Función Pública

Sentencia 08395 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – Regulación legal / DIRECTOR DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO – Cargo de libre nombramiento y remoción / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Facultad discrecional. Límites. Desviación de poder / ACTO DE INSUBSISTENCIA – Principio de congruencia. Principio de coherencia

Apreciadas las pruebas en su conjunto se dilucida la manera como el agente administrativo mantuvo la intención de retirar al demandante, alejándose del objetivo normativo fijado por el Estado, es decir, la buena prestación del servicio, pues se demuestra a lo largo del plenario la relación que existe entre los hechos con el acto impugnado, a tal punto, que se hace evidente la desviación de poder. Como ya lo ha reiterado esta Sección, el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y remoción de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones, sólidas y explícitas, y en la buena prestación del servicio. En el mismo sentido la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con el examen judicial a las facultades discrecionales; la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que la misma haya hecho respecto de dicha situación en otros momentos, se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1923 / DECRETO 911 DE 1932 / LEY 106 DE 1993 / DECRETO 267 DE 2000 / DECRETO 268 DE 2000 / DECRETO 269 DE 2000 / RESOLUCION ORGANICA 5044 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08395- 01(0878-09)

Actor: CLARA EUGENIA DOMINGUEZ NAVARRO

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

AUTORIDADES NACIONALES-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Clara Eugenia Domínguez Navarro contra la Contraloría General de la República.

LA DEMANDA

CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ NAVARRO en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declarar la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Resolución No. 00370 de 6 de marzo de 2002, en virtud de la cual el Contralor General de la República, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, en el cargo de Director de Oficina, Nivel Directivo, Grado 04, en la Oficina de Control Disciplinario.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Reintegrarla a un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba en la Contraloría General de la República, como Director de Oficina, Nivel Directivo, Grado 04, en la Oficina de Control Disciplinario.
- Condenar al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones, aportes de seguridad social, primas, bonificaciones, auxilios, vacaciones y demás prestaciones dejadas de recibir desde la fecha en que fue declarada insubsistente hasta cuando sea efectivamente reintegrada; estableciendo además, que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.
- Ordenar a la demandada el pago de las costas del proceso.

Como fundamento de la acción impetrada, expuso los siguientes hechos:

El 12 de julio de 1999, mediante Resolución No. 03233 la demandante fue nombrada en el cargo de Directora de Control Interno.

Por medio de la Resolución No. 00370 de 6 de marzo de 2002, expedida por el Contralor General de la República, la actora fue declarada insubsistente mientras ocupaba el cargo de Director de Oficina, Nivel Directivo, Grado 04, en la Oficina de Control Disciplinario, el cual se encuentra dentro de los llamados de libre nombramiento y remoción.

Durante el tiempo en que permaneció laborando, la actora desempeñó sus funciones con eficacia, competencia, buena conducta y responsabilidad; así mismo, cumplió con los requerimientos necesarios para ocupar el cargo con suficiente formación académica y experiencia profesional.

De igual modo, el acto impugnado no fue proferido en aras del buen servicio, porque quien remplazó a la demandante no reunía los requisitos de 5 años de experiencia relacionada con el cargo; además, no tiene motivación de orden fáctico.

Se evidencia que el motivo determinante para expedir la Resolución enjuiciada, fue por el proceso disciplinario que llevó la Oficina de Control Interno en contra del señor Miguel Roberto Espitia Ramírez, quien aparentemente se encontraba implicado en la falsificación de documentos relacionados con sus estudios secundarios, proceso que terminó con la absolución del implicado; situación que, motivó una reunión del personal directivo de la Contraloría, el 6 de febrero de 2002, donde se dejó entrever el cuestionamiento por parte del Contralor General, ya que no se sancionó, y a su juicio iba en contra de la administración y en favor del funcionario.

Al día siguiente de la reunión, los funcionarios de la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría de la República, le presentaron mediante un escrito al Contralor General su inconformidad respecto de las "expresiones descalificadoras y desconsideradas sobre la labor de la Oficina"; quien contestó, afirmando desconocer las circunstancias.

Por su parte, la actora por medio del Oficio No. 000594 de 4 de marzo de 2002, le envió al Contralor General un informe detallado de la investigación disciplinaria 405 de 1999, adelantada en contra del señor Miguel Roberto Espitia Ramírez, explicando el trámite adelantado, las pruebas recaudadas y el análisis jurídico realizado, concluyendo que se procedió con el archivo definitivo de la investigación porque no se demostró la conducta imputada al disciplinado por no existir certeza de la responsabilidad del mismo. Dos días después se produjo la declaratoria de la insubsistencia del nombramiento de la demandante.

Por último, al momento de la desvinculación, la actora devengaba un salario de $7.079.477 mensuales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 15, 21, 25, 26, 29, 53, 83, 85, 90, 121, 122, 123, 124 y 125.

Del Decreto No. 2400 de 1968, los artículos 3, 4, 6, 26 y 61.

La Ley 200 de 1995.

Del Decreto 268 de 2000, el artículo 3.

Del Decreto 269 de 2000, los artículos 6 y 7 numeral 3.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 1, 2, 4, 6, 8, 9 y 17.

Su planteamiento sobre el concepto de violación lo fundamentó en cuatro cargos, los cuales son:

1. Nulidad por no dejar la Contraloría constancia en la hoja de vida de los hechos y causas que motivaron la insubsistencia del nombramiento de la demandante.

Las leyes le otorgan a la administración facultades por norma general regladas y de manera excepcional discrecionales; de tal manera que, la insubsistencia de la demandante se encuentra dentro de la excepción a la norma general, no obstante, esta facultad no lo obliga a motivar el acto pero si a dejar constancia del hecho y de las causas que ocasionaron el retiro en la hoja de vida del desvinculado, con el fin, de evitar que la discrecionalidad se utilice de manera caprichosa o arbitraria.

En ese orden de ideas, la Contraloría General de la República estaba obligada a dejar constancia del acto impugnado, sin embargo no fue así y contravino lo dispuesto por la Corte Constitucional, ocasionando una arbitrariedad y una privación a la demandante de conocer aquellos motivos que llevaron a la administración a declarar la insubsistencia de su designación, de tal manera que pudiese ejercer su derecho a la defensa y debido proceso.

2. Nulidad por desviación de poder por no tener el acto acusado como motivo el buen servicio.

El acto administrativo no fue expedido en procura del buen servicio público, ya que la demandante era una funcionaria de amplia trayectoria en el campo disciplinario, importante formación académica y experiencia profesional, circunstancias que no se tuvieron en cuenta al hacer uso de la facultad discrecional, situación que se afianza al nombrar a una persona para que remplazara a la actora en la modalidad de encargo, lo que indica inseguridad por parte de la autoridad nominadora.

A lo anterior se suma, que quien remplazó a la demandante no contaba con la experiencia necesaria relacionada en materia de control, exigida para ocupar el cargo, factores que llevan a concluir que el nominador no obró con motivo del buen servicio público, sino por razones diferentes, al no existir justificación alguna para retirar del cargo a una servidora con ámplia trayectoria académica y profesional.

3. Existencia de motivo real y explícito en la expedición del acto acusado.

Por tratarse de una Resolución de declaración de insubsistencia no es obligatoria la motivación, sin embargo, y teniendo en cuenta los hechos narrados en la demanda se puede evidenciar que existió un motivo real y explícito de índole laboral, a tal punto que existe una relación de causalidad entre la inconformidad expresada por el Contralor respecto de la decisión proferida por la oficina de Control Disciplinario, contrariando la finalidad del buen servicio público.

Por ende, la especial protección que debe gozar el trabajo se vio menguada por la arbitrariedad de la administración al desvincular a la demandante y dejarla cesante, lesionando además, la estabilidad del empleo que gozan no solo los funcionarios de carrera sino también los de libre nombramiento y remoción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demandante, en los siguientes términos (Folios 88 a 99):

Considera que, el Contralor General puede y debe delinear la política que pretende desarrollar durante su gestión, de tal manera que debe contar con personas dentro de su equipo de trabajo directivo con un alto grado de confianza en aras del buen funcionamiento de la entidad y del cumplimiento de sus objetivos misionales.

En relación con los hechos del día 6 de febrero de 2002 que narra la demandante, debe anotarse que no se evidencia conexidad directa ni necesaria con el acto administrativo censurado.

En relación al concepto de violación, sostiene que ha sido basta la jurisprudencia Contenciosa Administrativa en el sentido de señalar las causas por la cuales procede la anulación de los actos administrativos; por lo tanto, el argumento presentado por la actora como motivo determinante para la solicitud de nulidad del acto impugnado no se encuadra dentro de los supuestos para la prosperidad de la viabilidad jurídica; más aun, cuando la falta de anotación de la causa en la hoja de vida, no tiene ninguna consecuencia jurídica ya que el Decreto 2400 de 1968 así lo establece.

La anulación de los actos administrativos por desviación de poder se configura cuando los móviles o fines que tiene en cuenta la administración son diferentes al interés público, o cuando el fin perseguido es diferente al que la norma le atribuye a la respectiva competencia; por consiguiente, no se puede hablar de esta causal ya que el Contralor General cuenta con las atribuciones que la Ley le ha otorgado, sobre los empleados que no se encuentran protegidos por ningún vínculo de estabilidad.

Por otra parte, el nominador nunca ocultó su disgusto con la decisión adoptada respecto del caso en concreto de la Oficina de Control Disciplinario, por el contrario, expresó públicamente el descontento de tener a la actora como funcionaria de su administración, sin embargo, este enojo que pueda tener el nominador hacia los empleados de libre nombramiento y remoción, no implica una persecución en su contra.

Ahora bien, no se debe dejar de lado la relación imprescindible que debe existir entre el nominador y el empleado de libre nombramiento y remoción, debido a las funciones que deben desempeñar y a las políticas que deben implementar por el cuadro directivo de la institución; y finaliza aduciendo:

"(...), puede concluirse que el Contralor perdió la confianza en la Directora de la Oficina de Control Disciplinario, lo cual condujo a su declaratoria de insubsistencia"

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones (Folios 180 a 196):

Señala, que al ser la demandante una empleada de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia es discrecional, y en consecuencia, el acto no requiere ser motivado, lo anterior de conformidad con el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, así mismo, se ha reiterado jurisprudencialmente que la ausencia de la anotación en la hoja de vida sobre las causas que ocasionaron el retiro, no incide en nada al momento de desvirtuar la presunción de legalidad del acto.

A fin de establecer el desvío de poder se recepcionaron las declaraciones de Edgar Neira, Ángela Galvis y Carlos Ramírez, quienes hacían parte de la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República, y se valoraron de acuerdo a la razón de su dicho, a la concordancia entre unos y otros en términos de tiempo, modo y lugar; obteniendo como resultado que las circunstancias que rodearon la situación anterior a la insubsistencia, constituyen plena prueba de que lo que se buscó no fue el mejoramiento del servicio.

Se desprende la anterior conclusión, de lo sucedido con el proceso disciplinario adelantado por la Oficina de Control Disciplinario contra el señor Miguel Espitia, ya que los testigos afirman que el resultado de dicho proceso ocasionó disgusto por parte de los altos funcionarios de la Contraloría General, quienes le solicitaron a la actora que revocara la decisión; sin embargo, no accedió a tales pretensiones y generó más molestias. De hecho, el mismo Contralor General al contestar la carta que le enviaron los funcionarios de la Oficina arriba mencionada, reconoce la existencia de una reunión con la demandante en la que trató el tema de la labor realizada.

De igual modo, los deponentes concuerdan plenamente en los hechos, a tal punto que merecen toda credibilidad por la veracidad en sus afirmaciones, lo que permite concluir que efectivamente se presentó una desviación de poder en la actuación adelantada por la entidad demandada, por cuanto la declaratoria de insubsistencia no tuvo como propósito la mejora del servicio, sino que por el contrario se buscaba retirar a la funcionaria que se oponía a la realización de conductas reprochables en la administración pública, siendo tangible así, la violación a sus principios, tales como la moralidad, satisfacción de los intereses generales o el bien común.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior, bajo los siguientes argumentos (Folios 223 a 241):

Afirma, que quien remplazó a la demandante cuenta con todos los requisitos para ocupar el cargo, incluso los superaba respecto de la actora, situación que no tuvo en cuenta el *A – quo* a fin de verificar lo enunciado por élla; todo lo contrario, simplemente se tomó por cierto una afirmación siendo esta una completa falsedad, ya que el proceso adelantado en contra del señor Espitia Ramírez se archivó no porque los documentos no fueran falsos sino porque a criterio de la Oficina de Control Disciplinario no estaba demostrada la responsabilidad del ex funcionario, agrega "situación muy diferente".

A raíz de la reestructuración de la Entidad en cumplimiento de la Ley 573 de 1999, la Oficina de Talento Humano de la Contraloría General de la República, verificó las hojas de vida del personal a fin de comprobar la información que se encontraba contenida en ellas y luego analizar quién debía incorporarse a la planta laboral; situación que los llevó a encontrar más de 200 casos de falsificación de documentos, razón por la cual, dio traslado a la Oficina Jurídica para que realizara la revocatoria de los nombramientos y a la Oficina de Control Disciplinario con el objetivo de iniciar las acciones correspondientes y que corriera traslado a la Fiscalía General de la Nación en caso de llegar a comprobar la culpabilidad por parte del funcionario.

Asegura que, dentro de los casos denunciados se encontró que Miguel Roberto Espitia aparecía con certificaciones de bachillerato falsas, por lo que la Oficina Jurídica generó la revocatoria del nombramiento, "*previa investigación laboral administrativa interna que corroboró la falsedad de los documentos allegados*", además recalca que "*el implicado no interpuso recurso alguno ni demanda contenciosa para atacar su legalidad, situación que resulta sospechosa*".

Posterior a la desvinculación de la demandante, la Oficina de asuntos disciplinarios inició una investigación respecto de los hechos ya mencionados, la cual terminó con el archivo del expediente debido a que se encontraron las certificaciones año y medio después.

Finalmente, los cuestionamientos efectuados por el *A – quo*, respecto de los testigos fueron subjetivos, ya que inducían a que cada uno de ellos manifestara su posición crítica, incluso, por comentarios de oídas.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la Contraloría General de la República, al declarar insubsistente el nombramiento de Clara Eugenia Domínguez Navarro en el cargo de Director de Oficina Nivel Directivo, Grado 04, en la Oficina de Control Disciplinario.

Para lo anterior, precisa determinar la legalidad de la Resolución No. 00370 de 6 de marzo de 2002, proferida por el Contralor General de la República.

Hechos probados

- El 12 de julio de 1999, el Contralor General de la República mediante Resolución No. 03233, nombró a Clara Eugenia Domínguez Navarro en el cargo de Jefe de Oficina, Nivel Directivo, Grado 25, en la Oficina de Control Interno de Bogotá (Folio 5); y se surtió su posesión Mediante Acta No. 1134 de 10 de agosto de 1999 (Folio 6).
- En virtud del escrito de 7 de febrero de 2002, los funcionarios de la Oficina de Control Disciplinario, manifestaron su sentir al Contralor General de la República, respecto de la reunión que se llevó a cabo el 6 de febrero de 2002 (Folio 7 a 11).
- En atención al anterior documento, el Contralor General de la República, mediante Oficio No. 80110-0175 de 25 de febrero de 2002 le contestó a la actora que desconoce la clase de información entregada por parte de los funcionarios de la Oficina de Control Disciplinario (Folios 13 y 14).
- Por medio del Oficio No. 11-80114, con radicado 000594 de 4 de marzo de 2002, la actora actuando como Directora de la Oficina de Control Disciplinario, le presentó al Contralor General de la República un informe respecto de la Investigación Disciplinaria 405 de 1999, adelantada en contra de Miguel Roberto Espitia Ramírez (Folios 16 a 32).
- Mediante Resolución No. 00370 de 6 de marzo de 2002, el Contralor General de la República, declaró insubsistente el nombramiento de la actora, en el cargo de Director Oficina, Nivel Directivo, Grado 04, en la Oficina de Control Disciplinario (Folio 4).
- En virtud del Oficio No. 81119 de 8 de septiembre de 2004 (Folios 110 a 112), la Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, allegó al proveído copia del Oficio No. 8011-0175 de 25 de febrero de 2002, dirigido por el Contralor General a la actora; historia laboral de la demandante y de José Joaquín Osorio Ruiz (Cuaderno 2).

Análisis del asunto

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo I) El marco normativo aplicable al demandante en la Contraloría General de la República y; II) Desviación de poder.

I) El régimen aplicable.

Es preciso señalar que la Contraloría General de la República nació mediante la Ley 42 de 1923, inicialmente denominada como Departamento de Contraloría, no obstante, fue hasta el año de 1932 mediante el Decreto No. 911, que la Contraloría es organizada como una oficina de contabilidad y control fiscal, además se constituyó la obligatoriedad de rendir cuentas ante este organismo, sobre el manejo de los bienes y recursos del Estado, adicionalmente, mediante la Constitución Política de 1991, se estableció la Contraloría General de la República como órgano de control, así:

"ARTICULO 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.

ARTICULO 267. 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.

(…)

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.

(…)"

A su turno la Ley 106 de 1993, introdujo normas referentes a la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, de tal manera que paso a ser una entidad de carácter técnico creada por la Constitución con autonomía administrativa y presupuestal para administrar sus asuntos según lo dispuesto por la Carta Magna y las Leyes, y se fijó la planta de personal de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 106. DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Para el cumplimiento de sus funciones la Contraloría General de la República, tendrá la siguiente planta global:

NIVEL	GRADO	DENOMINACIÓN,	NÚMERO:
Directivo		Contralor General de la República	1
Asesor	21	Vicecontralor	1
	20	Secretario General	1
	20	Secretario Administrativo	1
	19	Director General	7
	19	Jefe de Oficina	6
	18	Director Seccional	32
	18	Secretario Privado	1
	18	Asesor	2
		Subtotal	52

En virtud del Decreto No. 267 de 2000, se deroga la anterior normatividad y se establece la estructura orgánica de la Contraloría General de la República, al mismo tiempo se fijan las funciones de sus dependencias; que para el caso que nos ocupa es la Oficina de Control Disciplinario:

"ARTICULO 11. ORGANIZACIÓN. La Contraloría General de la República tendrá la siguiente organización:

NIVEL CENTRAL

Nivel superior de dirección.

1. Contralor General de la República.

1.1. Despacho del Contralor General

1.2. Secretaría Privada.

1.3. Oficina Jurídica.

1.4. Oficina de Control Interno.

1.5. Oficina de Control Disciplinario.
(…)
ARTICULO 45. OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO. Son funciones de la Oficina de Control Disciplinario:
1. Proponer, dirigir y coordinar, de acuerdo con lo estipulado por el Contralor General, las políticas de la Contraloría General para la adecuada aplicación del régimen disciplinario y en especial de la Ley 200 de 1995.
2. Asumir el conocimiento de las indagaciones preliminares e investigaciones disciplinarias que deban adelantarse contra los empleados de la Contraloría General.
3. Participar en la formulación de los programas de capacitación y divulgación del régimen disciplinario, la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia.
4. Fijar procedimientos operativos disciplinarios para que los procesos se desarrollen con sujeción a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad, buscando así salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso.
5. Ejercer vigilancia de la conducta de los servidores de la Contraloría General y adelantar de oficio, por queja o información de terceros, las indagaciones preliminares e investigaciones por faltas disciplinarias.
6. Sustanciar los fallos de segunda instancia de los procesos de responsabilidad disciplinaria, así como las revocatorias o nulidades de las actuaciones disciplinarias a que haya lugar.
7. Poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, organismos de seguridad del Estado y las demás autoridades judiciales o administrativas, la comisión de hechos presumiblemente irregulares o ilegales que aparezcan en el proceso disciplinario.
8. Ordenar el archivo de las quejas e investigaciones preliminares cuando aparezca que el hecho investigado no ha existido, que la ley no lo considera como falta disciplinaria o que el funcionario investigado no lo cometió.
9. Rendir informes sobre el estado de los procesos disciplinarios al Contralor General y a las dependencias competentes cuando así lo requieran.
10. Asesorar y guiar permanentemente, hasta la culminación del procedimiento, al jefe inmediato del disciplinado, cuando se trate de faltas leves, para la aplicación del procedimiento abreviado de que trata el artículo 170 de la Ley 200 de 1995.
11. Las demás que le asigne la ley.
(…)". (Lo subrayado es de la Sala).
Por su parte, el Decreto 268 de 2000, dictó normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República, así:
"ARTICULO 3. CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que se enumeran a continuación:
- Vicecontralor
- Contralor Delegado
- Secretario Privado
- Gerente
- Gerente Departamental
- Director
- Director de Oficina
- Asesor de Despacho
- Tesorero
En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:
1. Aquellos que sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, de manejo o de especial confianza.
(…)". (Lo Subrayado es de la Sala).
Mientras tanto, el Decreto 269 de 2000, dispuso:
"ARTÍCULO 3º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Según la naturaleza general de sus funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño los empleos a los cuales se refiere el presente decreto se clasifican en los siguientes niveles administrativos:
1. Directivo
2. Asesor
3. Ejecutivo
4. Profesional
5. Técnico
6. Asistencial.
ARTÍCULO 4º. NATURALEZA GENERAL DE LAS FUNCIONES. Las funciones generales de los empleos se definen de acuerdo a los niveles administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.
· Nivel Directivo
Comprende los empleos a los cuales corresponde el desempeño de funciones de dirección general, de formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos.
ARTÍCULO 5º NOMENCLATURA. Establécese la denominación y nomenclatura de los empleos de la Contraloría General de la República, de acuerdo con los niveles administrativos señalados en el artículo 3, así:
NIVEL DIRECTIVO
Denominación del Empleo Grado
Contralor General

Vicecontralor	
Contralor Delegado	04
Gerente	04
Director de Oficina	04
Director	03
Secretario Privado	02
Gerente Departamental	01

(...)" (Lo subrayado es de la Sala).

Finalmente, la Resolución Orgánica No. 5044 de marzo 9 de 2000, estableció los criterios generales para los cargos de la planta general, las funciones y requisitos para el desempeño de los mismos en cada una de las dependencias de la estructura organizacional de la Contraloría General de la República:

"ARTÍCULO 18. Adoptar las funciones y requisitos para el desempeño de los empleos que conforman la planta de personal de la Oficina de Control Disciplinario.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS

I. IDENTIFICACIÓN

CARGO RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Denominación Dependencia: Director Oficina de Control Disciplinario

Nivel Cargo: Jefe Inmediato

Directivo: Contralor General

Grado: 04

II. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES

1. Proponer, dirigir y coordinar de acuerdo con lo estipulado por el Contralor general las políticas de la Contraloría General de la República para la adecuada aplicación del régimen disciplinario y en especial de la Ley 200 de 1995.

2. Asumir el conocimiento de las indagaciones preliminares e investigaciones disciplinarias que deban adelantarse contra los empleados de la Contraloría General de la República.

3. Participar en la formulación de los programas de capacitación y divulgación del régimen disciplinario, la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia.

4. Fijar los procedimientos operativos disciplinarios para que los procesos se desarrollen dentro de los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad, buscando así salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso.

5. Ejercer la vigilancia de la conducta de los servidores de la Contraloría General de la República y adelantar de oficio, por queja o información de terceros, las indagaciones preliminares e investigaciones por faltas disciplinarias.

6. Sustanciar los fallos de segunda instancia de los procesos de responsabilidad disciplinaria, así como las revocatorias o nulidades de las actuaciones disciplinarias a que haya lugar.

7. Poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, Organismos de Seguridad del Estado y las demás autoridades judiciales o administrativas, la comisión de hechos presumiblemente irregulares o ilegales que aparezcan en el proceso disciplinario.

8. Ordenar el archivo de las quejas e investigaciones preliminares, cuando aparezca que el hecho investigado no ha existido, que la ley no lo considera como falta disciplinaria o que el funcionario investigado no lo cometió.

9. Rendir informes sobre el estado de los procesos disciplinarios al Contralor General y a las dependencias competentes cuando así lo requieran.

10. Asesorar y guiar permanentemente, hasta la culminación del procedimiento al jefe in mediato del disciplinado, cuando se trate de faltas leves, para la aplicación del procedimiento abreviado de que trata el artículo 170 de la Ley 200 de 1995.

11. Las demás que le asigne la ley".

Visto lo anterior, se puede deducir que el cargo ocupado por la demandante, Director Oficina, Nivel Directivo, Grado 04, en la Oficina de Control Disciplinario, corresponde a los de libre nombramiento y remoción, por cuanto es un cargo del nivel directivo; ahora bien, las funciones que realizaba son de aquellas del nivel jerárquico cuyo ejercicio implica cierta confianza y manejo, en consideración a la administración, coordinación y asesoría propias de la Oficina arriba mencionada; razón por la cual el Contralor General, podía disponer libremente del empleo mediante el nombramiento, permanencia o retiro de su titular por fuera de la regulación propia del sistema de carrera administrativa.

En ese orden de ideas, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el de la demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad.

No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas al imperio de la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y "opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia"[1].

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación del acto demandado conforme a lo disponían por los artículos 84 y 85 del C.C.A, en concordancia con los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A.

II) Desviación de poder.

Sostiene la entidad demandada en el recurso de alzada, que no se encuentra acreditada la desviación de poder ya que no se tuvo en cuenta en primera instancia las calidades de quien remplazó a la actora, y además, porque el proceso disciplinario adelantado en contra del señor Miguel Roberto Espitia Ramírez se archivó no porque los documentos no fueran falsos sino porque a criterio de la Oficina de Control Disciplinario no

estaba demostrada la responsabilidad del ex funcionario.

En ese orden de ideas, el fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aún en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio[2].

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

Bajo la anterior premisa pasa la Sala a analizar los testimonios rendidos y pruebas allegadas dentro del presente proceso:

Declaración de Edgar Hernán Neira Rojas, (Folio 117 a 127)

"PREGUNTADO. Sírvase decir todo cuanto sepa y le conste en relación con la insubsistencia de su nombramiento de que fue objeto la señora DOMÍNGUEZ NAVARRO por parte del señor Contralor General de la República mediante Resolución No. 00370 del 06 de marzo de 2002. CONTESTÓ. Los motivos que originaron su destitución no puedo tener certeza de ellos, pero supongo por los antecedentes que se dieron previos a su destitución, que el Contralor tomó esa decisión como consecuencia de un proceso disciplinario que se adelantó en la Oficina de Control Disciplinario en contra del Auxiliar Administrativo, señor MIGUEL ROBERTO ESPITIA. Llegó a ésta conclusión, pues por comentarios de pasillo que dieron al interior de la oficina mis compañeros apuntaban a concluir que ese había sido el motivo de su destitución. para darle claridad al Despacho considero que debo hacer una narración de algunos hechos anteriores a su desvinculación, los cuales me permiten suponer que el proceso disciplinario antes mencionado, si no fue el motivo fundamental para su destitución, al menos fue una de las circunstancias que creo yo que el Contralor General tuvo en cuenta para tomar su decisión. En el año 2000, la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República, realizó una verificación de los documentos aportados por los funcionarios de la entidad, en especial aquellos con los que el funcionario acreditaba estudios. Como resultado de esa verificación se estableció inicialmente por parte de esa oficina, que MIGUEL ROBERTO ESPITIA había aportado a su hoja de vida, unas certificaciones de los grados 3° y 4° de bachillerato y que ellos eran falsos. Fue así como esta oficina, compulsó copias para la oficina jurídica y para la oficina de control disciplinario para que se adelantaran las investigaciones que de acuerdo a su competencia a cada oficina le correspondieran. Como resultado de la investigación administrativa que adelantó la Oficina Jurídica, a finales del mes de diciembre del año 2000, el Contralor General de la República decidió desvincular al señor MIGUEL ROBERTO ESPITIA de la entidad por considerar que los citados certificados de estudio estaban revestidos de falsedad. Paralela a esa investigación administrativa la Oficina de Control Disciplinario adelantaba un proceso disciplinario en contra de MIGUEL ROBERTO ESPITIA, proceso éste en el cual yo estaba comisionado como Abogado instructor del mismo. A finales del año 2001, con fundamento en el acervo probatorio recaudado, se determinó terminar el proceso disciplinario por considerarse que no existió falta disciplinaria, pues del análisis de las pruebas, incluidas visitas a los archivos del colegio que aparecía expidiendo dichos certificados, se estableció que los documentos aportados por el funcionario no podían ser tachados de falsos, toda vez que a criterio de la Oficina de Control disciplinario, ellos habían sido expedidos en legal forma. De éste archivo definitivo se le notificó a MIGUEL ROBERTO y la Dra. TERESITA ISAZA DÁVILA quien para ese momento ejercía el cargo de Directora de Talento Humano, pues fue ella quien presentó la queja y por lo tanto era a ella a quien se le debía notificar. Parece que nuestra decisión no fue vista con buenos ojos por algunos funcionarios del nivel ejecutivo de la Contraloría, como era de esperarse, pues en atención a que el señor Contralor ya había desvinculado a MIGUEL ROBERTO, lógico era que nuestra decisión fuese a molestar a aquellos funcionarios que intervinieron en el proceso administrativo que culminó con la desvinculación del funcionario. Fue así como a inicios del mes de febrero de 2002, el señor Contralor citó a una reunión a mi Jefe, señora CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ, para que expusiera los motivos que la llevaron a tomar tal decisión de archivo. Esa invitación se le cursó únicamente a la Dra. CLARA EUGENIA, pero antes de que llegara la hora de su iniciación, por comentarios de la Dra. CLARA EUGENIA se me enteró que el Dr. LUÍS ORTIZ, quien para ese momento ocupaba el cargo de Director Administrativo en señal de solidaridad con la Dra. CLARA EUGENIA le manifestó que no fuera a ir a esa reunión sola, pues, el motivo de la misma iba a ser el cuestionamiento que le iban a formular por la decisión tomada en el proceso de MIGUEL ROBERTO, que le sugería que se acompañara del funcionario que había adelantado ese proceso. Escuchada la manifestación del Dr. ORTIZ, la Dra. CLARA EUGENIA me indicó que debía quedarme y que preparara una exposición sobre le procedimiento o el trámite que se le dio a esa investigación disciplinaria. Fue así como en cuestión de más o menos media hora, tuve que leer de manera muy rápida dicho proceso, pues no tenía total claridad o no recordaba con certeza los pormenores del mismo. Particularmente vi en la manera como se le hizo la invitación a la doctora una irregularidad, pues no podía entender como se le invitaba a ella sola para cuestionarle sobre los pormenores del proceso, siendo que pese a que la doctora CLARA EUGENIA fue quien firmó el auto de archivo, quien tenía certeza y conocimiento directo del proceso era yo. A dicha reunión asistimos por parte de la Oficina de Control Disciplinario, la doctora CLARA EUGENIA, el doctor CARLOS RAMÍREZ DEL CASTILLO, funcionario que por su cercanía a la jefatura, conocía muchos pormenores del manejo interno de la Oficina, al igual que yo también asistí a esa reunión. La reunión se celebró en una oficina de juntas ubicado en el piso 26, muy cerca al despacho del señor Contralor General, A ella asistieron los antes mencionados funcionarios de la Oficina ce Control Disciplinario al igual que el Dr. CARLOS OSSA ESCOBAR, Contralor General de la Republica, el Dr. MAURICIO CASAS FRANCO, de quien no me acuerdo el cargo que ocupaba para ese momento, el doctor DAGOBERTO QUIROGA quien para ese momento era el Contralor de una de las Delegadas pero que épocas muy cercanas había ocupado el cargo de Director de la Oficina Jurídica, igualmente asistió la doctora ALBA CELEMIN de quien no me acuerdo el apellido, quien ocupaba el cargo de Directora de la Oficina Jurídica, igualmente estuvo la doctora TERESITA ISAZA, Directora de Gestión de Talento Humano, acompañada del doctor PEDRO LUÍS HASBUN, quien ejercía la función de Director de Carrera,. A esa reunión asistieron también otros funcionarios, de los que no me acuerdo quienes eran. La reunión la inició el doctor DAGOBERTO QUIROGA, quien desde su inicio demostró la molestia y el desacuerdo que tenía con la decisión nuestra de archivar el citado proceso disciplinario. Palabra mas palabras menos, el doctor DAGOBERTO QUIROGA inició manifestando que como consecuencia de las decisiones tomadas por la Oficina de Control Disciplinario, la Contraloría General tenía que pagar una cantidad de millones, de la cual no preciso su cantidad, pues MIGUEL ROBERTO ESPITIA, había demandado a la Contraloría general de la república por su desvinculación de la misma y que el fundamento para su demanda era el auto de archivo definitivo proferido por nosotros. Continúo haciendo una narración de lo sucedido dentro de todo el trámite que se le dio a la causa de

MIGUEL ROBERTO, pero eso sí siempre demostrando a lo largo de su intervención el malestar que tenía hacia nosotros, el argumentaba los motivos que había para demostrar que nuestra decisión no fue la correcta. Acto seguido se le concedió el uso de la palabra a la doctora CLARA EUGENIA quién me dio el uso de la palabra a mí, para que yo expusiera los pormenores de ese proceso disciplinario. Así fue que hice mi exposición siempre orientada a demostrarle a los asistentes que la decisión de archivo se encontraba legalmente fundamentada. La doctora ALBA CELEMIN hizo una intervención para manifestarnos a la doctora CLARA EUGENIA y a mi que esa decisión de archivo podía perjudicar a I Contraloría General de la República y que por lo tanto nos solicitaba que revocáramos esa decisión pues esta era manifiestamente contraria a derecho. Yo le manifesté a la doctora ALBA CELEMÍN que si esa decisión se iba a adoptar, es decir, revocar nuestro auto de archivo, que la determinación la debería tomar solamente al doctora CLARA EUGENIA si así ella lo consideraba procedente pues yo no iba a prevaricar, toda vez que estaba y sigo plenamente convencido que había fundamento legal suficiente para archivar ese proceso. La doctora CLARA EUGENIA igual manifestación hizo pues dijo que tampoco iba a revocar, pues ella no iba a prevaricar, en esa reunión hubo una discusión bastante acalorada entre el doctor QUIROGA y el doctor RAMÍREZ DEL CASTILLO en razón de que CARLOS RAMÍREZ le cuestionó al doctor QUIROGA y creo que al doctor CARLOS OSSA la manera como la administración estaba desvinculando a los funcionarios que estaban inmersos en esos procesos administrativos como resultado de la verificación de los documentos de sus hojas de vida. La posición de CARLOS RAMÍREZ y creo que de la jefe de la Oficina, doctora CLARA EUGENIA, era la de que al menos la administración no iba a esperar el resultado de la investigación adelantada en la Oficina de Control Disciplinario, por lo menos la Oficina Jurídica y la Dirección de Talento Humano iban a adelantar investigaciones administrativas mas acuciosas que le llevaran a tomar la decisión de desvincular funcionarios con el respaldo de las pruebas suficientes y con la convicción plena que la desvinculación de tales funcionarios estaba bien fundamentada. (...) Continuando con el suceder de la reunión, por último intervino el doctor OSSA quien manifestó que el presumía la buena fe de la decisión tomada por la Oficina de Control Disciplinario y que el quería creer que no habían malsanas intensiones en nuestra decisión, que a ese problema, es decir la demanda presentada por MIGUEL ROBERTO en contra de la Contraloría se le tenía que buscar un solución, que le no era abogado y que por lo tanto le dejaba la búsqueda de la decisión a la doctora ALBA CELEMIN, al doctor QUIROGA y la doctora CLARA EUGENIA. Así terminó la reunión. En días posteriores a esa reunión se de oídas y por comentarios que me hiciera la doctora CLARA EUGENIA que hubo comunicación entre la doctora ALBA CELEMIN y ella, que la doctora ALBA CELEMIN seguía insistiendo que tenía que revocar esa decisión de archivo y que en el evento en que la Contraloría se viese obligada a pagar alguna suma de dinero, sería ella, es decir, CLARA EUGENIA quien tendría dentro de un proceso de repetición responder por esos dineros. Para sorpresa-1 nuestra aproximadamente un mes de celebrada la reunión llegó la destitución de la doctora CLARA EUGENIA Es por todo lo anterior que he creído que la desvinculación de la doctora CLARA EUGENIA fue motivada por el proceso de MIGUEL ROBERTO ESPITIA. (...)".

Por su parte, la señora Ángela Patricia Galvis manifestó (Folios 127 a 133):

"PREGUNTADO. Sírvase decir todo cuanto le sepa y le conste con relación al proceso disciplinario adelantado contra el señor MIGUEL ROBERTO ESPITIA RAMÍREZ, los problema internos que suscitó por diferencias de criterio al interior de la entidad. CONTESTO. Para hablar de ese caso me parece que hay que precisar que durante la administración del doctor OSSA, al interior de la Contraloría se revisaron las hojas de vida de todos los funcionarios de la Contraloría y se determinó que en algunos casos existían funcionarios que presuntamente habían presentado documentos falsos. La entidad llevó a cabo investigaciones administrativas y aunque tuvimos algunas reuniones con la Gerencia de talento Humano y representantes de la Oficina Jurídica, la administración adelantó revocatorias a algunos nombramientos fruto de alguna de esas investigaciones administrativas, sin embargo, cuando llegaron esas quejas a nuestra Oficina adelantamos el correspondiente proceso disciplinario, ahora sí, en el caso de MIGUEL ROBERTO ESPITIA, le correspondió a mi compañero EDGAR NEIRA esa investigación. Recuerdo que algún día la doctora CLARA EUGENIA nos comentó a algunos funcionarios que el doctor LUÍS ORTIZ, Gerente Administrativo y Financiero para esa época la había llamado para decirle que la reunión a que había sido citada con otros directivos de la entidad, era para que se ventilara el caso de MIGUEL ROBERTO ESPITIA, quien había demandado a la Contraloría por cuanto el proceso disciplinario había sido archivado, algo sí es lo que recuerdo. Sé que la doctora CLARA EUGENIA llamó a CARLOS RAMÍREZ DEL CASTILLO y EDAGAR (sic) NEIRA para que junto con el expediente subieran a esa reunión. Por los comentarios posteriores a esa reunión todos los funcionarios nos reunimos en la Dirección de esa Oficina, a escuchar lo que en esa reunión había pasado y la verdad es que de acuerdo con lo que ellos expresaron que allí había pasado, nos quedó una sensación de malestar por cuanto en la Oficina siempre habíamos actuado de buena fe, teniendo en cuenta los principios del derecho disciplinario, ética y demás para fallar en los procesos que la Oficina adelantaba. Por esa razón fue que redactamos una carta de apoyo a la gestión que se adelantaba en la oficina, dirigida al Contralor General, pues el ambiente fue en ese momento se sentía era la incomodidad de la administración por haber revocado un nombramiento cuyo proceso disciplinario resultó en archivo. PREGUNTADO. Sírvase decir que incidencia tuvo en la declaratoria de insubsistencia de la demandante los problemas que usted ha puesto de presente en su respuesta anterior. CONTESTO. A mi parecer, creo que tuvo incidencia directa, porque se vio que todo fue concadenado hasta la salida de ella, es mas, inmediato a la salida de la doctora CLARA EUGENIA, el señor Contralor nombró en encargo al señor JOSÉ JOAQUÍN OSORIO de la dirección de la Oficina de Control Disciplinario y apenas el señor llegó a nuestra oficina llamó a mi compañero CARLOS RAMÍREZ DEL CASTILLO para decirle palabras mas palabras menos, que el llegaba a ese despacho pero que desafortunadamente debía hacer unos traslados de personal y que dentro de esos traslados estaba el de él, es decir, mi compañero CARLOS RAMÍREZ DEL CASTILLO, quien subió a la reunión a la que ya me referí. (...) PREGUNTADO. De lo que usted pudo apreciar o vivir en la Oficina de Control Interno Disciplinario, después de la reunión del Contralor con la Oficina de Control Interno y Disciplinario se efectuó algún tipo presión por parte de las directivas contra la Jefe de la Oficina de Control Interno o contra algún otro funcionario. CONTESTO. Luego de esa reunión la situación mejoró y los problemas se solucionaron, aunque deseo aclarar que esa reunión se efectuó cuando ya la doctora CLARA EUGENIA estaba fuera de la entidad. PREGUNTADO. Sírvase manifestar si el ambiente de la Oficina de Control Interno Disciplinario después de la reunión celebrada entre el Contralor y la doctora CLARA EUGENIA, cambió en relación como venía operando, CONTESTO. Lo que pasa es que yo estuve muy cerca de la doctora CLARA EUGENIA entonces me tocó vivir muy de cerca las llamadas que le hacía de jurídica la doctora ALBA CELEMIN y el ex director jurídico DAGOBERTO QUIROGA, fueron momentos muy tensos. (...) PREGUNTADO. Supo usted cuales fueron las razones de la administración para retirar del servicio a la doctora CLARA EUGENIA. CONTESTO. Yo presumo que fue por este caso básicamente. (...)".

Declaración de Carlos Abel Saavedra Zafra (Folios 134 a 138).

"PREGUNTADO: Sírvase indicarle al Despacho sí sabe el motivo por el cual ha sido citado a rendir declaración juramentada, en el proceso seguido ante este Tribunal, según demanda presentada por la señora CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ NAVARRO, en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. CONTESTO: Soy funcionario de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA, conocí a la Doctora CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ, c°mo Jefe de la Oficina de Control Disciplinario, respecto al proceso tengo información general, pero no se claramente el tipo de proceso como tal. PREGUNTADO: Sírvase decir todo cuanto sepa y le conste en relación con la insubsistencia de que fue objeto la demandante por parte del CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA, mediante Resolución 00370 del 6 de marzo de 2002. CONTESTO: Se que el cargo de Jefe de la Oficina de Control Disciplinario, es de libre nombramiento y remoción, pero no conozco, detalles o antecedentes de la insubsistencia o de la Resolución que me están preguntando. (...) PREGUNTADO: La organización sindical que Usted preside, tuvo conocimiento de problemas presentados para la época en que se suscribió el documento que Usted acaba de reconocer, entre la Oficina de Control Interno Disciplinario y la parte Directiva de la Contraloría. CONTESTO: Yo reitero, que el comunicado de la organización sindical tenía como objetivo dar un respaldo a los funcionarios respecto de la imparcialidad y el cumplimiento de la labor desarrollada por ellos, lo cual lo expresan en el comunicado firmado por ellos mismos; ya detalles de enfrentamientos entre la Jefe de Control Disciplinario y el Contralor o el nivel directivo, no los tenemos nosotros, ya es del fuero interno de la oficina y del nivel directivo, nosotros siempre nos hemos limitado a reivindicar la labor profesional e independiente de los funcionarios. (...)"

Testimonio de Carlos Augusto Ramírez del Castillo (Folios 145 a 153):

PREGUNTADO. La señora CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ NAVARRO ha presentado demanda en contra de la Contraloría General de la República. Sírvase decir todo cuanto sepa y le consta en relación con /os hechos en que se sustenta tal demanda. CONTESTO: Soy empleado de la contraloría General de la República y en tal sentido trabajé durante el período que /o hizo la Dra. CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ NAVARRO como abogado de la Oficina de Control Disciplinario y aunque no conozco textualmente los hechos de /a demanda por supuesto sí tengo conocimiento de algunas circunstancias que antecedieron la declaratoria de insubsistencia de la Dra. DOMÍNGUEZ NAVARRO. Estas están referidas primordialmente a su posición en relación con un fallo de primera instancia dictado por ella en un proceso disciplinario en contra de un funcionario que presuntamente había presentado documentos falsos a la entidad, dicho proceso había terminado con providencia de archivo y al inculpado lo habían retirado de la Contraloría en aplicación del artículo 5 de la Ley 190 de 1995. (...) Como quiera que la discusión fue vehemente y acalorada el Contralor CARLOS OSSA lanzó la expresión "DE que estar trabajando con CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ y conmigo la Oficina de Control Disciplinario era tanto como dormir con el enemigo. Esa reunión tuvo lugar como a principios de/ mes del febrero del año 2002 sin mal no lo recuerdo y a los pocos días llegó la resolución de insubsistencia de la que era mi jefe. (...) PREGUNTADO: Dr. CARLOS RAMÍREZ recuerda usted cuál era la relación entre la Dra. CLARA EUGENIA DOMÍNGUEZ NAVARRO y la alta Dirección de la Contraloría en especial con el Dr. CARLOS OSSA antes de que se sucediera el incidente a que usted ha hecho referencia en esta declaración? CONTESTO: Las relaciones tanto laborales como personales entre la Dra. DOMÍNGUEZ NAVARRO y el Dr. CARLOS OSSA eran las mejores. Estas relaciones sin embargo se vieron turbadas diría yo por otros agentes de la administración que defendían sus propios intereses, me refiero a los responsables de carrera administrativa, al Dr. DAGOBERTO QUIROGA, exjefe de la Oficina Jurídica, al Dr. MAURICIO CASAS FRANCO VANEGAS, Jefe de la Oficina de Planeación, quienes en esa reunión se unieron para atacar a la Dra. DOMÍNGUEZ a la Oficina de Control Disciplinario y para exigir que se procediera contra derecho, asunto que no fue aceptado de ninguna manera por los tres funcionarios que representábamos dicha oficina. Posteriormente al retiro mediante insubsistencia de la Dra. DOMÍNGUEZ el Contralor CARLOS OSSA ESCOBAR se reunió en presencia del nuevo jefe de la Oficina de Control Disciplinario con todos los funcionarios de esa oficina en el piso 18 y expresó su pesar por el retiro o por la medida de haber retirado a la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario meses atrás. (...)PREGUNTADO: De acuerdo con su experiencia y conocimiento del funcionamiento de la Oficina de Control Interno a la cual usted se encuentra vinculado en la Contraloría la situación a que hizo referencia en la respuesta anterior afectó o nó el buen funcionamiento de dicha dependencia. En caso afirmativo explicar la razón? CONTESTO: Yo creo que lo afectó en el sentido de la buena imagen y el buen nombre de la oficina y porque no decirlo en el sentido de la seguridad jurídica que a mi juicio se perdió durante un tiempo, por lo menos entre quienes por temor reverencial o por subordinaciones mal entendidas aceptaban las teorías del Jefe Encargado Dr. OSORIO. (...)".

De las declaraciones parcialmente transcritas se deducen dos aspectos a saber: i) la eficiencia en el servicio de la demandante y ii) la existencia de un nexo causal entre el proceso disciplinario que se llevó a cabo en contra del señor Miguel Roberto Espitia y la posterior desvinculación de la demandante, tendiente a demostrar la desviación de poder.

La anterior deducción se desprende de los hechos narrados por los señores Edgar Hernán Neira Rojas, Ángela Patricia Galvis y Carlos Augusto Ramírez del Castillo, pues se evidencia claramente que el motivo para la declaración de insubsistencia fueron los hechos relacionados con la investigación disciplinaria a Miguel Roberto Espitia Ramírez, la cual cursaba en la Oficina de Control Disciplinario en cabeza de la actora.

En efecto, al analizar con mayor detenimiento dentro del sub-judice se observa que el Contralor General no se encontraba a gusto con los lineamientos que la demandante le otorgó a dicha investigación, tanto así que en la misma contestación de la demanda el apoderado de la entidad demandada manifestó: "puede concluirse que el Contralor perdió la confianza en la Directora de la Oficina de Control Disciplinario, lo cual condujo a su declaratoria de insubsistencia"; así mismo, se acrecienta tal inconformidad al no cambiar la decisión por parte de la entonces Directora, respecto de la investigación en contra de Espitia Ramírez, ya que si bien, el nominador no se encontraba de acuerdo con la decisión no significa entonces, que el funcionario tenga que faltar a la verdad para así mantenerse en el cargo, circunstancia tal que reprocha la Sala.

Por su parte, argumenta el recurrente que encontró que Miguel Roberto Espitia aparecía con certificaciones de bachillerato falsas, por lo que la Oficina Jurídica generó la revocatoria del nombramiento, "previa investigación laboral administrativa interna que corroboró la falsedad de los documentos allegados"; sin embargo, no se evidencia dentro del proveído que la Oficina Jurídica haya iniciado una investigación preliminar, en aras de mantener la transparencia al momento de generar la revocatoria de los nombramientos, por ende se discute la funcionalidad entre dependencias, ya que lo prudente hubiese sido esperar el desenlace de la investigación disciplinaria por parte de la Oficina de Control Disciplinario y con ello impulsar la revocatoria del nombramiento, y no actuar como evidentemente se presentaron los hechos, se revocó el nombramiento y al mismo tiempo se inició la investigación.

Así mismo se presenta una incongruencia entre lo afirmado en la sustentación del recurso de apelación y los alegatos de conclusión, pues si bien en el primero asegura que "el implicado no interpuso recurso alguno ni demanda contenciosa para atacar su legalidad, situación que resulta sospechosa"; en el segundo asevera que "el señor MIGUEL ROBERTO ESPITIA inició acciones de nulidad y restablecimiento del Derecho y Reparación Directa en contra de la Contraloría General", situaciones que sin lugar a dudas generan desconfianza, pues no se sabe si está actuando con mala fe o con desconocimiento.

Respecto a los requisitos para ocupar el cargo de Director Oficina de Control Disciplinario, la Resolución Orgánica No. 5044 de marzo 9 de 2000, estableció:

"II. REQUISITOS:

EDUCACIÓN

TITULO PROFESIONAL EN: Derecho, Contaduría Pública, Economía, Administración Pública, Administración de Empresas y demás disciplinas afines con las funciones del cargo.

FORMACIÓN AVANZADA EN: Educación para la Conciliación y Resolución de Conflictos, Derecho Administrativo, Derecho Público, Ciencias Jurídicas, Económicas, Contables y Administrativas.

EXPERIENCIA

Cinco (5) años de experiencia profesional relacionada".

Visto lo anterior y de las pruebas allegadas se observa que José Joaquín Osorio Cruz contaba con las condiciones necesarias para ocupar el cargo que venía desempeñando la demandante; no obstante, no es suficiente aducir que los testigos manifestaron su posición crítica respecto de los hechos, o que lo que manifestaron alguno de ellos fue de oídas, o más aun, presumir de las calidades del señor Osorio Cruz en aras de mantener la presunción de legalidad del acto impugnado, cuando de lo que se trata precisamente es controvertir las declaraciones o demostrar la afectación del servicio por parte de la actora y con ello despejar el nexo causal que existe entre los hechos ya conocidos con la declaratoria de insubsistencia.

En desarrollo de lo anterior, se utilizaron los indicios como medios de prueba y factor determinante para decretar la anulación del acto, los cuales son aquellos hechos conocidos como las calidades del demandante, las declaraciones rendidas por funcionarios que presenciaron los hechos, las presiones para revocar su decisión frente a la investigación disciplinaria en contra de Miguel Roberto Espitia, las contradicciones presentadas dentro del proveído y las pruebas documentales obrantes. A través de ellos se llega al convencimiento de que la declaratoria de insubsistencia de la actora no fue proferida como ejercicio de la facultad discrecional.

Apreciadas las pruebas en su conjunto se dilucida la manera como el agente administrativo mantuvo la intención de retirar al demandante, alejándose del objetivo normativo fijado por el Estado, es decir, la buena prestación del servicio, pues se demuestra a lo largo del plenario la relación que existe entre los hechos con el acto impugnado, a tal punto, que se hace evidente la desviación de poder.

Como ya lo ha reiterado esta Sección, el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y remoción de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones, sólidas y explícitas[3], y en la buena prestación del servicio.

En el mismo sentido la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales, de acuerdo con el examen judicial a las facultades discrecionales; la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que la misma haya hecho respecto de dicha situación en otros momentos, se rompe la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad :

"(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (...)"[4]

"La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador" (Destacado fuera de texto)

Así las cosas, parece claro y además razonable, que se demande a la Administración desde la perspectiva del control judicial, y que el legítimo ejercicio de sus facultades discrecionales no se lleve los principios elementales de congruencia y coherencia, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, el ejercicio de la discrecionalidad corresponda con una evaluación juiciosa a los elementos de eficiencia y eficacia.

Así las cosas, al configurarse el cargo formulado en la demanda y al haber desvirtuado la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del A - quo, que accedió las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 22 de enero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por Clara Eugenia Domínguez Navarro contra la Contraloría General de la República.

Cópiese, Notifíquese Devuélvase al Tribunal de Origen, Cúmplaselo

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS PIE DE PÀGINA

1. Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

2. Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: "En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

3. Ver entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente No. 2459-99, actor Doris Isabel Ceballos Mendoza, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado; fallo del 22 de junio de 2000, expediente No. 2468-99, actor Pastor Baena Gutiérrez, Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.
4. Fernández, Ramón Tomás, Discrecionalidad Administrativa y Constitución cit., Tecnos, Madrid, página 84.

Fecha y hora de creación: 2025-09-17 06:38:05