



Función Pública

Sentencia 02416 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011)

Rad. No. 68001-23-31-000-2000-02416-01

Número interno: 0157-10

Actor: ISSI DEL CARMEN VÉLEZ OLIVEROS

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y OTROS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 21 de agosto de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia para analizar la legalidad del Decreto Ley 271 de 22 de febrero de 2000 y negó las demás pretensiones de la demanda instaurada por Issi del Carmen Vélez Oliveros contra la Nación - Contraloría General de la República y otros.

LA DEMANDA

ISSI DEL CARMEN VÉLEZ OLIVEROS, 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 Santander:

a) Pretensiones Principales.

Inaplicar los siguientes actos:

-

- Decreto 267 de 22 de febrero de 2000 proferido por el Presidente de la República, por el cual, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 2000 y previo concepto del Contralor General de la República, “...se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”.

- Decreto 268 de 22 de febrero de 2000 proferido por el Presidente de la República, por el cual se dictaron "...las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República", en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 2000 y previo concepto del Contralor General de la República.

- Decreto 269 de 22 de febrero de 2000 proferido por el Presidente de la República, por el cual se estableció "... la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República..." y se dictaron otras disposiciones, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 2000 y previo concepto del Contralor General de la República.

- Decreto 270 de 22 de febrero de 2000 proferido por el Presidente de la República, por el cual, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales en especial las contenidas en la Ley 4ª de 1992, se fijó "... el sistema de remuneración de los empleos de la Contraloría General de la República".

- Decreto 271 de 22 de febrero de 2000 proferido por el Presidente de la República, por el cual se estableció la planta de personal de la Contraloría General de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 2000.

Declarar la nulidad de los siguientes actos:

- Comunicación de 13 de marzo de 2000, suscrita por el representante legal de la Contraloría General de la República, por la cual se dispuso su retiro del servicio activo como Auxiliar Administrativo de la Dirección Seccional de Santander, a partir de 16 de marzo del mismo año.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reintegrarla al cargo que ocupaba al momento de su retiro o a uno de igual o superior categoría.

- Reconocerle y pagarle los salarios, primas, bonificaciones y demás emolumentos correspondientes al cargo que venía desempeñando, junto con los incrementos legales, dejados de devengar en el tiempo comprendido entre la fecha del retiro y aquella en la que sea efectivamente reintegrada al cargo.

- Reconocerle, a título de perjuicios morales, el equivalente a 2000 grs. oro o lo que los Magistrados consideren pertinente.

- Declarar, para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

- Reconocerle las sumas que resulten adeudadas de manera actualizada, teniendo en cuenta para el efecto el índice de precios al consumidor o al por mayor, con base en lo dispuesto en el artículo 179 del C.C.A.

- Agregó la parte actora: "Las sumas de dinero que resulten del restablecimiento del derecho, devengarán intereses conforme al inciso final del Art. 177 ibídem y serán ajustadas de conformidad al Art. 178 de la misma obra y canceladas dentro de los precisos términos de (sic) Art. 176 y 177 del Código citado."

- Pagar las costas procesales y agencias en derecho.

b) Pretensiones Subsidiarias.

Subsidiariamente, la señora Issi del Carmen Vélez Oliveros solicitó que se declare la nulidad de todos los actos referidos en las pretensiones declarativas principales y que, en consecuencia, se efectúen condenas similares.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Ingresó al servicio de la Contraloría General de la República el 5 de enero de 1990 al cargo de Secretario Nivel Administrativo, Grado 09 en la delegación de la Guajira, en virtud del nombramiento efectuado a través de la Resolución No. 09820 de 20 de octubre de 1989.

Luego de efectuado el curso concurso convocado por la Oficina de Administración de Carrera Administrativa, por Resolución No. 10521 de 21 de diciembre de 1994 fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de Auxiliar Administrativo, Grado 06 en la Dirección Seccional de Santander. De dicho cargo tomó posesión el 16 de enero de 1995.

Efectuada la evaluación correspondiente por el servicio prestado, por la Resolución No. 0896 de 28 de abril de 1995 se ordenó su inscripción en el Escalafón de Carrera Administrativa Especial de la Contraloría General de la República.

De su hoja de vida se extrae la idoneidad tanto profesional como personal para el ejercicio del empleo, tanto así que fue objeto de varias felicitaciones.

Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10º de la Constitución Política, el Congreso profirió la Ley 573 de 7 de febrero de 2000 por la cual, entre otras facultades, confirió la de *“modificar la estructura de la Contraloría General de la República; determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial de que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referente a su régimen de personal.”*.

En ejercicio de las facultades referidas el Presidente de la República expidió con la firma del Ministro del Interior, del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Director del Departamento Administrativo de la Función Pública los Decretos 267 a 271 de 22 de febrero de 2000.

El 13 de marzo de 2000 el Contralor General de la República le envió un Oficio por el cual le informó, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 271 de 2000, que el cargo que venía desempeñando en la planta del ente de control se había suprimido a partir del 16 de los mismos mes y año. Adicionalmente, se le informó que al tenor de lo dispuesto en los artículos 44 del Decreto 268 de 2000 y 6º del Decreto 271 del mismo año, le asistía el derecho de opción.

En atención a lo anterior optó la indemnización y así se lo comunicó al Contralor General de la República.

Por diversos medios de comunicación se ha informado que los fundamentos para realizar la reestructuración del ente de control están relacionados con la modernización del Estado y la moralización de la administración y que el objetivo fue seleccionar, con base en las hojas de vida, los mejores funcionarios. Incluso el Contralor de la República expidió un comunicado con el que se llegaría a seleccionar objetivamente el personal, teniendo en cuenta para el efecto la formación profesional, la antigüedad, la experiencia específica y la calificación del profesional.

Bajo los referidos presupuestos objetivos de selección debió ser incorporada a la nueva planta de personal, máxime si se tenía en cuenta que a su cargo ostentaba el cuidado de sus hijos, situación que según el Contralor General iba a ser valorada.

Continuó la parte actora:

“Otro indicio que nos lleva a encontrar el motivo oculto del Presidente al expedir los decretos demandados (actos que debieron ser expedidos por el mismo Contralor o mediante ley del Congreso), que permite hacer ver aún más claro el interés político que les sirvió de motivo, es el hecho expresado por la Contraloría que para acceder a la nueva planta de personal del nivel ejecutivo se tendría en cuenta las consultas verbales con sus superiores, hecho que nunca ocurrió, como se ha indagado y se probará en el proceso. Contrasta esta afirmación con el cronograma que tenía la Contraloría para ejecutar sus fines, que para el 13 de mayo se debían posesionar los gerentes departamentales y el nivel directivo, con el fin de delegar en ellos la tarea de comunicar los retiros y posesionar los funcionarios de la nueva planta de personal; el 14 y 15 producir las comunicaciones y posesionar el 16 siguiente masivamente a los nuevos funcionarios.”.

El daño que ha sufrido ella y su familia por el retiro del servicio en las condiciones anotadas es innegable.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 2º, 113, 117, 122, 123, 125, 150 numerales 7º y 10º, 189 numeral 16, 209, 267 y 279.

La Ley 106 de 1993.

La Ley 443 de 1998.

La demandante consideró que la parte accionada, con los actos acusados, incurrió en los siguientes vicios (fls. 71 a 120 del cuaderno principal):

(i) Violación del bloque de legalidad.

- En cuanto a la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad del artículo 1º, numeral 1º de la Ley 573 de 2000. El Congreso de la República no podía conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República que no ostentaba, pues la facultad de modificación de la planta de personal es netamente administrativa y, en este sentido, debido a la autonomía del ente de control y al principio de separación de poderes, recae en el Contralor General de la República. De no aceptarse dicha tesis, en todo caso, la función es del Congreso previa presentación del proyecto de Ley por parte del Contralor General de la República. Al respecto, concluyó:

“Como corolario podemos afirmar que la parte pertinente de la ley que se pide se inaplique se hace por que (sic) ella riñe con la Carta Política, más concretamente por que (sic) violan los artículos 113, 117, 150 No. 7, 150 No. 10, 189 No. 16, 267 y 279, razón por la cual, por la prevalencia que ella tiene sobre las leyes (Art. 4 de la C.P.), debe estarse al espíritu que plasmó el constituyente y no el del legislador secundario. Ello significa que la base jurídica de los derechos demandados tienen (sic) una fuente injurídica (sic), que le hacen perder la validez que debían tener; por manera que, mientras se resuelve la demanda de inexequibilidad que se tramita en la Corte Constitucional, deben inaplicarse los actos demandados por contradecir la norma superior, por violar su contenido.”.

- De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10º de la Constitución Política y lo sostenido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-80 de 1994, el otorgamiento de facultades extraordinarias tiene tres requisitos: uno relacionado con la oportunidad, esto es, cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; dos, la iniciativa del Gobierno; y, tres, la aprobación de la mayoría absoluta de cada una de las Cámaras. En el presente asunto, empero, el primero de los referidos aspectos no se acreditaba. En este sentido, agregó, la justificación dada por el ejecutivo fue la declaratoria de inexequibilidad del artículo 120 de la Ley 489 de 1998, sin embargo, el estudio que se efectuó a dicha consideración fue precario.

(ii) Violación de la Ley.

- El principio de legalidad que impera en nuestro ordenamiento jurídico determina que si el otorgamiento de las facultades extraordinarias al Presidente de la República a través de la Ley 573 de 2000 es ilegal, los decretos proferidos en ejercicio de las mismas corren igual suerte, por la pérdida de su fundamento en los términos del artículo 66 numeral 2º del C.C.A. Al respecto, precisó el actor:

"... podría alegarse que esa causal es procedente en sede administrativa y no judicial, lo cierto es que como la pérdida del fundamento jurídico le hace restar la fuerza ejecutoria, como ya se dijo, en sede judicial ha de reconocerse esa ilegalidad que, obviamente, incide en la declaratoria de nulidad que se deprecia."

Adicionalmente, en el presente asunto debe tenerse en cuenta que una declaratoria de inexecutable de la referida disposición de la Ley 573 de 2000 afecta su situación en la medida en que está *sub judice*.

(iii) Desviación de poder.

En atención a que la causal referida se presenta frente a la finalidad del acto, lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido la prueba indirecta para su comprobación, como lo es el indicio. En el presente asunto, a pesar de las reiteradas manifestaciones públicas sobre el objeto de la reestructuración de la Contraloría y la selección objetiva del personal, lo cierto es que a pesar de su formación profesional, de sus capacidades y del tiempo que llevaba en la Contraloría no fue tomada en cuenta. Al respecto, afirmó la parte actora:

"... las personas que fueron seleccionadas para ocupar su cargo, si bien pueden haber cumplido con los requisitos mínimos contemplados en el manual de funciones, expedidos con posterioridad a la supresión del cargo, nunca llenaban las calidades que había demostrado mi mandante. La odiosa pero simple comparación de sus hojas de vida, permiten deducir palmariamente sobre quién podía tener las mejores calidades para ocupar la vacante en la nueva planta de personal, o mejor quién tenía mejor perfil para ocupar ese cargo."

Ahora bien, los derechos de carrera no pueden ser atropellados en eventos en los que los cargos no desaparecen sino solamente hay una modificación en la denominación, como ocurrió en el presente asunto.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corridos los traslados ordenados mediante el Auto de 21 de marzo de 2001 a la Nación - Ministerio de Interior, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública, Contraloría General de la República y Departamento Administrativo de la Presidencia de la República con el objeto de que actuaran como parte demandada en el presente asunto, se obtuvieron las siguientes manifestaciones de oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda:

(a) Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 184 a 188 del cuaderno principal):

Afirmó que los hechos relatados en la demanda no le constaban, en la medida en que la señora Issi del Carmen Vélez Oliveros no sostuvo una vinculación laboral con dicha cartera.

A su turno, formuló las siguientes excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, pues los actos demandados fueron expedidos por el Gobierno Nacional y no por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; indebida acumulación de pretensiones, pues solicitó la inaplicación de una serie de normas que son legales y demandó la legalidad de una comunicación que no constituye un acto administrativo; y, legalidad de los actos administrativos.

(b) Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (fls. 198 a 219 del cuaderno principal):

Frente a los hechos expuso que los relacionados con la vinculación de la actora y su desempeño no le constaban, que era cierto el trámite legal referido y que técnicamente no eran hechos los relacionados las afirmaciones sobre la existencia de desviación de poder en su separación del cargo.

Por su parte, propuso, además de la genérica, las siguientes excepciones: falta de jurisdicción y competencia, en la medida en que los decretos acusados no son actos administrativos sino decretos con fuerza de ley cuyo conocimiento le corresponde a la jurisdicción constitucional; falta de legitimación por pasiva, en la medida en que nunca existió una relación laboral entre la actora y el DAPR adicionalmente cuando se formuló la demanda contra este Departamento no se demandó a la Nación, la cual sí tiene personería jurídica; ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues, por un lado, se pretende un restablecimiento no por la ilegalidad de un acto administrativo sino por la inconstitucionalidad de una norma con contenido material de Ley y, por el otro, los Decretos acusados son de contenido general, impersonal y abstracto por lo cual no pueden afectar directamente los derechos de particulares, continuó la parte demandada: *"Lo anterior nos lleva a concluir que, si fuesen actos administrativos los decretos demandados, el competente para declarar su nulidad sería solamente el Consejo de Estado y no ese H. Tribunal, y que en el presente caso se presenta una evidente indebida acumulación de pretensiones, puesto que, a la vez que se solicita la declaratoria de nulidad de unos supuestos actos administrativos de carácter general, simultáneamente se solicita el restablecimiento de unos derechos de carácter particular y concreto, pretensiones que son totalmente excluyentes."*

Por último, el Departamento interviniente se opuso a la procedencia de cada uno de los cargos elevados por la parte actora por los siguientes motivos:

- En cuanto a la presunta violación del bloque de legalidad. El actor partió de una premisa errada al considerar que la Contraloría pertenecía a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Tampoco es cierto que la Ley 573 de 2000 se haya proferido por virtud de lo establecido en el numeral 7º del artículo 150 de la C.P. pues lo fue en ejercicio de lo establecido en el numeral 10º ibídem.

- En atención a la supuesta violación de la Ley. Teniendo en cuenta que lo accesorio sigue a lo principal y a que no hay vicio alguno en la Ley 573 de 2000 tampoco lo hay en los Decretos Leyes dictados en virtud de ella.

- En cuanto a la presunta existencia de desviación de poder. Al respecto, precisó el interviniente, en la medida en que esta causal se predica de actos administrativo y no de normas con fuerza material de ley, el cargo no está llamado a prosperar.

(c) Departamento Administrativo de la Función Pública (fls. 221 a 232 del cuaderno principal):

Frente a los hechos expuestos en la demanda expuso que la mayoría de los mismos no le constaban, que era cierto que por la Ley 573 de 2000 se habían concedido facultades extraordinarias al Ejecutivo y que en virtud de ella se habían proferido algunos decretos, pues el 270 demandado lo fue en virtud principalmente del a Ley 4ª de 1992.

En relación con la exequibilidad de las facultades conferidas al Presidente mediante la Ley 573 de 2000 la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas providencias, entre las que cabe resaltar las siguientes: C-401, C-402, C-409 y C-1550 de 2000. Agregó que la estabilidad en el ejercicio de un cargo en carrera administrativa no es absoluta y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la C.P., la facultad para la determinación de la planta de empleos de la Contralora General de la República le corresponde al Congreso. Finalmente, el hecho de que los Decretos acusados se hallen suscritos, por virtud de lo ordenado en el artículo 115 de la C.P., por varias autoridades, lo cierto es que frente a todas ellas no puede establecerse un vínculo laboral, como lo pretende la parte accionante.

Por último, propuso las siguientes excepciones: cosa juzgada constitucional, incompetencia para decidir sobre los Decretos demandados y falta de legitimación en la causa por pasiva.

(d) Ministerio del Interior (fls. 242 a 254 del cuaderno principal):

Después de aceptar como ciertos los hechos relacionados con la expedición de los Decretos 267 a 271 de 2000, de la comunicación de desvinculación de la actora y de su decisión de acogerse a la indemnización, solicitó que se probaran los demás supuestos fácticos esgrimidos.

En cuanto al fondo del asunto sostuvo que el requisito de que el otorgamiento por parte del Congreso de facultades extraordinarias se haga previa petición del Gobierno se acreditó en el presente asunto con la solicitud efectuada por los Ministros respectivos, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional. Ahora bien, continuó, de un análisis integral de los numerales 10º, 15 y 16 del artículo 150 de la C.P. se concluye que el Congreso podía delegar la facultad en estudio al Gobierno, y que dicha materia podía regularse por Ley ordinaria y no por Ley estatutaria.

Ahora bien, de la lectura del Decreto 271 de 2000 se evidencia que éste tiene fuerza material de Ley, por lo cual su conocimiento es de la jurisdicción constitucional. Adicionalmente, lo cierto es que el Ministerio de Interior no tuvo injerencia alguna en el retiro del servicio de la señora Vélez Oliveros. También debe advertirse que la pertenencia a la carrera administrativa no otorga un derecho absoluto a la estabilidad.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones: falta de jurisdicción y competencia y falta de legitimidad en la causa por pasiva.

(e) Contraloría General de la República (fls.260 a 267 del cuaderno principal):

Luego de efectuar un recuento del proceso de reestructuración el ente de control sostuvo que la selección de personal se adelantó con el objetivo claro de profesionalizar la planta, razón por la cual una comisión bipartita analizó las hojas de vida de los funcionarios. Agregó que, contrario a lo sostenido por la parte actora, fue evidente la reducción de cargos, con mayor especificidad en los niveles técnico y administrativo.

También sostuvo que en el presente asunto no podía considerarse válido que se alegara la violación de normas constitucionales, sino solamente de disposiciones de orden legal. Por último, manifestó que no hubo desviación de poder pues su retiro obedeció a la finalidad del Decreto 271 de 2000.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones: falta de competencia e indebida acumulación de acciones y pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante providencia de 21 de agosto de 2009, decidió declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia para decidir sobre la legalidad del Decreto Ley 271 de 22 de febrero de 2000 y denegó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 601 a 621 del cuaderno principal):

En cuanto a las excepciones.- La excepción denominada “legalidad de los actos” será estudiada en el acápite relacionado con el fondo del asunto. En atención a que el Decreto Ley 271 de 2000 se profirió por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10º de la C.P., la competencia para analizar su ajuste a la normativa aplicable es de la Corte Constitucional, por lo cual se declara probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia para conocer sobre el mismo. En razón a que los Decretos con fuerza de Ley no serán objeto de estudio sobre cualquier afirmación al respecto. Teniendo en cuenta lo explicado sobre el Decreto 271 de 2000, se puede concluir que sí se estructura esta excepción y la consecuencia es la misma inhibición para el estudio del Decreto 271 de 2000. En el presente asunto se estructura la alegada falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio del interior y de Justicia, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública y, en consecuencia, así se declarará en la parte resolutive de la providencia¹. Por último, en la medida en que los Decretos 267 a 270 de 2000 no modificaron la situación de la actora, frente a ellos tampoco se efectuará pronunciamiento de fondo².

En cuanto al fondo del asunto.- En primera instancia el Tribunal aclaró que en este caso en la medida en que la comunicación demandada le modificó la situación a la actora, pues el Decreto 271 de 2000 es general - impersonal y abstracto, frente a ella era viable un pronunciamiento de fondo. Dicha conclusión la reafirma el hecho de que las 6 incorporaciones que se hicieron en el cargo de Asistenciales Grado 04 de la

Seccional de Santander, equivalente al de Auxiliar Administrativo Grado 06, se efectuaron por actos separados, razón por la cual la comunicación era el acto que tenía la aptitud para ser demandado.

Establecido lo anterior el Tribunal negó la prosperidad del cargo relacionado con la inaplicación del numeral 1º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, en atención a que su constitucionalidad había sido definida favorablemente por la autoridad judicial competente³.

Por último, sostuvo el *a quo*, no se evidencia la existencia del vicio de desviación de poder en los términos alegados por la señora Vélez Oliveros, pues no se probó por la interesada que en los cargos que permanecieron en la planta con la nueva denominación se hayan vinculado funcionarios con una hoja de vida inferior a la suya, lo que hubiera podido inferir la existencia de móviles ocultos. Al respecto, finalizó:

“... la desviación de poder es una modalidad de legalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira entorno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2º de la Constitución Política y el art. 2º del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. De suerte que quien alega la causal de anulación está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos para la moral administrativa, circunstancia que no ocurrió en este evento.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la decisión del *a quo*, con los siguientes argumentos (fls. 640 a 643 del cuaderno principal):

Contrario a lo afirmado por el Tribunal, en cuanto a que no declaró la existencia en el presente asunto del vicio de desviación de poder, debe afirmarse que si bien las personas que fueron incorporadas a la planta de personal de la Contraloría reunían los requisitos legales para ello lo cierto es que en atención a los criterios establecidos de selección no eran la mejor opción, de cara a su hoja de vida, a su preparación académica y a su antigüedad.

De la declaración rendida por el señor William Cuevas así como del material allegado al expediente, informes de prensa entre otros, se evidencia que al momento de la escogencia del personal que continuaría al servicio de la Contraloría General de la República no se tuvieron en cuenta los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general. Otro indicio de lo anterior lo constituye el hecho de que a pesar de haberse prometido una consulta verbal con los superiores, ello nunca ocurrió.

Adicionalmente, lo que hubo en la Contraloría en muchos casos fue una variación en la denominación de los cargos pero no una supresión efectiva de los mismos. Al respecto precisó la parte actora:

“Todo lo anterior nos permite expresar que con la expedición de los actos demandados y en la selección de la nueva planta de personal por parte del Contralor General de la República, función administrativa de su competencia, no se cumplió cabalmente con el elemento finalista de (sic) deben reunir todos los actos de la administración, específicamente que no se buscó el interés general, sino un interés particular (léase político) que si bien, como se dijo al comienzo, es difícil de probar, por lo menos existen indicios claros que nos induce a probar ese fin, como la amañada selección del personal de la nueva planta, sin consultar hojas de vida ni efectuar un estudio técnico como lo exige la ley 443 de 1.993 (sic, debió decir de 1998).”.

A su turno, continuó la recurrente, el derecho de opción se constituyó en una farsa en la medida en que la carga por la cual se les comunicó la supresión del cargo llegó para hacerse efectiva el día siguiente, cuando ya se posesionaban los nuevos integrantes de la planta de personal.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Previamente a formular el problema jurídico se precisa establecer que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada y, en esa medida, el objeto por resolver en cada caso se encuentra delimitado por los aspectos que fueron materia de discusión en el curso del proceso.

Dicho alcance del derecho al acceso a la administración de justicia en asuntos contencioso administrativos y en tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho adquiere sentido en la medida en que los actos administrativos se presumen legales, y en consecuencia tienen carácter ejecutivo y ejecutivo, por lo cual, quien esté interesado en desvirtuarla es quien debe dar las razones por las cuales considera

que mediante el mismo se vulnera la normativa aplicable.

A su turno, la competencia del juez administrativo en segunda instancia es aún más restringida, en la medida en que lo sea el recurso que deba desatar, pues, el centro de análisis lo constituye aquello que, habiendo sido válidamente objeto del proceso en primera instancia, sea cuestionable en el medio de impugnación.

Bajo dichos lineamientos, teniendo en cuenta que en el presente asunto quien recurre la Sentencia proferida por el *a quo* es la parte actora y que lo hace específicamente en cuanto no se consideró acreditado el vicio de desviación de poder, el problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de la desvinculación, por supresión de cargo, de la señora Issi del Carmen Vélez Oliveros. Para ello deberá establecerse, fundamentalmente, si su retiro obedeció a criterios diferentes al buen servicio y si, además, para efectos de la selección del personal que permaneció en la planta de personal se aplicaron o no criterios objetivos.

Con el objeto de atender el problema jurídico por resolver, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

Vinculación laboral

- Ingresó al servicio de la Contraloría General de la República en virtud del nombramiento en provisionalidad efectuado por la Resolución No. 09820 de 20 de octubre de 1989, en el cargo de Secretario - Nivel Administrativo - Grado 9, en la Delegación Territorial de la Guajira. Tomó posesión del mismo el 5 de enero de 1990 (cuaderno No. 1 de anexos).

- Previa convocatoria de concurso de méritos, por Resolución No. 10521 de 21 de diciembre de 1994 fue nombrada en periodo de prueba en el cargo de Auxiliar Administrativo - Nivel Administrativo - Grado 06, en la Dirección Seccional Santander. De dicho cargo tomó posesión el 16 de enero de 1995.

Por Resolución No. 00896 de 28 de abril de 1995 obtuvo su inscripción en la carrera administrativa especial de la Contraloría, en el cargo antes referido.

Supresión de cargos

- Mediante la Ley 573 de 7 de febrero de 2000, en virtud de lo establecido en el artículo 150 numeral 10º de la Constitución Política, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias durante el término de 15 días, entre otros asuntos, para:

“ARTÍCULO 1º. (...)

1º. Modificar la estructura de la Contraloría General de la República, determinar el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, pudiendo crear, suprimir o fusionar empleos y prever las normas que deben observarse para el efecto; dictar las normas sobre la carrera administrativa especial que trata el ordinal 10 del artículo 268 de la Constitución Política y establecer todas las características que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal.”.

La constitucionalidad del otorgamiento de dichas facultades fue analizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 19 de abril de 2001, M.P. doctor Álvaro Tafur Galvis, en donde se ventiló la competencia que le asiste al legislador ordinario de regular dichas materias a pesar de tratarse de un ente autónomo, como la Contraloría General de la República; y, en consecuencia, la viabilidad del otorgamiento transitorio de dichas funciones al Presidente de la República. Al respecto, manifestó:

“Sobre el particular, la Corte ha de reiterar que el mandato del artículo 150, no conoce más restricciones que las que la propia Constitución determine y por tanto, salvo que al definir los contornos de la autonomía que ella misma confiere y reconoce haya precisado esos límites, ha de entenderse que el legislador ostenta una amplia potestad de configuración de la mencionada autonomía.

(...)

Siendo claro que al legislador competen las mencionadas funciones de determinación de estructura, creación, fusión o supresión de empleos en los mencionados órganos de control, es pertinente señalar igualmente que la jurisprudencia de la Corporación ha afirmado la posibilidad de que el Congreso otorgue facultades extraordinarias al Gobierno para que ejerza transitoriamente las funciones que a aquel competen, naturalmente dentro del marco y con observancia de los requisitos establecidos en el Artículo 150-10.”.

- En ejercicio de las facultades referidas, el Presidente de la República profirió los siguientes Decretos con fuerza de ley:

(i) Decreto No. 267 de 22 de febrero de 2000, *“por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.”.*

(ii) Decreto No. 268 de 22 de febrero de 2000, *“por el cual se dictan normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República”.*

(iii) Decreto No. 269 de 22 de febrero de 2000, *“por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la república y se dictan otras disposiciones.”.* Concretamente en su artículo 3º se estableció que en atención a la naturaleza de las funciones, la responsabilidad y los requisitos exigidos, los cargos podían ser del nivel directivo, del nivel asesor, del nivel ejecutivo, del nivel profesional, del nivel técnico o del nivel asistencial.

Frente al nivel asistencia, el artículo 4º ibídem, dispuso:

“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 Asistencial

Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de orden operativo y/o administrativo, complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores caracterizadas por el predominio de actividades manuales o tareas de ejecución.”.

A continuación, en el artículo 5º, al determinar la nomenclatura de los cargos se estableció dentro del nivel asistencial el de Secretario 04.

(iv) Decreto No. 271 de 22 de febrero de 2000, *“por el cual se establece la planta de personal de la Contraloría General de la República”.* En su artículo 1º se suprimieron 399 cargos con la denominación “Auxiliar Administrativo 06”. En su artículo 2, a su turno, permanecieron 200 del cargo denominado “Secretario 04”, el cual, de conformidad con lo establecido en el presente proceso corresponde al antes denominado “Auxiliar Administrativo 06”.

En el artículo 3º se precisó:

“Distribución de empleos. En Contralor General de la República, mediante resolución, distribuirá los cargos de la planta de personal a que se refiere el presente decreto, teniendo en cuenta la estructura interna, las necesidades del servicio, los planes, programas, procesos, proyectos y políticas de la Contraloría General de la República.

El traslado de servidores públicos que implique cambio permanente de sede territorial se efectuará previa consulta con la Comisión de Personal.”.

- Por Oficio de 13 de marzo de 2000, suscrito por el Contralor General de la República, se le comunicó la supresión de su cargo y se le informó el derecho que le asistía a escoger entre ser indemnizada o reincorporada (fl. 3 del cuaderno principal).

- Posteriormente, mediante la Resolución No. 05924 de 18 de mayo de 2000 obtuvo el reconocimiento de la indemnización por supresión de cargo (fls. 5 y 6 del expediente principal), teniendo en cuenta que mediante escrito radicado el 17 de marzo de 2000 había optado por ella (fl. 8 del cuaderno de anexos No. 1).

Establecido lo anterior, el asunto objeto de litigio se abordará en el siguiente orden: (i) De la supresión de cargos; (ii) Del caso concreto - Desviación de poder.

(a) De la supresión de cargos.

De conformidad con el inciso 1º del artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa debe ejercerse consultando el bien común y el interés general, es decir, persiguiendo los fines propios de un Estado Social de Derecho, en especial los consagrados en el artículo 2 de la misma Carta. Al respecto, reza la citada disposición:

“ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”.

“(…).”.

Ahora bien, uno de los mecanismos idóneos en pro de la consecución de una adecuada función administrativa es precisamente la consolidación de la carrera como sistema técnico de administración de personal, que guía no sólo el ingreso al servicio sino también su permanencia y retiro⁴; garantizándose, además, la estabilidad laboral, a la luz de los Artículos 25, 53 y concordantes de la Constitución Política; la mayor eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios a cargo del Estado; y, la igualdad de oportunidades, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 40 numeral 7º ibídem.

El artículo 2º de la Ley 443 de 1998, por su parte, además de los principios rectores del artículo 209 de la Constitución Política, establece que la carrera administrativa debe desarrollarse fundamentalmente con base en los principios de igualdad y del mérito, entendiendo por el segundo de ellos que *“(…) el acceso a los cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella.”.*

Dentro de esta concepción, la supresión de empleos se debe entender como una causa admisible de retiro del servicio de los empleados del sector público, que encuentra su sustento en la necesidad de adecuar las plantas de personal de las entidades públicas a los requerimientos del servicio.

Así, cuando se retira a un empleado de la planta de cargos, como consecuencia de una supresión, se hace porque el empleo específico fue suprimido por un acto administrativo, lo que sucede cuando la cantidad de cargos desaparece o disminuye, o en la nueva planta de personal no subsisten cargos con funciones iguales o equivalentes a los cuales pueda incorporarse el funcionario. Así lo ha indicado la Sección Segunda de esta Corporación⁵:

“Por ello la planta de personal de una entidad puede estipular cargos de igual denominación que no obstante serán diferentes empleos cuando

el manual específico les asigne funciones, requisitos y/o responsabilidades distintas; y la supresión del empleo no ocurrirá cuando subsistan en la planta de la entidad igual o superior número de cargos de la misma o distinta denominación, cuando las funciones asignadas, los requisitos y la responsabilidad inherente a dichas funciones sea idéntica. Por el contrario, si el número de cargos se reduce en las mismas condiciones, habrá ocurrido una real supresión de empleos.”.

La Administración, en síntesis, por motivos de interés general ligados a la eficacia y eficiencia de la función pública puede acudir a la supresión de cargos en una entidad pública, sin que puedan oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios, ya que, éstos deberán ceder ante el interés general, como lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 27 de mayo de 1999, M.P. doctor Carlos Gaviria Díaz:

“No hay duda de que la pertenencia a la carrera administrativa implica para los empleados escalafonados en ella la estabilidad en el empleo, sin embargo, esa sola circunstancia no obliga al Estado a mantener los cargos que éstos ocupan, por siempre y para siempre, pues pueden existir razones y situaciones que justifiquen la supresión de los mismos. La estabilidad, como tantas veces se ha dicho, “no significa que el empleado sea inamovable, como si la Administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. (...)”

El derecho a la estabilidad, “no impide que la Administración por razones de interés general ligadas a la propia eficacia y eficiencia de la función pública, pueda suprimir determinados cargos, por cuanto ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. Por consiguiente, cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga, sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que éstos deben ceder ante el interés general.”.

Ahora bien, observa la Sala que las normas sobre carrera administrativa reconocen el derecho de los empleados inscritos en el sistema a ser incorporados en los cargos que se mantienen en la nueva planta, bajo determinadas condiciones, o a optar por una indemnización, conforme a lo dispuesto específicamente en el caso de la Contraloría General de la República en el artículo 44 del Decreto 268 de 22 de febrero de 2000, así:

“Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión de cargo. Los empleados de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares como consecuencia de la supresión o fusión de dependencias o de modificación de planta, podrán ser incorporados a empleos equivalentes o recibir la indemnización, la cual se regirá por los términos y condiciones establecidos en las disposiciones del régimen general de carrera para la rama ejecutiva en el orden nacional.

Dicha incorporación procederá dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la supresión de cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en la planta de personal de la Contraloría en el término antes previsto.

La persona así incorporada continuará con los derechos de carrera que ostentaba al momento de la supresión de su empleo y le será actualizada su inscripción en la carrera.

De no ser posible la incorporación en el transcurso del término señalado, el ex empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la indemnización.

(...)”.

Estas opciones así como el establecimiento normativo de un proceso detallado y riguroso a adelantarse previamente a la toma de decisión de la supresión de cargos en una entidad, han de entenderse como la garantía de los derechos del personal llamado a quedar cesante en procesos en los que el interés general prevalece.

(ii) Del caso concreto.

Con miras a analizar el cargo concreto invocado en el recurso de apelación por la parte actora contra la Comunicación de 13 de marzo de 2000, único acto que consideró el *a quo* ostentaba las condiciones para ser objeto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se resaltan los siguientes aspectos, los cuales no se encuentran en tela de juicio en el presente asunto, así:

- La señora Issi del Carmen Vélez Oliveros al momento de su retiro del servicio ostentaba derechos de carrera frente al cargo de Auxiliar Administrativo 06.

- Si bien el cargo de Auxiliar Administrativo 06 desempeñado por la actora desapareció de la nueva planta de personal, lo cierto es que lo que ocurrió fue una variación de la denominación. En este sentido, la misma Entidad afirmó a lo largo del proceso que las funciones del cargo de Auxiliar Administrativo 06 pasaron a configurar el cargo del Nivel Asistencial, denominado Secretaria 04.

Con base en los anteriores supuestos, entonces, pasará a determinarse si en relación con el cargo de Auxiliar Administrativo 06, Secretaria 04, puede afirmarse la ocurrencia de una supresión efectiva y si se violó el derecho de preferencia de la actora o se incurrió en desviación de poder al momento de determinar los funcionarios que permanecieron en la nueva planta de personal del ente de control. En tal sentido, se encuentra:

- Supresión efectiva del cargo, por disminución del número de plazas:

Oficio No. 81119 de 17 de noviembre de 2004, remitido por la Directora de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República al Tribunal Administrativo de Santander, fls. 1 a 6 del cuaderno No. 1 de anexos. De este documento se extraen las siguientes afirmaciones:

- La planta de cargos de la Contraloría estaba compuesta de 5557 cargos y luego de la reestructuración se conformó de 4057 empleos⁶. El objetivo de la reestructuración consistió en la profesionalización de la entidad y ello se evidencia, entre otros, en el hecho de que el nivel asistencial pasó de estar conformado por un 30.86% de los cargos a un 16.91%.

- El anterior cargo denominado Auxiliar Administrativo, Nivel Administrativo, Grado 06 se encontraba conformado por 399 cargos, luego de la reestructuración su denominación pasó a la de Secretaria, Nivel Asistencial, Grado 04, en un total de 200.

- En la Seccional Santander de los 22 cargos existentes sólo quedaron 6. Posteriormente, afirmó que se incorporaron efectivamente a 8 personas.

- Adopción de criterios objetivos para la incorporación del personal a la nueva planta:

Oficio No. 81119 de 17 de noviembre de 2004 y actas suscritas por la Comisión Bipartita, de los cuales se extraen las siguientes conclusiones:

- Con el ánimo de que la selección fuera objetiva y transparente se conformó una comisión bipartita en la que se llegó al acuerdo que para los niveles operativo y administrativo, ahora asistencial, la selección se efectuaría teniendo en cuenta los siguientes criterios: antigüedad (35%), experiencia (35%) y formación académica (30%). Agregó:

"Para la incorporación a cargos del Nivel Asistencial, se le dio prioridad al estricto orden de puntajes alcanzado por calificación de la Hoja de Vida en estudios, experiencia, antigüedad; y en caso de empate en los puntajes, se decidió darle prioridad a la mujer cabeza de familia o a quien tuviera una situación especial, conforme al estudio que se realizó para las visitas domiciliarias, con anticipación a la reestructuración."

- Estos criterios se adoptaron por la Comisión Bipartita, según se observa en el Acta suscrita el 7 de septiembre de 1999, en la que además se consignó que aquellos funcionarios de los niveles administrativo y operativo con derechos de carrera que presentaran discapacidad y/o enfermedad serían incorporados (cuaderno de anexos No. 2). Específicamente, en cuanto al tópico relacionado con la formación académica, se afirmó: *"Tendrá el equivalente al 30% partiendo de la base del 10% sobre los requisitos exigidos en la fecha de su ingreso a la carrera administrativa de la C-G-R. además se valorará la formación académica de la siguiente manera: Educación Formal específica 10% y relacionado*

5%, Educación no formal 5% distribuido entre educación no formal específica y la relacionada.”.

Testimonio rendido por el señor William Cuevas Rojas, quien fue el superior inmediato de la aquí accionante durante la época en que se adelantó la reestructuración en la Contraloría General. Laboró en el cargo de Jefe de Unidad Seccional de Infraestructura, por un periodo de 3 años hasta que fue retirado por la reestructuración realizada (fls. 308 y ss del cuaderno principal).

“PREGUNTADO: Siendo usted el superior inmediato de Issi del Carmen Vélez, por orden de la gerencia departamental o de sus superiores en Bogotá, adelantó usted algún estudio sobre las funciones que ella cumplía y las que cumplían las demás personas a su cargo, como antecedente de la reestructuración que se efectuó en febrero del 2000. CONTESTÓ: “Nunca fue solicitado ni por el nivel central ni por la gerencia departamental ningún tipo de visto bueno o de estudio o experiencia de las personas que fueron o que estuvieron bajo mi jefatura”. PREGUNTADO: En ese mismo orden, para elaborar el estudio técnico sobre el cual se basó la reestructuración de la Contraloría General de la República, los funcionarios superiores del nivel central y los de el ente desconcentrado en Santander elaboraron en su unidad el estudio de cargas, es estudio de perfil de las hojas de vida para la nueva planta y para la (sic) modificaciones del manual de funciones, en caso afirmativo sírvase decir al despacho en que consistió ese estudio. CONTESTÓ: “No, ni me fue consultado ningún aval”. (...) PREGUNTADO: La incorporación del personal a la nueva planta de la Contraloría se hizo a través de una selección objetiva, en caso afirmativo explíquenos su respuesta. CONTESTÓ: “No, nunca fue objetiva siempre primaron otros intereses en el momento de la selección pues como lo dije anteriormente mi oficina como jefe de división nunca fue tenida en cuenta ni nunca se me pidió un concepto o aval de Issi del Carmen Vélez”. PREGUNTADO: A que (sic) se refiere usted cuando dice “Otros intereses en el momento de la selección”. CONTESTÓ: “A intereses políticos, bien he sabido por los que laborábamos en la entidad del respaldo y el manejo que tenía la directora o gerente seccional de su vinculación jurídica con el Senador Hugo Serrano Rueda que era voz populi y quedó manifiesta por ejemplo a nivel ejecutivo de las personas que fueron vinculadas a la nueva planta todos pertenecían al grupo político a la (sic) cual ella pertenecía, (...)”.

Recortes de prensa, relacionados con el escándalo en que se vio involucrado el Contralor General de la República al haber, presuntamente, asignado empleos a personas recomendadas por Congresistas.

- Del derecho de preferencia:

-

Oficio No. 81119 de 17 de noviembre de 2004, del cual se extraen los siguientes apartes:

- En la Seccional Santander de los 22 cargos existentes sólo quedaron 6, en los que se incorporaron a los funcionarios: Mogollón Portilla Carmen A, Gutiérrez de Gómez Rebeca, Brilla Lache Judith Aminta, Carrillo García Lía Patricia, García Sarmiento Claudia y Leguizamón Plata Esperanza. Los 5 primeros llegaron a una calificación de 100 puntos y la actora sólo a 85. Ahora bien, la última funcionaria incorporada obtuvo una calificación de 75.5 puntos, empero en razón a que ostentaba la protección de fuero sindical tuvo que preferirse a la accionante.

- La señora Vélez Oliveros no fue incorporada porque existían otros funcionarios con mejor derecho y porque, además, optó por la indemnización, razón por la cual no fue tenida en cuenta en las reincorporaciones. Continuó el ente de control:

Si bien es cierto, que de acuerdo a lo establecido en la Resolución No. 05045 del 9 de marzo de 2000, la planta de Asistenciales Grado 04, en la Gerencia Departamental de Santander quedó conformada por ocho (8) cargos, también lo es que a marzo de 2000, sólo se pudieron incorporar a seis (6) funcionarios, como se señala arriba, quedando los dos (2) cargos restantes supeditados a que se definiera la situación administrativa de las señoras CONCEPCIÓN ATUESTA DE TEJEIRO y AMANDA GÓMEZ VIUDA DE TARAZONA a quienes se les adelantó investigación Administrativa por haber aportado a sus hojas de vida documentación presuntamente apócrifa.

- En atención a que se logró establecer que la señora Atuesta de Tejeiro había aportado documentación falsa se procedió a la revocatoria de la inscripción en carrera y a su retiro el 16 de junio de 2000 y dicho cargo fue ocupado por la señora Carmen C Bueno de Monsalve, quien había optado por la reincorporación. En el caso de la señora Amanda Gómez Viuda de Tarazona se archivó su proceso pero en razón a que había optado por la indemnización fue retirada del servicio y se vinculó a la señora Rosa Delia Ortiz Silva quien había optado por la reincorporación.

De conformidad con el listado obrante a folios 12 y 12ª del cuaderno No. 2 de anexos, la accionante obtuvo una calificación de 85 puntos así: 15 por estudios, 35 por antigüedad y 35 por experiencia.

-

Testimonio rendido por el señor William Cuevas Rojas, en el cual sostuvo:

“PREGUNTADO: Como (sic) era su nivel funcional [el de la señora Vélez Oliveros] frente a las personas que desarrollaban labores similares dentro de la institución. CONTESTÓ: “Siempre fue una funcionaria sobresaliente a nivel del personal denominado auxiliares administrativos” (...) PREGUNTADO: Con la nueva planta de personal del a Contraloría se modernizó (sic) la Institución y se mejoró el servicio de los asociados, Explique su respuesta. CONTESTÓ: “Los comentarios y afirmaciones hechas con amigos personales vinculados a esa institución coinciden conmigo en que la institución sigue funcionando como funcionaba en la época en que Issi del carmen laboraba en la institución. La diferencia consiste en que hay mas (sic) carga laboral y mas (sic) trabajo acumulado hacia las personas que quedaron cumpliendo esa labor”.

De las hojas de vidas allegadas, obrantes en el cuaderno No. 1 de anexos:

FUNCIONARIO	INCORPORACIÓN	Inscripción carrera	Calificaciones	Estudios	Cuestiones Adicionales
ISSI DEL CARMEN VELEZ OLIVEROS			Calificaciones: 99-2000: 642; 99 641; 98-99: 624; 97-98: 612; 97:611; 96-97: 653; 96:652; 95-96: 630; 95: 625 y 630	Diplomado en archivística, habilidades de dirección, ortografía y redacción, informática básica - windows, la secretaría profesional en la oficina contemporánea, comercio ejecutivo, entre otras.	
CARMEN A MOGOLLÓN PORTILLA	x	Inscripción en carrera Resolución No. 886 de 28 de abril de 1995. Se vinculó con la Contraloría desde el año 1985	Calificaciones: 95:630; 99-2000:650; 99:646; 98-99:644; 97-98:641; 97:640; 96-97:638; 96: 636; 95:605 y 63	Era Administradora de Empresas de la Universidad Cooperativa de Colombia. Además realizó diferentes cursos en sistemas, idiomas, entre otros.	

REBECA GUTIÉRREZ DE GÓMEZ	x	Inscripción en carrera Resolución No. 883 de 28 de abril de 1995. Se había vinculado a la Entidad desde el año 1983	Calificaciones: 99:664; 98: 669; 97-98:627; 96-97: 678; 97:623; 96:678; 95-96:668; 95:642; 95:627	Era Técnico profesional en secretariado comercial, Secretaria Bilingüe. Además tiene capacitaciones en ingles, sistemas, técnicas de oficina, entre otros.	Presentó su renuncia el 26 de noviembre de 2003 por acreditar los requisitos para acceder a la pensión
JUDITH AMINTA BRILLA LACHE	x	Inscripción en carrera Resolución No. 870 de 28/04/1995. Se había vinculado a la Entidad desde el año 1989.	Calificaciones: 97-98: 615; 97:623; 96-97: 630; 96: 630; 95-96: 620; 95:610; 95 prueba:600; 2000:611; 99-2000:624; 99: 623; 98-99:626	Es profesional en Administración de Empresas de la Universidad Cooperativa de Colombia (además de varios cursos de capacitación)	
LÍA PATRICIA CARRILLO GARCÍA	x	Inscripción en carrera Resolución No. 873 de 28 de abril de 1995. Pero se había vinculado desde el año 1990	Calificaciones: 97-98:640; 97: 640; 96-97:634; 96:648;95-96:645; 95:645; 94-95:615; 99-200:676; 99:669; 98-99: 665	A la fecha de la reestructuración había desempeñado funciones de profesional, pues se graduó como Contadora Pública de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. También tenía Especialización en Planeación Tributaria	Se le aceptó la renuncia al cargo asistencial, grado 04 por Resolución No. 2299 de 26/04/2001
CLAUDIA GARCÍA SARMIENTO	x	Inscripción en carrera Resolución No. 880 de 28 de abril de 1995. Pero se había vinculado desde 1989	Calificaciones: 97-98: 619; 97: 635; 96-97: 633; 96:630; 95-96:627; 95: 614, 615; 98: 620; 98-99: 635; 99: 641.	Era Contador Público de la universidad Autónoma de Bucaramanga. Además había efectuado una serie de estudios en idiomas, sistemas, entre otros asuntos.	

Análisis del material probatorio

Establecido lo anterior y en atención a que, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 del C.P.C., toda decisión judicial debe fundarse

en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo establecido en el artículo 187 ibídem, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, la Sala procede a efectuar un análisis razonado del material probatorio recaudado, así:

(a) En primera instancia ha de afirmarse que el cargo de Auxiliar Administrativo 06, Asistencial Secretaria 04, no fue eliminado en su totalidad de la planta de personal, empero sí fue objeto de disminución, lo cual lleva a concluir que frente al mismo sí operó una verdadera supresión por reducción; lo que, a su turno, determina que el nominador se hubiera visto avocado a efectuar un proceso de selección con el objeto de determinar quiénes continuarían en la planta de personal.

Ahora bien, dicho proceso de selección al amparo de la finalidad del proceso de supresión de cargos y en el marco de un Estado Social de Derecho no puede ser en manera alguna arbitrario; o, de otra forma, sólo en la medida en que dicha selección se haya guiado por tópicos que garanticen la transparencia y objetividad se justifica constitucionalmente que sea viable sacrificar derechos particulares en pro de un interés general.

(b) En el presente asunto, empero, la actora sugirió que el proceso de selección de personal se guió por criterios políticos, lo que llevó a que se hubiera preferido la incorporación de personas con un perfil inferior al suyo. Dicha apreciación, empero, no encuentra asidero probatorio en el material probatorio allegado por los siguientes motivos:

(i) De conformidad con lo establecido en las actas suscritas por la comisión bipartita para efectos de determinar los funcionarios que permanecerían en el nivel asistencial se adoptaron tres criterios, a cada uno de los cuales se le asignó un peso específico, a saber: formación académica, experiencia y antigüedad.

Dichos criterios objetivamente analizados son perfectamente válidos y conducentes para determinar dentro de un grupo de funcionarios quienes se encuentran en mejores condiciones para conformar una nueva planta, la cual se planteó en términos de profesionalización y mejora del servicio.

(ii) Ahora bien, el hecho de que el señor William Cuevas Rojas afirme que a él no se le tuvo en cuenta para efectos de informar sobre la cualificación de sus subalternos, no implica que la selección del personal se haya efectuado arbitrariamente, en la medida en que dicho criterio no era obligatorio y, además, de conformidad con el material probatorio allegado al expediente dicha consulta al superior se consignó para efectos de la selección del personal ejecutivo y no para el asistencial. Igualmente, sus afirmaciones no desvirtúan que efectivamente el procedimiento utilizado haya sido el análisis de las hojas de vida de cara a establecer los tres criterios antes referidos.

Antes de continuar con el análisis de esta prueba, debe la Sala resaltar que en la medida en que el señor William Cuevas Rojas también se vio afectado en el proceso de reestructuración en estudio, su testimonio debe ser analizado de manera especial atendiendo al conjunto de las pruebas arrimadas al expediente.

(iii) A su turno, la accionante allegó al expediente, con el objeto de acreditar la desviación de poder en la que incurrió el Contralor General y la existencia de móviles políticos ocultos, apartes de medios de comunicación, sin embargo, frente a estos recortes se precisan las siguientes aseveraciones:

- La Corporación en sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque, expresó:

“Las informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho (art. 228 C.P.C.), pues por el contrario, éste tiene el derecho a reservarse sus fuentes. Los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del

tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. Tales opiniones periodísticas carecen de todo valor probatorio, por cuanto son precisamente meras opiniones que no comprometen a su autor”⁷.

- En un asunto con contornos fácticos similares, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; radicado interno No. 0622-2008; Sentencia de 16 de octubre de 2008; C.P. doctor Alfonso Vargas Rincón; actor: María del Carmen Paloma Bonilla, se sostuvo:

“El argumento según el cual los actos acusados se encuentran viciados por desviación de poder, por cuanto lo perseguido con la reestructuración no era el mejoramiento del servicio sino el nombramiento de personas por motivos políticos, no se encuentra probado. En efecto, pretende probar esta acusación con copias de artículos de prensa, que no llevan a la convicción de que el proceso de reestructuración se hubiera adelantado con finalidad política.”.

De acuerdo a lo antes transcrito, entonces, puede afirmarse que los artículos de prensa allegados al expediente no ofrecen certeza alguna sobre la pluricitada existencia de móviles ocultos, desviación de poder, en la supresión del cargo de la actora.

(iv) Al tenor de la hoja de vida de la accionante es evidente que su desempeño fue excelente, que se encontraba capacitada para el ejercicio del cargo y que contaba con una amplia experiencia, empero ello, por un lado, no le daba inamovilidad absoluta, pues dicho comportamiento es el que se espera de cualquier servidor del Estado; y, por el otro, no permite concluir irrefutablemente que debió ser reincorporada.

En dicho sentido, entonces, debe efectuarse un análisis de las personas que fueron incorporadas, con el objeto de establecer si se evidencia la existencia en la actora de mayores cualificaciones que permitan establecer que su derecho de preferencia fue vulnerado. Con tal objeto, deben aclararse los siguientes tópicos:

- Según lo afirmado por el ente de control demandado, lo cual no fue desvirtuado por la actora, la señora Esperanza Leguízamo Plata, a pesar de haber obtenido una calificación inferior a la de la señora Vélez Oliveros, ostentaba derechos de carrera y fuero sindical, por lo cual, debe concluirse, su incorporación debía primar sobre la de la actora.

- A su turno las señoras Rosa Delia Ortiz Silva y Carmen C Bueno de Monsalve fueron reincorporadas, esto es, luego de que hubieran optado por la “revinculación” (sic) y no por la indemnización, y en el presente asunto la señora Vélez Oliveros optó por la indemnización, razón por la cual, no cabe objeto analizar su derecho frente a ellas, pues los supuestos no son asimilables y la actora no podía pretender que la entidad la tuviera en cuenta en este segundo momento cuando ella, se reitera, optó por la indemnización.

- A su turno, no se allegó copia de las hojas de vida de las señoras Concepción Atuesta de Tejeiro y Amanda Gómez Viuda de Tarazona; por lo cual frente a ellas no puede analizarse si la actora ostentaba un derecho de preferencia superior.

- En conclusión, el análisis se centrará en establecer la presunta existencia de un mejor derecho de la actora frente a las siguientes funcionarias: Carmen A Mogollón Portilla, Rebeca Gutiérrez de Gómez, Judith Aminta Brilla Lache, Lía Patricia Carrillo García y Claudia García Sarmiento; frente a un aspecto en concreto: la formación académica. Esto último es así, en la medida en que de conformidad con lo afirmado por el ente de control las funcionarias incorporadas obtuvieron un puntaje equivalente a 100, mientras que la actora obtuvo una evaluación de 85 puntos, 15 menos por el factor “formación académica”. No sin antes advertir, que de las pruebas allegadas se evidencia que todas se encontraban en carrera administrativa y que su desempeño fue evaluado como excelente.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado y, fundamentalmente, el cuadro en el que se relacionan los datos importantes de la hoja de vida se puede concluir que 4 de las 5 funcionarias incorporadas eran profesionales y que la actora no; razón por la cual, frente a ellas, esto es, Carmen A Mogollón Portilla, Judith Aminta Brilla Lache, Lía Patricia Carrillo García y Claudia García Sarmiento, no puede afirmarse, como lo hizo la actora, que se vulneró su derecho de preferencia pues éstas se encontraban mejor calificadas profesionalmente que ella.

A su turno, de la hoja de vida de la señora Rebeca Gutiérrez de Gómez tampoco se evidencia una menor cualificación que la actora, pues acreditó haber cursado diferentes cursos que le otorgaron la el título de Técnico Profesional en Secretariado Comercial. Además, era Secretaria Bilingüe y había cursado un sinnúmero de cursos similares a los de la aquí accionante.

Por último, no pasa por alto la Sala que el mismo declarante, señor William Cuevas Rojas afirmó que, del conocimiento que tenía sobre el funcionamiento de la Contraloría con posterioridad al proceso de supresión, no podía afirmar que la prestación del servicio se haya desmejorado.

Por lo anterior, entonces, de un análisis sistemático, armónico y razonable del material probatorio ha de concluirse que no le asiste razón a la actora; y, en consecuencia, se confirmará, por los motivos expuestos, el fallo recurrido.

DECISIÓN

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

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 21 de agosto de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia para analizar la legalidad del Decreto Ley 271 de 22 de febrero de 2000 y negó las demás pretensiones de la demanda instaurada por Issi del Carmen Vélez Oliveros contra la Nación - Contraloría General de la República y otros, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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 DE PIE DE PÁGINA:

1 Esta declaración, sin embargo, se omitió en la parte resolutive del fallo del *a quo*.

2 Esta decisión tampoco se vislumbra en la parte resolutive del fallo recurrido.

3 Sentencia C-401 de 19 de abril de 2001.

4 Artículo 125 de la Constitución Política.

5 Sentencia de 6 de julio de 2006, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Actor Omar Benito Páez Jaimes

6 Este número concuerda con el acordado por la Comisión Bipartita reforma a la Contraloría General de la República, obrante en el cuaderno de anexos No. 2, Acta No. 007 *“Hechas las revisiones correspondientes se acuerda incrementar la propuesta de Planta de Personal en 57 profesionales universitarios y 84 auxiliares administrativos, quedando el número total de cargos en cuatro mil cincuenta y siete (4057).*

Los participantes al firmar el presente acuerdo resaltan el espíritu de concertación que imperó en el proceso de definición de la planta de personal, los cuales consultaron los conceptos de los diferentes estamentos, sobre la base de los criterios técnicos que acompañan la modernización de la Contraloría General.”.

7 Esta posición fue reiterada por esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; en Sentencia de 18 de febrero de 2010; radicado interno No. 1724-2006; con ponencia de quien lo hace en el presente asunto, en el que se debatió en recurso extraordinario de revisión la posibilidad de que unos recortes de prensa fueran tenidos en cuenta como prueba recobrada para efectos de comprobar el vicio de desviación de poder en que presuntamente incurrió el Contralor General de la República en el mismo proceso de supresión que ahora ocupa la atención de la Sala.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:03:52