realizaría por resolución del Contralor General de la República y, iii) la financiación de los cargos adicionados sería con los recursos previstos en el artículo 103 de la Ley 1530 de 2012.

Por su parte, la legislación que estableció el presupuesto del Sistema General de Regalías se encuentra consignada en la Ley 1606 del 21 de diciembre de 2012 *“Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014”*, que dispuso en el artículo 3º: *“Presupuesto de los órganos del Sistema General de Regalías. De conformidad con el monto total de gastos del Sistema General de Regalías definido en el artículo anterior, autorícese gastos con cargo al Sistema General de Regalías durante el bienio del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014, por la suma de ochocientos ochenta y seis mil trescientos doce millones sesenta y nueve mil ochenta y dos pesos moneda legal (\$886.312.069.082), según el siguiente detalle (...).”*

Posteriormente el Congreso de la República expidió la Ley 1744 del 26 de diciembre de 2014 *“Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016”* que previó en el artículo 3°: *“Presupuesto de los órganos del Sistema General de Regalías. De conformidad con el monto total de gastos de Sistema General de Regalías definido en el artículo anterior, autorícese gastos con cargo a los órganos del Sistema General de Regalías, durante el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016 por la suma de ochocientos setenta y tres mil quinientos diez millones ciento cuarenta y unos mil cientos un peso moneda legal (\$873.510.141.101), según el siguiente detalle (...).”*

Ahora bien, en vista de que el Congreso de la República no aprobó el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018, el presupuesto fue expedido por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2190 del 28 de diciembre de 2016, en virtud de la facultad legal consignada en el artículo 87 de la Ley 1530 de 2012, que en el artículo 3° determinó: *“Presupuesto de los órganos del Sistema General de Regalías. De conformidad con el monto total de gastos de Sistema General de Regalías definido en el artículo anterior, autorícese gastos con cargo a los Órganos del Sistema General de Regalías, durante el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018 por la suma de quinientos ochenta y siete mil novecientos sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil ochocientos setenta pesos moneda legal (\$587.961.887.870), según el siguiente detalle (...).”*

Por su parte, en el artículo 42 *ídem* previó:

“ARTÍCULO 42. Plantas de Personal de Carácter Temporal para la Contraloría General de la República. Prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2018 la planta temporal de la Contraloría General de la República para el Sistema General de Regalías, creados mediante Decreto-ley 1539 de 2012.

Corresponderá al Contralor General de la República efectuar los ajustes necesarios para que la Planta de Personal sea consistente con los montos apropiados en el presente decreto a dicho órgano de control. Para tal efecto podrá reducir, suprimir o refundir empleos en la Planta temporal que se está prorrogando en el presente artículo.

PARÁGRAFO. Si durante la ejecución del presupuesto del Sistema General de Regalías del bienio 2017-2018 es necesario efectuar ajustes a los montos aprobados en el presente decreto, el Contralor General de la República revisará la estructura de la Planta de Personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales.” (subrayas fuera de texto)

Resulta evidente que no obstante fue reducido en forma evidente el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio 2017-2018 (\$587.961.887.870), respecto del bienio inmediatamente anterior 2015-2016 (\$873.510.141.101), lo cierto es que fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2018 la planta temporal de la Contraloría General de la República de la República creada mediante Decreto 1539 de 2012, lo cual evidencia la ostensible reducción del presupuesto para su financiación.

Como se observa de los apartes transcritos, mediante el Decreto 2190 de 2016 se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2018 la planta temporal de la Contraloría General de la República para el Sistema de Regalías creada mediante el Decreto 1539 de 2012, facultando al Contralor General de la República a efectuar los ajustes necesarios revisando la estructura de la planta de personal, pudiendo adoptar tres acciones al respecto: reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos de cara a las nuevas disponibilidades presupuestales.

2.2. Marco normativo de los denominados empleos temporales

El artículo 125 de la Constitución Política señala la forma de provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, previendo que por regla general son de carrera a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el legislador.

A nivel institucional, la Contraloría General de la República estuvo reglamentada por la Ley 106 del 30 de diciembre de 1993 *“Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones.”*, que como su título lo indica, desarrollaba todo lo relativo a la carrera propia del ente de control fiscal.

Los anteriores preceptos normativos, fueron derogados por el Decreto 268 del 22 de febrero de 2000 *“Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República”*, que en el artículo 3° dispuso que todos los empleos de la Contraloría General de la República son de carrera administrativa a excepción de los de libre nombramiento y remoción.

En estas legislaciones internas, no se encuentra la figura del empleo temporal, por lo que no obstante el ente de control fiscal encontrarse sometido a su propia legislación de carrera administrativa, en aspectos generales deberá tener presente la legislación que la reglamenta en el sector público consignada en la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*[14], que al prever en el objeto de esta legislación dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. -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.”

Como se observa los empleos temporales hacen parte de la función pública, cuyo desarrollo normativo se encuentra en el artículo 21 *ídem* que dispone:

“ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación

de las capacidades y competencias de los candidatos.”[15] (negritas nuestras y subrayas)

Según los apartes destacados de la norma en análisis, se observa que los empleos temporales se caracterizan como su nombre lo indica, por ser transitorios como quiera son excepcionales en las plantas de personal de las entidades públicas y, al tener ese carácter temporal, la justificación para su creación deberá contener una motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para el cubrimiento de los respectivos salarios y prestaciones sociales.

El Decreto 1227 del 21 de abril de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998”, en los artículos 3° y 4° reguló el empleo temporal, sin embargo, este decreto fue derogado expresamente por el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, que dispuso: “Artículo 2.1.1.2 Ámbito de Aplicación: Las disposiciones contenidas en el presente decreto son aplicables a las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público, de acuerdo con la determinación específica que se haga en cada Título de la Parte 2.”

Siendo ello así, para la fecha de expedición de las resoluciones demandadas el 6 de abril y el 31 de mayo de 2017, estaba vigente esta última legislación que estableció el siguiente supuesto normativo:

ARTÍCULO 2.2.1.1.4 Nombramiento en el empleo temporal. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

PARÁGRAFO. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.”

Con posterioridad a la fecha de expedición de los actos administrativos demandados que datan del 6 de abril y del 31 de mayo de 2017-, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 894 del 28 de mayo de 2017 “Por el cual se dictan normas en materia de empleo con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” que en el artículo 6° reguló el tema de los empleos temporales en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 6. Adicionar el siguiente numeral al artículo 21 de la Ley 909 de 2004 relacionado con los empleos de carácter temporal, así:

“4. El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación.

De igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004”.

El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-527 de 2017[16].

Ahora bien, respecto de la naturaleza jurídica del empleo temporal, el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016”, que dispone:

“Artículo 39. Plantas de Personal de Carácter Temporal para la Contraloría General de la República. Los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan. Por tanto, no se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004.

En las condiciones establecidas en el inciso anterior, se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 2016, los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, creados mediante Decreto-ley 1539 de 2012.” (los apartes subrayados fueron objeto de demanda de inconstitucionalidad)

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-618 de 2015^[17], declaró inexecutable las expresiones “son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel o dependencia a los cuales pertenezcan” y “Por tanto, no”, contenidas en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, al efectuar las siguientes consideraciones:

“En efecto, el carácter temporal que se les asigna y la mención general de las funciones encomendadas a la Contraloría General de la República están lejos de otorgar la certeza acerca de que se trata de empleos con funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, o de definición y adopción de políticas públicas, fuera de lo cual ha de repararse en que la planta de personal correspondiente a la Contraloría y en la que se definen los empleos de dirección institucional está fijada en otra parte y no en una ley que, como la 1744 de 2014, se ocupa del presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1º de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016. Definitivamente no se está ante cargos que involucren dentro de sus funciones la definición y la adopción de políticas públicas e institucionales y, por lo mismo, desde la perspectiva del criterio material relativo al aspecto funcional nada hay que permita calificarlos como de libre nombramiento y remoción.

(...)

Tampoco en este ámbito el carácter temporal de los empleos y la alusión general a la planta de personal de la Contraloría General de la República militan a favor de la calificación de estos cargos como de libre nombramiento y remoción, como que en vano se busca en la preceptiva demandada algún ingrediente que pudiera ser revelador de esa especial confianza que sobrepasa la exigible a todo servidor público, debiéndose añadir que la calificación basada en ese tipo de confianza no aparece segura en una ley sobre el presupuesto del sistema general de regalías para un periodo determinado.

(...)

Habiéndose hallado inconstitucional la primera parte del enunciado, la exclusión de lo establecido en la Ley 909 de 2004 pierde su sustento y deja de estar en armonía con lo que queda del inciso, luego es lógico concluir que, desechada la incorporación de los empleos temporales en la categoría de los de libre nombramiento y remoción, se sigue como consecuencia que lo previsto en la Ley 909 de 2004, antes descartada, debe ser tenido en cuenta ahora para determinar si en sus regulaciones se encuentra el régimen de los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República.

(...)

Así las cosas, la exclusión de la Ley 909 de 2004 para regular lo referente a los empleos temporales de la planta de la planta de personal para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República encontraba soporte siempre y cuando se entendiera que, como estaba previsto en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, tales empleos fueran de libre nombramiento y remoción, pero resulta inconstitucional cuando se concluye, conforme se ha hecho en esta sentencia, que su régimen no es ese y que en relación con ellos debe garantizarse el mérito en las decisiones atinentes al acceso, la permanencia y el retiro para hacer efectivos los principios y derechos constitucionales en cuya realización cuenta la apreciación del mérito.

Es inconstitucional, entonces, la exclusión de lo previsto en la Ley 909 de 2004, pues siendo los empleos temporales una categoría distinta de los de carrera administrativa y de los de libre nombramiento y remoción, lo contemplado en la mencionada ley no puede evadirse en el caso de los empleos temporales de la Contraloría General de la República a los que alude el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, por cuanto esa regulación garantiza el respeto de los principios y derechos vinculados al mérito, cuya evaluación sustituye la discrecionalidad del nominador, propia del régimen de libre nombramiento y remoción.

Se impone, pues, que, como lo propone el señor Procurador General de la Nación, en el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 se elimine la clasificación de los empleos allí mencionados como de libre nombramiento y remoción y también la expresión “Por tanto, no”, en la medida en que surte el efecto, contrario a la Carta, de excluir las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004 que, según se ha visto, deben ser tenidas en cuenta, particularmente, en lo que tiene que ver con la regulación de los empleos temporales.

(...)

Al aplicar estos criterios a los empleos temporales regulados en el artículo parcialmente demandado, la Corte encontró que ninguno de los dos es predicable de estos cargos, pues en ellos no se evidencia el carácter directivo o de establecimiento de políticas públicas, ni la necesidad de un nivel de confianza especial, por lo que concluyó que no pueden estar sometidos a la discrecionalidad característica del régimen de libre nombramiento y remoción, como que respecto de ellos se debe dar lugar a la apreciación del mérito que evita el desconocimiento de los artículos 2º, 13, 40-7, 125 y 209 de la Carta, propiciado por el régimen de libre nombramiento y remoción al que injustificadamente los sometió el legislador.

Al ocuparse de la segunda cuestión, la Corporación encontró que la exclusión de las disposiciones de la Ley 909 de 2004 respecto de los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República es inconstitucional, porque soslaya la consideración del mérito, predicable de los empleos temporales que conforman una categoría especial distinta de los empleos de carrera administrativa y de los de libre nombramiento y remoción. La falta de apreciación del mérito implica violación de los artículos superiores ya invocados y, la Corte estimó que a fin de erradicar la discrecionalidad del nominador y favorecer el mérito, deben ser tenidas en cuenta las disposiciones de la Ley 909 de 2004 y, especialmente, las referentes a los empleos temporales.

Según los aportes jurisprudenciales anteriores, la Sala encuentra que no obstante el empleo temporal no ser considerado un empleo de libre nombramiento y remoción, pero tampoco un cargo de carrera administrativa, constituye una categoría única e independiente de empleo público, que tiene un carácter transitorio dada la temporalidad, cuya regulación legal encuentra su fundamento legal en el Decreto 1539 de 2012 “*por el cual se establece una planta temporal de empleos en la Contraloría General de la República*”, expedido en virtud del artículo 152 de la Ley 1530 de 2012, “*Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías*”, en vista de que corresponde a la Contraloría General de la República el ejercicio de la función de vigilancia y control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías.

Siendo así, en el presente caso al carecer el empleado temporal de la naturaleza jurídica de empleado de libre nombramiento y remoción, no operó el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por lo que el acto acusado no correspondió a una decisión discrecional de la Administración[18].

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la desviación de poder, como vicio de legalidad en contra de los actos administrativos que “*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.*” [19]

En lo que respecta a la causal de falsa motivación, resulta ilustrativo el siguiente precedente de la Subsección A en el que la diferenció de la falta de motivación, como causales de nulidad de los actos administrativos, al considerar[20]:

“En contraposición a la debida motivación del acto administrativo aparecen las figuras de la falta de motivación y falsa motivación. La primera hace referencia a la inexistencia absoluta de las condiciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión administrativa, mientras que la segunda supone un yerro en la escogencia o determinación de dichas condiciones. Para establecer si se incurre en esta causal de nulidad del acto administrativo, se hace necesario examinar los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, para llegar a concluir que existe una incongruencia entre los motivos invocados por el funcionario y la decisión final. Así, habrá falsa motivación cuando al analizar el acto administrativo se evidencia la divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica con los motivos esgrimidos en el acto administrativo.”

2.3. Hechos probados

De conformidad con la prueba documental recaudada en el expediente, se encuentran acreditados los siguientes supuestos fácticos:

2.3.1. Resolución Ordinaria ORD 81117-0002951-2014 del 10 de diciembre de 2014 *“Por medio de la cual se hace un nombramiento en la planta temporal de empleos en la Contraloría General de la República”*, expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual fue nombrado el señor José Francisco Ardila Medina en el cargo de Contralor Delegado Intersectorial, Nivel Directivo, grado 04 en el Grupo Interno de Enlace, adscrito a la Planta Temporal de Empleos de la Contraloría General de la República[21].

2.3.2. Acta de Posesión 005 del 15 de enero de 2015 mediante la cual el demandante juró y tomó posesión del cargo que fue nombrado a través de la Resolución ORD 81117-0002951-2014 del 10 de diciembre de 2014[22].

2.3.3. Resolución ORD-8117-00929 del 6 de abril de 2017 *“Por la cual se ordena el retiro del servicio de un funcionario”*, expedida por el Contralor General de la República mediante la cual ordenó el retiro del servicio de José Francisco Ardila Medina del cargo de Contralor Delegado Intersectorial, Nivel Directivo, grado 04 en el Grupo Interno Control Fiscal Micro[23]. La notificación de este acto se surtió por aviso del 25 de abril de 2017, entregado en el domicilio del accionante el 28 del mismo mes y año[24].

2.3.4. Resolución ORD-81117-01620 del 31 de mayo de 2017 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución Ordinaria N° 81117-00929 del 6 de abril de 2017”*, proferida por el mismo nominador a través de la cual confirmó en su integridad el acto recurrido[25]. Este acto administrativo fue notificado personalmente al accionante el 1° de junio de 2017[26].

2.3.5. Diligencia de Conciliación Extrajudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 137 Judicial II para asuntos administrativos llevada a cabo el día 29 de agosto de 2017, en la que se declaró fallida la audiencia en atención a la falta de ánimo conciliatorio de la entidad convocada[27].

Resolución del caso concreto

La parte demandante solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda, mediante la cual solicitó la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que lo retiraron del servicio, al desempeñar el empleo que desempeñaba desde el 15 de enero de 2015 en el cargo de Contralor Delegado Intersectorial, Nivel Directivo grado 04 adscrito a la Planta Temporal de empleos de la Contraloría General de la República.

En el recurso de alzada cuestionó el apoderado del demandante, que el Tribunal de primera instancia apenas se refirió a uno de los cargos de nulidad sin que se hubiera pronunciado respecto de los restantes cinco que fueron invocados como causales de nulidad en la demanda.

De acuerdo con el acontecer fáctico a la luz del material probatorio arrimado al expediente, de cara a la legislación que regula el marco normativo de los empleos temporales y de los creados en la Contraloría General de la República para la vigilancia y control fiscal del Sistema General de Regalías, la Sala resolverá los motivos de inconformidad invocados por el apelante:

En lo que respecta a la normatividad invocada como desconocida por las resoluciones acusadas, según se desarrolló en el acápite 2.1. de esta providencia, el Acto Legislativo 05 de 2012[28] modificó la Constitución Política en los artículos 360 y 361 relativos al Sistema General de Regalías; a través de la Ley 1530 de 2012[29] se implementó como tal el funcionamiento de este Sistema al determinar la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios.

El artículo 152 *ídem*[30] dispuso que la Contraloría General de la República sería la entidad encargada de ejercer la vigilancia y control fiscal de tales recursos, para el efecto revistió al Presidente de la República para que, en el término hasta de seis meses, expidiera normas con fuerza de ley de creación de los empleos que fueran necesarios.

En virtud de la anterior habilitación legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1539 de 2012[31], que creó hasta el 31 de diciembre de 2014,

en total 338 empleos de carácter temporal en la planta de personal de la Contraloría General de la República, entre ellos, fueron creados 30 empleos denominados CONTRALOR DELEGADO INTERSECTORIAL grado 4, siendo uno de ellos el ocupado por el demandante.

Es preciso acotar que el artículo 2° *ídem* previó que la provisión de estos empleos se efectuaría en forma gradual, *de conformidad con las disponibilidades presupuestales y hasta la concurrencia de las respectivas apropiaciones*. De tal manera según se observa, que el legislador extraordinario previó la disponibilidad presupuestal, como factor determinante para la creación de los empleos temporales.

Así las cosas, podría afirmarse desde ya, que la planta de empleos temporales en la Contraloría General de la República estaba atada íntimamente a la disponibilidad presupuestal que reportara la explotación de los recursos naturales del Sistema General de Regalías, la cual era fijada en forma bianual y que no era un rubro constante sino que era fluctuante según factores exógenos, por lo que es dable colegir que dicha planta inicialmente creada pudiera ser prorrogada como en efecto aconteció, para lo cual era lógico que se debía proceder también al respectivo ajuste según las necesidades del servicio.

Fue así como, por medio de la Ley 1744 de 2014[32] y el Decreto 2190 de 2016[33] fue prorrogada la planta de personal de la Contraloría General de la República, respectivamente, inicialmente al 31 de diciembre de 2016 y luego al 31 de diciembre de 2018, respectivamente.

El artículo 42 del Decreto 2190 de 2016 prescribió:

“Plantas de personal de carácter temporal para la Contraloría General de la República. Prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2018 la planta temporal de la Contraloría General de la República para el Sistema General de Regalías, creados mediante Decreto Ley 1539 de 2012.

Corresponderá al Contralor General de la República efectuar los ajustes necesarios para que la planta de personal sea consistente con los montos apropiados en el presente Decreto a dicho órgano de control. Para tal efecto podrá reducir, suprimir o refundir empleos en la planta temporal que se está prorrogando en el presente artículo.

PARÁGRAFO. Si durante la ejecución del presupuesto del Sistema General de Regalías del bienio 2017-2018 es necesario efectuar ajustes a los montos aprobados en el presente decreto, el Contralor General de la República revisará la estructura de la planta de personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales.”

Precisamente según el acontecer fáctico y el material probatorio allegado al expediente, fue con fundamento en el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016, que la entidad demandada procedió de la manera como lo hizo, al expedir los actos administrativos que retiraron del servicio al demandante.

Consultado el texto de la Resolución ORD-81117-00929 del 6 de abril de 2017, observa la Sala que este acto administrativo se encuentra motivado lo cual de entrada desdice que se estuviera ante un empleo de libre nombramiento y remoción, en cuyo caso, no se requería de motivación alguna por tratarse de un acto discrecional de la Administración, sin embargo, el texto del acto acusado en su parte considerativa esgrimió los siguientes argumentos:

“(…) Que el Decreto 2190 del 28 de diciembre de 2016 ‘Por el cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018’ en su artículo 3° determinó lo siguiente:

“Presupuesto de los órganos del Sistema General de Regalías. De conformidad con el monto total de gastos del Sistema General de Regalías definido en el artículo anterior, autorícese gastos con cargo a los Órganos del Sistema General de Regalías, durante el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018 por la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA LEGAL \$587.961.887.870), según el siguiente detalle:

(...)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 58.796.188.787"

Que con estos recursos se deben pagar gastos de funcionamiento y gastos de personal de planta temporal de la Contraloría General de la República.

Que el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016, facultó al Contralor General de la República para efectuar los ajustes necesarios para que la planta de personal sea consistente con los montos apropiados por el mismo (Decreto 2190 de 2016) a este órgano de control. Para el efecto podrá reducir, suprimir o refundir empleos en la Planta temporal que se prorrogaron en el presente artículo.

Así mismo, en su parágrafo se determinó que *'Si durante la ejecución del presupuesto del Sistema General de Regalías del bienio 2017-2018 es necesario efectuar ajustes a los montos aprobados en el presente Decreto, el Contralor General de la República revisará la estructura de la Planta de Personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales.'*

Que de los decretos que determinan el presupuesto del sistema general de regalías que corresponde a la Contraloría General de la República es evidente la reducción presupuestal generada para el presente bienio lo que impide atender los gastos de la planta de personal en las actuales circunstancias.

(...)

Que revisadas las necesidades del servicio, cargos y grados con las condiciones actuales presupuestales de la Contraloría General de la República para financiar los empleos de la Planta de Regalías se requiere realizar los ajustes correspondientes a fin de cumplir con las previsiones constitucionales y legales en esta materia.

Que mediante Resolución Ordinaria 2951 del 10 de diciembre de 2014 se nombró a JOSÉ FRANCISCO ARDILA MEDINA, en el cargo de CONTRALOR DELEGADO INTERSECTORIAL, NIVEL DIRECTIVO, GRADO 04 en el SGR- GRUPO INTERNO CONTROL FISCAL MICRO.

Que la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo de CONTRALOR DELEGADO INTERSECTORIAL, NIVEL DIRECTIVO, GRADO 04 en el SGR- GRUPO INTERNO CONTROL FISCAL MICRO, desempeñado por JOSÉ FRANCISCO ARDILA MEDINA)". (subrayas fuera de texto)

Efectuada una lectura detallada del anterior acto administrativo objeto de la presente nulidad, la Sala observa que su motivación principal obedeció al hecho de la necesidad de ajustar la planta temporal para el seguimiento del Sistema General de Regalías, de cara al cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, para lo cual sin duda alguna el Contralor General de la República, gozaba de facultad legal según el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016.

Por otra parte, efectuada una lectura al acto de nombramiento del señor José Francisco Ardila Medina mediante Resolución Ordinaria ORD 81117-0002951 del 10 de diciembre de 2014[34], se observa que en ningún momento dispuso un término exacto de duración de dicho nombramiento, como quiera que la planta temporal de empleos en la Contraloría General de la República, estaba supeditada a los recursos presupuestales del Sistema General de Regalías que no necesariamente se mantenían o aumentaban en el tiempo, sino que bien podían disminuirse debido a factores externos como la fluctuación en el valor del precio del petróleo, tal y como aconteció para el bienio del presupuesto 2017-2018.

Pero lo cierto es que según el artículo 152 parágrafo 2° de la Ley 1539 de 2012[35], *"los gastos que se generen en virtud de lo previsto en el parágrafo anterior y de los contratos que se celebren para el fortalecimiento institucional de la Contraloría General destinado a la correcta vigilancia y control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías, se financiarán exclusivamente con cargo a los recursos previstos en el artículo 103 de la presente ley."* (destacado nuestro)

Precisamente el texto del artículo 103 *ídem* es del siguiente tenor literal:

“Financiación del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación. Para el ejercicio de las actividades señaladas en este título se podrá disponer hasta del 1% de los recursos del Sistema General de Regalías. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías.

El Departamento Nacional de Planeación podrá celebrar los contratos requeridos para el correcto funcionamiento de este Sistema, incluidos los proyectos de cooperación y asistencia técnica o utilizar los ya existentes, todo los cuales se ejecutarán de acuerdo con la normatividad que les sirvió de soporte”

No cabe duda entonces que, la planta temporal de empleos para el Sistema General de Regalías en la Contraloría General de la República correspondía al 1% de los recursos del Sistema, por lo que dicho de otra manera era este rubro presupuestal el que le daba soporte y músculo financiero a los cargos en dicha planta previstos. Por contera, si dicho presupuesto se disminuía, la legislación previó también que el nominador pudiera adoptar las medidas necesarias con el fin de enfrentar dicha eventualidad, siendo una de ellas efectuando el ajuste a la planta de personal temporal de cara a las nuevas realidades financieras.

En suma, si bien es cierto la planta de personal de los empleos temporales en el ente de control fiscal, debía contar previamente para su creación con los recursos económicos para sufragar los gastos de funcionamiento entre ellos el pago de los salarios y prestaciones salariales de quienes los ocupaban, igualmente lo es que dicha planta estaba supeditada a la disponibilidad presupuestal en virtud del reporte generado por las regalías de la explotación de los recursos renovables, aspecto incontrovertible desde todo punto de vista.

Tampoco es viable sostener que se debía suprimir el cargo previo al retiro del servicio, para lo cual debía el nominador haber dado cumplimiento a las previsiones de los artículos 95, 96 y 97 de Decreto 1227 de 2005, por cuanto en el presente caso no se estaba ante la modificación de la planta de personal de la Contraloría General de la República como parece entenderlo erradamente el accionante.

Aunado a lo anterior, porque al crearse la planta temporal de empleos en la CGR mediante el Decreto Ley 1539 de 2012, que en el artículo 2° previó tal eventualidad al disponer: “La provisión de los empleos creados en el presente decreto se efectuará en forma gradual, de conformidad con las disponibilidades presupuestales y hasta la concurrencia de las respectivas apropiaciones”, de tal manera que el propio legislador extraordinario anticipó la eventualidad de la conservación de la planta de empleos temporales en el ente de control fiscal, atado a la concurrencia de las respectivas disponibilidades presupuestales.

De tal manera que, al haberse dotado al Contralor General de la República de la facultad de ajustar la planta temporal de empleos para ponerla a tono con las disponibilidades presupuestales, no era forzosa la supresión del empleo como lo pregonaba el impugnante, sino que bastaba hacer una reducción o disminución en la ocupación de los empleos, en ejercicio de la facultad legal fijada por el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016.

Respecto de los cuestionamientos efectuados por el demandante al estudio técnico elaborado por la Contraloría General de la Nación, con fundamento en el cual fue ajustada la planta de personal temporal del Sistema General de Regalías, esta Sala ya se pronunció en los siguientes términos[36]:

“En tal sentido, si bien es cierto en el estudio técnico no fueron expresados los análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y evaluación de las funciones, perfiles y las cargas de trabajo de los empleos, se dejó establecido que sería el Contralor General de la República previo análisis de la Gerencia de Talento Humano, quien se encargaría de efectuar, teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, la reducción de la planta de personal; en consecuencia, la decisión de separación del cargo materializado a través del acto acusado además de que fue proferido conforme a los principios de eficacia, economía, imparcialidad, transparencia y publicidad contenidos en el artículo 2 de la Ley 909 de 2004, no tuvo ninguna intención ajena al buen servicio, pues no se encuentra acreditado alguna anomalía de parte del citado departamento al momento de realizar dicho estudio.

(...)

Bajo esta consideración, el estudio técnico cumplió con los presupuestos que exigen las leyes de carrera administrativa, pues se argumentó la necesidad de modificar la estructura de la entidad en orden a restablecer el equilibrio financiero, concretamente, porque "(...) después de adicionar el presupuesto trasladado del bienio 2015-2016 y de descontar los valores correspondientes a: pago de gastos de personal a la fecha, prestaciones causadas a 31 de diciembre de 2016 no pagadas y Proyección Gastos Generales más honorarios 2017-2018, la cifra para atender los gastos de personal asciende únicamente a \$50.350.367.059 representando una disminución de un 35.24 (\$78.035.121.018 - \$50.350.367.059) / \$78.034.121.018) en la disponibilidad para atender los gastos de personal del bienio 2017-2018. (...).

Por lo anterior, y debido a que el actor no demostró que no existieran, o que no se hubiera cumplido con estos cometidos, o que no era necesario el ajuste fiscal, o que el fin buscado con esta reestructuración era totalmente contrario a lo que concluyó el estudio técnico, se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda." (negritas nuestras).

Ahora bien, el demandante en sede de apelación, criticó que en el estudio técnico aportado al proceso por la demandada no se acreditó que *"la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo"* pues no aparece probado que se hubieran disminuido los montos presupuestales de regalías para revisar y ajustar la planta de personal, argumento que fue dado por cierto por el Tribunal de primera instancia pero que el propio accionante encontró que no estaba acreditado con fundamento en el análisis efectuado al Boletín Macro Sectorial Año 2, N° 5 marzo 22 de 2017 elaborado por la propia demandada.

Fue entonces con fundamento en el anterior documento, que el demandante elaboró un cuadro ilustrativo de la variación que tuvo el presupuesto inicial o proyectado versus el presupuesto de cierre o ejecutado por la Contraloría General de la República relativo al Sistema General de Regalías durante los cuatro bienios 2013-2014, 2015-2016, 2017-2018 y 2019-2020, mediante el cual efectuó sus propias conclusiones aduciendo por ejemplo que el único bienio que presentó reducción no muy significativa financiera fue el primero.

Cuestionó el apelante según sus propias interpretaciones del Boletín N° 5 del 22 de marzo de 2017, que de dónde entonces la Contraloría tomó la información presupuestal al publicar dicho documento, con fundamento en la cual optó por el retiro del servicio de la planta de empleos del Sistema General de Regalías, toda vez que a juicio del censor, este boletín acreditó que no existió reducción de ingresos durante el bienio 2017-2018 y que por el contrario, se dio un incremento en los montos presupuestales de regalías para el bienio siguiente, razón por la cual es falsa la motivación de los actos administrativos demandados en cuanto al estudio técnico.

La Sala frente a este argumento de disenso se abstendrá de emitir pronunciamiento, como quiera que no fue puesto de presente en el libelo introductorio de la demanda sino que fue apenas esgrimido por la parte activa en sede de apelación, de allí que al no haber sido objeto de controversia por parte de la entidad demandada en ejercicio de su derecho defensivo en las etapas procesales precedentes, ni tampoco haber sido objeto de pronunciamiento por parte del *a quo*, la Sala mal haría en referirse pues incurriría en transgresión del debido proceso al referirse respecto de una etapa procesal que no se agotó.

Por tanto, contrario al parecer del demandante si bien es cierto en forma literal y expresa no está prevista en el artículo 138 CPACA como causal de nulidad de los actos administrativos demandados, *"la apropiación insuficiente de recursos para financiar el empleo"*, lo cierto es que si fue concebida tal situación fáctica como fundamento legal en el artículo 2° del Decreto Ley 1539 de 2012, que ameritaría el ajuste en la planta de personal temporal del Sistema General de Regalías, de la cual hacía parte el cargo desempeñado por el actor.

Es así como, mientras la Ley 1744 del 26 de diciembre de 2014 que decretó el presupuesto para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016, dispuso la suma de ochocientos setenta y tres mil quinientos diez millones ciento cuarenta y un mil ciento un pesos moneda legal (\$873.510.141.101), el Decreto 2190 del 28 de diciembre de 2016 que fijó el presupuesto para el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018, dispuso la suma de quinientos ochenta y siete mil novecientos sesenta y un millones ochocientos ochenta y siete mil ochocientos setenta pesos moneda legal (\$587.961.887.870), resultando evidente la ostensible disminución del presupuesto para sufragar los gastos de funcionamiento de la planta temporal del ente de control fiscal.

Así las cosas, la Sala no encuentra acreditada la supuesta causal de falsa motivación endilgada por el demandante a los actos demandados.

En lo que respecta a la discrepancia relativa a la naturaleza jurídica del cargo o empleo del cual fue desvinculado el señor José Francisco Ardila Medina, no cabe duda que por el hecho de haber sido nombrado como contralor intersectorial del nivel directivo grado 4 de la entidad, este empleo no se le podía considerar de libre nombramiento y remoción por cuanto la sentencia C-618 de 2015 negó tal calidad, pero tampoco se les puede reconocer como un cargo de carrera administrativa.

En todo caso, lo cierto es que al haber designado el demandante en la Resolución ORD-81117 -0002951 del 10 de diciembre de 2014, al amparo del artículo 152 de la Ley 1530 de 2012 que dispone “En desarrollo de sus funciones constitucionales, la Contraloría General de la República ejercerá la vigilancia y el control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías (...)” y en el Decreto 1539 del 17 de julio de 2012 que estableció la planta temporal de empleos en la entidad, para fortalecer la labor de vigilancia y control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías, no cabe duda alguna de la naturaleza de empleo temporal que tenía el cargo del cual fue desvinculado el señor José Francisco Ardila Medina.

De tal manera que, el cargo de Contralor Delegado Intersectorial Nivel Directivo Grado 04, no hace parte de los empleos previstos como de carrera administrativa sino de los adscritos y creados a la Planta Temporal de Regalías de la entidad, por tanto, no gozaba de una situación administrativa de estabilidad laboral que lo hiciera inamovible.

Resulta evidente entonces que los actos administrativos acusados de nulidad, evidenciaron una condición prefijada por el legislador que fue la insuficiencia de recursos para cubrir los emolumentos del empleo, aunado a que no se invocó la facultad discrecional por ser un cargo de libre nombramiento como tampoco la inutilidad del empleo, sino la apremiante situación presupuestal. De tal suerte que pierde solidez la causal de falsa motivación endilgada por el demandante.

Tampoco se observa la causal de desviación de poder o el vicio oculto del nominador, por cuanto dice el apelante que al haberse motivado el despido por la insuficiencia presupuestal este supuesto debió afectar por igual todos los 30 cargos que tenían la misma denominación, ya que el demandante se quedó corto al efectuar dicha afirmación pero no acreditar que había sido el único desvinculado de la planta temporal y que su retiro no fue con el propósito del desmejoramiento del buen servicio, teniendo el deber de la carga probatoria al procurar la declaratoria de ilegalidad de su despido.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido en relación con la desviación de poder, que es de competencia de la parte quien la alega, el deber de probar los supuestos de hecho que pretende hacer valer, a efectos de desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, en aplicación a la regla contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso[37].

Tampoco se evidenció la desviación de poder del Contralor General de la República, como quiera que la Administración no tuvo en cuenta para escoger los cargos a reducir, la subsistencia de la necesidad del empleo, pues todos eran necesarios para la vigilancia y el control fiscal sobre el Sistema General de Regalías, ni se tuvieron en cuenta razones de formación académica o de experiencia, ya que el único criterio fue el presupuestal asunto analizado in extenso.

En cuanto al último argumento de inconformidad relativo a la falsa motivación porque al momento de la notificación de las resoluciones acusadas de nulidad, al demandante no le fue entregado el “estudio técnico” con fundamento en el cual la entidad ordenó su retiro del servicio ni fue incorporado al texto de los actos administrativos demandados, tampoco es acogido como quiera que no existe precepto legal que obligue a la Administración a proceder de dicha manera.

Sobre el particular, resulta pertinente aclararle al apelante que en el presente caso no se estaba ante un proceso de supresión de cargos en la planta de personal de la Contraloría General de la República como parece entenderlo, de allí que no se debía suprimir el cargo porque no desapareció el objeto para el que fue creada la planta temporal para el Sistema General de Regalías en el ente de control fiscal. Tampoco se tenían que agotar las instancias previas ante el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corporación[38], ha definido la desviación de poder, como vicio de legalidad en contra de los actos administrativos, que “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.”

Conforme a las consideraciones expuestas, llevan a la Sala a la convicción de que el nominador al expedir los actos administrativos por medio de los cuales retiró del servicio al señor José Francisco Ardila Medina, se encontraba precedido de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos, como lo fue la disminución del presupuesto para la planta de personal temporal del Sistema General de Regalías para el bienio 2017-2018.

A manera de conclusión, la Sala no encuentra acreditadas ninguna de las causales de nulidad endilgadas a los actos demandados por cuanto: i) no se vulneró la legislación en que debía fundarse y porque no se desconoció ningún procedimiento como el de la previa supresión del empleo; ii) la estabilidad laboral relativa del empleo ocupado por el actor en la planta temporal para el Sistema General de Regalías, estaba dada en virtud de la provisión del presupuesto para su sostenimiento; iii) no existió aplicación indebida del supuesto normativo habilitante del artículo 42 del Decreto 2190 de 2016, que facultó al Contralor General de la República para ajustar -que no suprimir en este caso- la planta temporal de empleos, por lo que dicho acto no se puede catalogar como discrecional y; iv) no se debía suprimir el cargo porque no desapareció el objeto para el que fue creada la planta temporal para el Sistema General de Regalías en el ente de control fiscal.

Sobre la condena en costas

Con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 *ibidem*, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

En efecto, de la redacción del citado artículo se extraen los elementos que determinan la imposición de la condena en costas, a saber: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Empero, se considera que conforme los documentos que obran en el expediente, no es posible comprobar el pago de gastos ordinarios en que se haya podido incurrir. Así las cosas, se mantendrá la no imposición de costas al demandante, en esta instancia judicial.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección B, que negó las súplicas de la demanda promovida por el señor José Francisco Ardila Medina, de acuerdo con las consideraciones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. - Sin condena en costas a la parte demandante, en esta instancia judicial, según se analizó en precedencia.

TERCERO. - Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

(Firmado electrónicamente)

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR

(Firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

JORGE EDISON PORTOCARRERO BANGUERA

NOTAS DE PIE DE PAGINA

[1] Folios 20-49

[2] Folios 63-78 vuelto

[3] Folio 111 CD folio 110

[4] Folios 153-157 vuelto

[5] Folios 164-196

[6] declarado inexequible por la alta corporación judicial mediante sentencia C-527 de 2017

[7] Según los artículos 1° y 152 de la Ley 1530 de 2012 que regula el Sistema General de Regalías.

[8] Visible a Índices 12 y 15 aplicativo SAMAI

[9] Folio 207

[10] ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA Y CAMBIO DE RADICACIÓN. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de

jurisprudencia. (...)

[11] Sin la modificación introducida por el artículo 1° del Acto Legislativo 4 de 2019), pues el acto acusado fue expedido en el año 2017

[12] La Ley 1530 de 2012 fue reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1077 de 2012 y derogada por el Art. 211 de la Ley 2056 de 2020, con excepción de los Arts. 106 al 126 y 128

[13] Artículo 103. Financiación del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación. Para el ejercicio de las actividades señaladas en este título se podrá disponer hasta del 1% de los recursos del Sistema General de Regalías. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías.

El Departamento Nacional de Planeación podrá celebrar los contratos requeridos para el correcto funcionamiento de este Sistema, incluidos los proyectos de cooperación y asistencia técnica o utilizar los ya existentes, todos los cuales se ejecutarán de acuerdo con la normatividad que les sirvió de soporte.

[14] El artículo 3°. - Campo de aplicación de la presente ley. 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos: (...) 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.*

[15] EL aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE condicionado por Corte Constitucional mediante Sentencia C-288-14 de 20 de mayo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en el entendido que el mismo deberá garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

[16] M.P. Cristina Pardo Schlesinger

[17] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[18] 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; (...)”

[19] 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.

[20] Sentencia del 17 de marzo de 2016 radicación número: 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12) M.P. Gabriel Valbuena Hernández

[21] Folio 4

[22] Folio 5

[23] Folios 6-7

[24] Folios 8-9

[25] Folios 10-13

[26] Folio 14

[27] Folios 17-18

[28] “(...) por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones. (...)”.

[29] “(...) Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías (...)”.

[30] “(...) Artículo 152. Vigilancia y control fiscales. En desarrollo de sus funciones constitucionales, la Contraloría General de la República ejercerá la vigilancia y el control fiscales sobre los recursos del Sistema General de Regalías. Con el fin de alcanzar una mayor eficacia de esta función, el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación incorporará las metodologías y procedimientos que se requieran para proveer información pertinente a la Contraloría General de la República, en los términos que señale el reglamento.

Parágrafo 1°. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término hasta de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para crear los empleos en la Contraloría General de la República que sean necesarios para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías. (...)

[31] “(...) Por el cual se establece una planta temporal de empleos en la Contraloría General de la República. (...)”.

[32] “Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016”

[33] “Por el cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018”

[34] Folio 4

[35] “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías”

[36] Sentencia del 14 de octubre de 2021 radicación número: 25000-23-42-000-2017-04856-01 (4081-19) M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

[37] “incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

[38] 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.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:27:33