

**Función Pública**

Sentencia 01763 de 2016 Consejo de Estado

SUPRESION DE CARGO - Contraloría Departamental de Boyacá / EXCEPCION INEPTA DEMANDA - No se configura / EMPLEADO PUBLICO - Calidad / CARGO - Director Administrativo de Investigaciones Fiscales / VINCULACION - Libre nombramiento y remoción / LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Desvinculación sometida a la facultad discrecional del nominador

No se configura la excepción de proposición jurídica incompleta por no haber demandado la ordenanza 46 del 4 de diciembre de 2001, toda vez que fueron las resoluciones 0658 y 0663 del 27 de diciembre de 2001, expedidas por el Contralor General de Boyacá los actos administrativos que de manera particular y concreta definieron que no continuaría en el servicio, y adicionalmente, por cuanto la inconformidad del demandante se dirige al hecho de que fue retirado y no reincorporado a través de las resoluciones aludidas. Así las cosas y al no estar inscrito en el escalafón de carrera administrativa, ni gozar de período fijo, o tener a su favor algún otro fuero de relativa estabilidad en su cargo, se concluye que el demandante podía ser separado del mismo en cualquier momento sin que para ello se exija motivación alguna, pues tal decisión corresponde a la facultad discrecional que la ley le confiere al nominador. No obstante lo anterior, y si bien el acto que retira al funcionario de libre nombramiento y remoción supone la existencia de razones del buen servicio, como uno de los principales fines de la función pública, y que por lo mismo, goza de la presunción de legalidad, el mismo admite prueba en contrario.

FALSA MOTIVACION - Desvirtuada. Cargo desempeñado fue suprimido / DESVIACION DE PODER - No probado / SENTENCIA INHIBITORIA - Acto no susceptible de control de legalidad

Aunque existiera la alegada identidad funcional entre uno y otro empleo, se observa que la nueva planta global de personal contempló tan solo 5 cargos de Director Operativo 022-16, mientras que en la anterior existían 9 cargos de Director Administrativo código 009-04, y por tanto al presentarse una reducción en el número de plazas, quedaba en el nominador la decisión de definir quiénes las ocuparían. Así las cosas, es dable concluir que el empleo de Director Administrativo código 009-04 que desempeñaba el demandante sí desapareció de la estructura de la Contraloría General de Boyacá, lo que desvirtúa el cargo de falsa motivación formulado en el escrito introductor. Adicionalmente, se advierte que en el expediente, obra resolución núm. 0003 del 9 de enero de 2002, por medio de la cual el Contralor General de Boyacá nombró al señor Pérez Peña como Director de Responsabilidad Fiscal 022-16, quien acreditó los requisitos exigidos por el manual específico de funciones y requisitos, esto es, título universitario de y quince meses de experiencia profesional específica o relacionada. En ese orden de ideas, no se encuentra probado el cargo de desviación de poder, dado que el demandante no demostró que el nominador al expedir los actos administrativos demandados, persiguió un fin distinto al establecido por la norma o contrario al interés general. La parte actora no probó el cargo de falsa motivación, puesto que el empleo que venía desempeñando sí desapareció de la estructura de la Contraloría General de Boyacá, como tampoco que los actos demandados estuvieran afectados por desviación de poder, pues no demostró que en el empleo equivalente fue nombrada una persona con inferiores calidades a las suyas.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 0658 DE 2001 / RESOLUCION 0663 DE 2001 / LEY 443 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D.C., abril siete (7) de dos mil dieciséis (2016).

Rad. No.: 15001-23-31-000-2002-01763-01(2339-15)

Actor: JUAN CARLOS CERON GUEVARA

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA Y CONTRALORIA GENERAL DE BOYACA

Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - DECRETO 01 DE 1984.

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Descongestión núm. 9 A, que decidió lo siguiente:

“PRIMERO: NIÉGASE la excepción propuesta por la parte demandada denominada ‘falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Boyacá’, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada la excepción de inepta demanda por proposición jurídica incompleta, de conformidad con la parte motiva de la presente.

TERCERO: DECLÁRASE INHIBIDA la Sala para hacer un pronunciamiento de fondo. (...)”

ANTECEDENTES

El señor Juan Carlos Cerón Guevara, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Contraloría Departamental de Boyacá.

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución núm. 0658 del 27 de diciembre de 2001, por medio de la cual la Contraloría General de Boyacá declaró retirados del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción de esa entidad, dentro de los cuales se encontraba el actor.

- Resolución núm. 0663 del 27 de diciembre de 2001, por medio de la cual se hicieron unas incorporaciones a la nueva planta de personal de la entidad.

- Oficio del 28 de diciembre de 2001, por el cual la Contraloría General de Boyacá comunicó al demandante su retiro del servicio.

2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando o a uno con requisitos y funciones afines, así como el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el retiro.

3. Que para todos los efectos laborales, se disponga que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

4. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.
5. Que se condene en costas a la demandada.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Juan Carlos Cerón Guevara se desempeñó en la Contraloría Departamental de Boyacá como Subdirector Administrativo de Control Financiero y Legalidad y luego como Director Administrativo de Investigaciones Fiscales, desde el 8 de marzo de 2001 hasta el 31 de diciembre del mismo año.
2. A partir del 4 de diciembre de 2001, la Asamblea Departamental de Boyacá expidió varios actos administrativos por medio de los cuales reestructuró la Contraloría General de Boyacá, estableció su planta de personal y adoptó el Manual Específico de Funciones y Requisitos.
3. El 27 de diciembre de 2001 el Contralor General del Departamento dispuso el retiro de los funcionarios de libre nombramiento y remoción de la entidad, e hizo unas incorporaciones a la nueva planta de personal.
4. Con oficio del 28 de diciembre de 2001, se le comunicó al actor su retiro del cargo, a partir del 1º de enero de 2002.
5. En criterio del demandante, los actos administrativos que lo separaron del empleo, fueron expedidos con falsa motivación y desviación de poder.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas vulneradas los artículos 6, 25 y 53 de la Constitución Política; 117 del Decreto 1950 de 1973; 75 y 82 del Decreto 1042 de 1978, Decreto 2503 de 1998; artículo 2º párrafos 1º y 3º de la Ordenanza 046 de 2001.

Como concepto de violación expuso que con la expedición de los actos administrativos demandados se vulneró el derecho al trabajo del actor, y adicionalmente que los mismos están afectados de falsa motivación, toda vez que su cargo no fue realmente suprimido, habida cuenta que las funciones que tenía asignadas no desaparecieron, pues en la reestructuración administrativa solamente se cambió su denominación.

Igualmente, afirmó que la demandada incurrió en desviación de poder, al no incluirlo en el acto de incorporación, y nombrar en su reemplazo a una persona que acreditaba menores calidades a las que él tenía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contraloría General de Boyacá. Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

En primer lugar, señaló que de conformidad con las normas que rigen la materia, la supresión de cargos de libre nombramiento y remoción como el del actor, implica el retiro del servicio de quien lo desempeña (artículo 117 del Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973), resaltando además que el derecho a la incorporación, se predica solamente de empleados inscritos en el escalafón de carrera administrativa.

En relación con el alegado vicio de falsa motivación, indicó que el cargo que venía ocupando el demandante sí fue suprimido, junto con los demás de la planta de personal de la entidad, pues así lo dispuso la ordenanza núm. 046 de 2001, la cual en su criterio debió ser igualmente demandada.

Formuló la excepción de *“Ineptitud sustantiva de la demanda o inepta demanda por proposición jurídica incompleta”*. Sobre el particular indicó que en el caso sub examine, se trataba de un acto complejo, toda vez que tanto las resoluciones como el oficio demandados, fueron expedidos en virtud de las ordenanzas números 46 y 47, ambas de 2001, por las cuales se estableció la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá y se adoptó el manual específico de funciones, respectivamente.

-Departamento de Boyacá. También se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que las mismas carecen de fundamento jurídico.

Expuso además que el ente territorial no tiene incidencia en las decisiones que adopte la Contraloría General de Boyacá, pues se trata de una entidad que goza de independencia, autonomía administrativa y patrimonio independiente, afirmación que sustentó en los artículos 113, 117, 267 y 272 de la Constitución Política; 1º, 31, 53, 57 y 66 de la Ley 42 de 1993; 31 núm. 7º de la Ley 106 de 1993; 2º y 11 de la Ley 80 de 1993.

Como medios exceptivos propuso los siguientes:

- i) Falta de legitimación por pasiva.
- ii) Excepción por tratar de comprometer el patrimonio del Departamento de Boyacá por acción de un tercero.
- iii) Inexistencia de causales de nulidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Departamento de Boyacá (fls. 308 - 310). Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, en relación con que no tiene incidencia en los hechos que sustentan las pretensiones del actor, ni ejerce la representación de la Contraloría General del Departamento de Boyacá.

Juan Carlos Cerón Guevara (fls. 311-321). Insistió en los argumentos de la demanda, especialmente en lo relacionado con la falsa motivación, por considerar que el cargo que ocupaba en la Contraloría General de Boyacá como Director Administrativo de Investigaciones Fiscales no desapareció en la nueva estructura, pues únicamente se cambió su denominación a la de Director Operativo de Responsabilidad Fiscal, pero se conservaron las mismas funciones, responsabilidades y requisitos para su desempeño, que las que tenía el anterior.

Igualmente recalcó que los actos que lo retiraron están afectados por desviación de poder, por cuanto con ellos se desmejoró el servicio, al vincular en su reemplazo a una persona con inferiores calidades a las suyas.

Finalmente, se refirió a la excepción de inepta demanda propuesta por la Contraloría General de Boyacá, frente a la cual sostuvo que no era necesario demandar la Ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001, por la cual se estableció la planta de personal de la entidad, pues considera que la misma se encuentra ajustada a derecho, y que además es el acto que lo faculta para reclamar su incorporación.

La Contraloría General de Boyacá no intervino en esta etapa procesal.

El Ministerio Público guardó silencio.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión de Descongestión n.º 9, denegó la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Boyacá”*, declaró probada la de inepta demanda por proposición jurídica incompleta y se inhibió para emitir pronunciamiento de fondo, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En relación con la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Boyacá, explicó que la Contraloría de esa entidad territorial no cuenta con personería jurídica, y por ese motivo al proceso debe acudir la persona que lo represente. Como sustento de ello, transcribió el aparte correspondiente de la sentencia del 27 de febrero de 2003¹, en la cual la Subsección “B” de la Sección Segunda de esta Corporación, se refirió al tema.

Sobre la excepción de ineptitud de la demanda, sostuvo que de acuerdo a las pautas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado² debe demandarse el acto que directamente afecta al interesado y que manifiesta la voluntad de la administración de separarlo del empleo por causa de la supresión del mismo.

En ese orden de ideas, concluyó que la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001 es el acto que suprimió el cargo que desempeñaba el señor Juan Carlos Cerón Guevara, y en consecuencia el que lo separó del servicio, pues no incluyó empleos con la misma denominación en la nueva planta, por ende y para efectos de formular la proposición jurídica completa, era necesario que demandara su nulidad.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

La apoderada del señor Juan Carlos Cerón Guevara, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fundamentó en lo siguiente:

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda en relación con el cargo de falsa motivación, respecto del cual aseguró no fue realmente suprimido, sino que solamente operó un cambio de denominación.

De otra parte, indicó que la excepción de inepta demanda por proposición jurídica incompleta no debe prosperar, puesto que efectivamente demandó los actos administrativos que lo retiraron del servicio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo intervino la parte actora (fls. 367 a 373), quien insistió en los planteamientos expuestos en sus otras intervenciones procesales, y agregó que no le asiste razón al Tribunal al considerar que debió demandar la ordenanza núm. 46 de 2001, que suprimió todos los cargos de la entidad, pues indicó que realmente se creó el mismo cargo que desempeñaba en la planta anterior, aunque con distinta denominación. Anotó que dicha decisión no es objeto de demanda, sino la contenida en las resoluciones 658 y 663 ambas del 27 de diciembre de 2001, las cuales lo retiraron del servicio. Resaltó que no siempre que exista acto complejo se deben demandar todos aquellos que lo conforman.

Así mismo, se refirió a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Boyacá, para insistir en que no está llamada a prosperar en razón a que las contralorías departamentales carecen de capacidad para comparecer al proceso y deben hacerlo a través del respectivo ente territorial.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Se configura la excepción de proposición jurídica incompleta por no haber demandado la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001, por medio de la cual se estableció la nueva planta de personal de la Contraloría General de Boyacá?

De no ser así, la Subsección deberá establecer:

2. ¿Qué tipo de vinculación laboral tenía el actor con la Contraloría General de Boyacá y qué derechos le asistían en virtud de aquella?

3. ¿La resolución núm. 658 del 27 de diciembre de 2001, por la cual se retiró del servicio al demandante por supresión del cargo, está falsamente motivada porque el empleo realmente no desapareció?

4. ¿Está probada la desviación de poder de la resolución núm. 663 del 27 de diciembre de 2001, por la cual se hicieron las incorporaciones a la planta de personal, de acuerdo con lo expuesto por el actor?

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO.

¿Se configura la excepción de proposición jurídica incompleta por no haber demandado la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001, por medio de la cual se estableció la nueva planta de personal de la Contraloría General de Boyacá?

- El acto a demandar

En asuntos en los que se debate el retiro de los servidores públicos con ocasión de la reestructuración administrativa, la Sección Segunda de esta Corporación, a través de sus Subsecciones, ha precisado que el interesado debe demandar el acto que contiene en forma individual su retiro del servicio. Así lo expuso de manera ilustrativa en la sentencia de 18 de febrero de 2010³:

“(…)

La regla general apunta a demandar el acto que afecta directamente al empleado, esto es, el que contiene en forma individual el retiro del servicio, de manera subjetiva y personal. Sin embargo, a pesar de esta claridad no siempre es diáfano el escenario; deben analizarse las situaciones fácticas y jurídicas en cada caso para definir el acto procedente, veamos grosso modo:

1. *En el evento de que exista un acto general que defina la planta; un acto de incorporación que incluya el empleo, e identifique plenamente al funcionario y finalmente una comunicación; debe demandarse el segundo, esto es, el acto que extingue la relación laboral subjetiva y no por ejemplo la comunicación, porque es un simple acto de la administración, o de ejecución.*

2. *Si la entidad adopta la planta de empleos y no produce un acto de incorporación, pero expide un oficio dirigido a cada empleado que desea retirar; la comunicación se convierte en un acto administrativo que extingue la situación laboral subjetiva y por lo tanto se hace demandable; esto sin olvidar que el acto general de supresión de cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad.*

3. *En los eventos en donde el acto general concreta la decisión de suprimir el cargo, la comunicación se convierte en un acto de simple ejecución, por ende, la sola impugnación de este acto genera inepta demanda, ya que no pone término a una actuación administrativa, respondiendo a la lógica, que la eventual declaratoria de nulidad del oficio de comunicación dejaría con plenos efectos jurídicos el acto que suprimió el cargo, o el que no lo incorporó a la nueva planta de personal, imposibilitando legalmente el restablecimiento del derecho.*

“(…)”

Por lo anterior, en relación con los procesos de reestructuración que se debaten ante esta jurisdicción, se ha admitido que se demanden de manera conjunta, *“actos de carácter general con actos de carácter particular, no porque conformen un acto complejo, sino porque en ocasiones es el acto general el que afecta directamente la condición del servidor y en ocasiones o es el sustento del acto particular que define tal condición”*⁴

- Los actos demandados en el presente asunto

Por medio de la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001, la Asamblea de Boyacá estableció la planta de personal de la Contraloría General del mismo departamento, así: El artículo 1º de dicho acto administrativo suprimió 102 cargos vacantes en la entidad y 218 activos, dentro de los cuales incluyó 9 de Directores Administrativos 009-04, y el artículo 2º, estableció la nueva planta de personal de la entidad, en la cual no se conservaron cargos con la misma denominación de Director Administrativo 009-004, sin embargo, se crearon 5 cargos de Director Operativo 022-16, a los cuales considera el demandante pudo haber sido incorporado (f.102 Cdno. Ppal.).

Ahora bien, a través de la resolución núm. 658 del 27 de diciembre de 2001, el Contralor General de Boyacá declaró retirados del servicio por supresión del empleo entre otros servidores, al actor, con fundamento en lo siguiente:

“(…)”

Que mediante Ordenanza N° 046 de 2001 expedida por la Honorable Asamblea de Boyacá y sancionada el día 4 de diciembre del presente año por el Señor Gobernador del Departamento de Boyacá, se establece la Planta de Personal de la Contraloría General de Boyacá.

Que de conformidad a la Ordenanza 046 de 2001, Artículo 1º, se suprimieron de la Planta de Personal los siguientes empleos de Libre Nombramiento y Remoción de la Entidad: Contralor Auxiliar Código 035 Grado 02, Secretario de Despacho Código 020 Grado 03, Director Administrativo Código 009 Grado 04, Subsecretario de Despacho Código 045 Grado 05, Subdirector Administrativo Código 068 Grado 05, Jefe de Oficina Código 115 Grado 01, Jefe de Oficina Código 115 Grado 02, Asesor Código 105 Grado 03, Secretaria Ejecutiva Código 525 Grado 02.

Que de conformidad con el Artículo 117 del Decreto 1950 del año 1973, la supresión de un empleo de Libre Nombramiento y Remoción coloca fuera del servicio a quien lo desempeña. (...)”

Y mediante resolución núm. 663 de 27 diciembre de 2001 el Contralor General de Boyacá incorporó a la planta de personal establecida por la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre del mismo año, al personal que se desempeñaba en los cargos de Profesional Universitario Código 340 Grados 14, 13, 12 y 11, Secretaria Código 540 Grados 09, 08 y 07, Auxiliar Administrativo Código 550 Grados 06 y 05, Conductor Código 620 Grado 04 y Auxiliar de Servicios Generales Código 605 Grados 03 y 02.

Con oficio sin número de fecha 28 de diciembre de 2001, la Secretaria de Talento Humano de la Contraloría General de Boyacá, le informó al demandante su retiro del servicio por supresión del cargo, de conformidad con lo dispuesto por la ordenanza núm. 46 de 2001 y la resolución núm. 658 del mismo año (f. 6).

Conforme a lo expuesto, se evidencia que si bien existió un acto de contenido general que definió la nueva planta de personal, en la cual no subsistió ningún cargo de Director Administrativo 009-04 como el que venía desempeñando el señor Juan Carlos Cerón Guevara en la anterior estructura, esto es, la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001, también lo es, que se expidieron otros actos que definieron de manera particular y concreta la situación jurídica del demandante, esto es, la resolución núm. 658 del 27 de diciembre de 2001, por medio de la cual el Contralor General de Boyacá declaró retirado del servicio por supresión del empleo al actor, la resolución 663 del 27 de diciembre de 2001, por medio de la cual se incorporaron unas personas a la planta de personal establecida por la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre del mismo año, y una comunicación del 28 de ese mismo mes suscrita por la Secretaria de Talento Humano, por lo cual no era necesario que demandara la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que el argumento de la parte demandante no está dirigido a controvertir la supresión como tal de su cargo, sino el hecho de que fue retirado y no reincorporado a la nueva estructura, en uno de los cargos de Director Operativo 022-16 que se crearon en la planta de personal de la entidad.

Así las cosas, y después de analizar el contexto fáctico y jurídico expuesto, la Subsección concluye que no era necesario que el actor demandara la nulidad de la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001, no solo por lo expuesto en precedencia, sino porque de su demanda se deduce que lo que pretende es que se ordene su reintegro a la nueva planta de personal prevista por dicho acto, por considerar que tenía derecho a ser reincorporado y no retirado por los actos demandados, pues aduce que su cargo no fue realmente suprimido por la referida ordenanza.

De otra parte, el oficio que le informó al demandante su retiro por ser un acto que simplemente se limitó a comunicar la decisión adoptada por el nominador a través de los anteriores, no es susceptible de control de legalidad, motivo por el cual la Subsección se declarará inhibida para pronunciarse al respecto.

En conclusión: No se configura la excepción de proposición jurídica incompleta por no haber demandado la ordenanza 46 del 4 de diciembre de 2001, toda vez que fueron las resoluciones 0658 y 0663 del 27 de diciembre de 2001, expedidas por el Contralor General de Boyacá los actos administrativos que de manera particular y concreta definieron que no continuaría en el servicio, y adicionalmente, por cuanto la inconformidad del demandante se dirige al hecho de que fue retirado y no reincorporado a través de las resoluciones aludidas.

En tal virtud, deberá procederse a estudiar de fondo el asunto, precisando que respecto del oficio del 28 de diciembre de 2001, esta Subsección declarará la inhibición, como quiera que dicho acto se limitó a comunicar la decisión contenida en las resoluciones demandadas.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Qué tipo de vinculación laboral tenía el actor con la Contraloría General de Boyacá y qué derechos le asistían en virtud de aquella?

En el expediente está acreditado que el señor Juan Carlos Cerón Guevara fue nombrado por el Contralor General de Boyacá por medio de resolución núm. 0132 del 28 de febrero de 2001 como Subdirector Administrativo de Control Financiero y Legalidad 068-05 (f.10 Cdno. Ppal.), y posteriormente, mediante resolución núm. 0180 del 21 de marzo de 2001 se le designó en el cargo de Director Administrativo de Investigaciones fiscales 009-04 (f. 11 Cdno. Ppal.) del cual tomó posesión en la misma fecha (f. 12). En el mismo sentido obra certificado expedido por la Dirección Administrativa de la Contraloría General de Boyacá, en la que se hizo constar que el actor laboró en la entidad hasta el 31 de diciembre de 2001 (f. 169 Cdno. Ppal.)

No obra prueba en el proceso que indique que el señor Juan Carlos Cerón Guevara hubiera ingresado al servicio público luego de superar las etapas de un concurso de méritos, y tampoco lo afirma la parte actora.

Claramente, el actor era un funcionario de libre nombramiento y remoción, situación que impone señalar que las prerrogativas que le asisten en caso de supresión del cargo, no son las mismas que tienen los servidores públicos que están inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, al tenor de lo establecido por la Ley 443 del 11 de junio de 1998, vigente para la época en la que operó su retiro, y aplicable a dicha entidad por virtud del párrafo 2º del artículo 3º, norma que en el artículo 39 estableció:

“ARTÍCULO 39º.- Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser incorporados a empleos equivalentes o a recibir indemnización en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional. (...)”

Así las cosas y al no estar inscrito en el escalafón de carrera administrativa, ni gozar de período fijo, o tener a su favor algún otro fuero de relativa estabilidad en su cargo, se concluye que el demandante podía ser separado del mismo en cualquier momento sin que para ello se exija motivación alguna, pues tal decisión corresponde a la facultad discrecional que la ley le confiere al nominador.

No obstante lo anterior, y si bien el acto que retira al funcionario de libre nombramiento y remoción supone la existencia de razones del buen servicio, como uno de los principales fines de la función pública, y que por lo mismo, goza de la presunción de legalidad, el mismo admite prueba en contrario.

Adicionalmente, y pese a que dicha decisión no requiere motivación alguna, pues obedece al ejercicio de la facultad discrecional del nominador, si expone las razones de la desvinculación, aquellas podrán someterse a control de legalidad, con el fin de realizar su confrontación con la realidad fáctica o jurídica, y así determinar si se acredita alguna discordancia entre ellas⁶.

En conclusión: El actor era un funcionario de libre nombramiento y remoción y no le asistía ningún fuero de estabilidad, motivo por el cual podía ser separado de su cargo en cualquier momento sin que para ello se exija motivación alguna.

TERCER Y CUARTO PROBLEMA JURÍDICO

¿La resolución núm. 658 del 27 de diciembre de 2001, por la cual se retiró del servicio al demandante por supresión del cargo, está falsamente motivada porque el empleo realmente no desapareció?

¿Está probada la desviación de poder de la resolución 663 del 27 de diciembre de 2001, por la cual se hicieron las incorporaciones a la planta de personal, de acuerdo con lo expuesto por el actor?

- Falsa motivación

El demandante alega que su cargo no fue realmente suprimido, habida cuenta que las funciones que tenía asignadas no desaparecieron, pues los actos de reestructuración administrativa solamente cambiaron su denominación.

En primer lugar, debe anotarse que la ordenanza núm. 46 del 4 de diciembre de 2001 mediante la cual se estableció la planta de personal de la Contraloría General de Boyacá, suprimió entre otros, los 9 cargos de Directores Administrativos grado 009-04, y no previó plazas con la misma denominación.

Lo anterior implica que no solo el cargo que venía desempeñando el accionante, sino también todos los que tenían la misma denominación, código y grado, desaparecieron de la entidad, motivo por el cual, en principio, es posible inferir que el empleo sí fue suprimido.

Pese a ello, el demandante afirma que el cargo de Director Administrativo código 009-04 no desapareció realmente de la estructura de la entidad, puesto que se crearon 5 cargos de Director Operativo código 022-16, con identidad funcional, a uno de los cuales considera pudo haber sido incorporado (f.102 Cdo. Ppal.).

Ahora bien, para efectos de determinar cuándo se considera que no existe supresión efectiva del empleo aunque se haya modificado la denominación de un cargo, y cuándo se presenta la equivalencia de empleos, el Decreto 1572 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la Ley 443 del mismo año, en el párrafo del artículo 149 precisó:

“PARÁGRAFO.- Se entiende que un empleo ha sido reclasificado cuando, modifica o no su denominación sin cambiar de nivel jerárquico, se redefinan sus funciones, se le asignen mayores responsabilidades, se exijan mayores calidades para su ejercicio y se ubique en un grado superior de la escala salarial correspondiente, caso en el cual se considere que no hubo supresión efectiva del empleo. El empleado de carrera cuyo cargo haya sido reclasificado deberá ser incorporado en este previa la acreditación de los requisitos exigidos para su desempeño, conserva

sus derechos de carrera y le será actualizada su inscripción en la misma.”

A su vez, el artículo 158 *ibídem*, define qué es un empleo equivalente, en los siguientes términos:

“Se entiende por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan igual asignación salarial y funciones iguales o similares y para su desempeño se exijan los mismos o similares requisitos de experiencia y de estudios.”

En el *sub judice*, y para demostrar su afirmación, el actor aportó certificación de las funciones que tenía asignadas como Director Administrativo de Investigaciones Fiscales (fls. 7-9), así como las funciones y el perfil que mediante ordenanza núm. 47 de 2001 por la cual se adoptó el manual específico de funciones y requisitos de los cargos de la nueva planta de personal fueron señaladas para el cargo de Director Operativo código 022-16 (fls. 18-20).

Al revisar la documentación aludida, se observa que si bien ambos empleos pertenecen al mismo nivel jerárquico al tenor de lo previsto por el artículo 8 del Decreto 1569 del 5 de agosto de 1998, esto es al nivel directivo, tienen distinto grado y remuneración.

Empero, y aunque existiera la alegada identidad funcional entre uno y otro empleo, se observa que la nueva planta global de personal contempló tan solo 5 cargos de Director Operativo 022-16, mientras que en la anterior existían 9 cargos de Director Administrativo código 009-04, y por tanto al presentarse una reducción en el número de plazas, quedaba en el nominador la decisión de definir quiénes las ocuparían.

Así las cosas, es dable concluir que el empleo de Director Administrativo código 009-04 que desempeñaba el demandante sí desapareció de la estructura de la Contraloría General de Boyacá, lo que desvirtúa el cargo de falsa motivación formulado en el escrito introductor.

- Desviación de poder

Asevera la parte actora que la demandada incurrió en desviación de sus atribuciones, al no incluirlo en el acto de incorporación, y nombrar en su reemplazo a una persona que acreditaba menores calidades que las suyas.

Sobre el vicio de desviación de poder, esta Corporación precisó su contenido y alcance de la siguiente forma:

“(…) ”

La desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo. Este vicio se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de quien actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas en las que debe fundarse que, tratándose de actos discrecionales, no es otro que el interés general o el bien común⁷.

Así pues, “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”⁸ (Negritas fuera de texto).

3.6.3.- Detectar la desviación de poder puede resultar a veces complicado por la apariencia de legalidad del acto. Es por esto que se deben confrontar los fines queridos por la norma con los del sujeto que expidió el acto cuestionado.

Como se trata de confrontar los fines queridos por la norma, esto es, los fines legales, no es posible invocar, para efectos de demostrar la desviación de poder, argumentos sobre la conveniencia económica, política o social de la decisión adoptada. De lo que se trata es de demostrar que con la decisión se persiguió un fin extraño al establecido en la norma o uno contrario al interés general, esto es, un fin particular o privado, y no que la adopción de otro tipo de decisión era más conveniente o pertinente, atendida la naturaleza de la potestad o competencia ejercida, que es, como se dijo, discrecional. (...)”⁹

Establecido lo anterior, se observa que en la resolución núm. 0663 del 27 de diciembre de 2001 no se hizo incorporación alguna para el Director

Operativo 022-16, motivo por el cual no es viable analizar el argumento de la demanda frente al citado acto.

Adicionalmente, se advierte que a folio 23 del cuaderno 2, obra resolución núm. 0003 del 9 de enero de 2002, por medio de la cual el Contralor General de Boyacá nombró al señor Hugo Jairo Pérez Peña como Director de Responsabilidad Fiscal 022-16, quien acreditó los requisitos exigidos por el manual específico de funciones y requisitos (f.20 Cdn. Ppal.), esto es, título universitario de abogado (f. 7 Cdn. 2) y quince meses de experiencia profesional específica o relacionada (fls. 8-20 Cdn. 2).

En ese orden de ideas, no se encuentra probado el cargo de desviación de poder, dado que el demandante no demostró que el nominador al expedir los actos administrativos demandados, persiguió un fin distinto al establecido por la norma o contrario al interés general.

En conclusión: La parte actora no probó el cargo de falsa motivación, puesto que el empleo que venía desempeñando sí desapareció de la estructura de la Contraloría General de Boyacá, como tampoco que los actos demandados estuvieran afectados por desviación de poder, pues no demostró que en el empleo equivalente fue nombrada una persona con inferiores calidades a las suyas.

Decisión de segunda instancia

Por las razones expuestas se impone revocar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia por medio de los cuales se declaró probada la excepción de inepta demanda por proposición jurídica incompleta y la inhibición para emitir un pronunciamiento de fondo, para en su lugar, declarar no probada la excepción de inepta demanda por proposición jurídica incompleta; declarar la inhibición frente al oficio del 28 de diciembre de 2001 y negar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

Primero: Revocar los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión en el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Juan Carlos Cerón Guevara contra el Departamento de Boyacá y la Contraloría General de Boyacá, por medio de los cuales declaró probada la excepción de inepta demanda por proposición jurídica incompleta y en consecuencia se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo.

En su lugar, declarar no probada la excepción de inepta demanda por proposición jurídica incompleta; declarar la inhibición frente al oficio del 28 de diciembre de 2001 y negar las pretensiones de la demanda.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación nº 1729-01, C.P.: Tarsicio Cáceres

2 Sección Segunda, Subsección "A", radicación 25000-23-25-000-2001-10589-01 (1712-08), C.P.: Gustavo Gómez Aranguren.

3 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 18 de febrero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-10589-01(1712-08), Actor: Hugo Nelson León Rozo, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

4 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de enero de 2006, Radicación número: 17001-23-31-000-2001-00621-01(5054-03), Actor: María Rubiela Bermúdez Granada, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

5 Parágrafo 2º.- Mientras se expiden las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales, para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y para los empleados del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente Ley.

6 Ver entre otras Sección Segunda - Subsección "A", Sentencia del 6 de marzo de 2008, Referencia: 410012331000199508094 01 (4418-04), Actor: Ingrid Yaneth Motta Mayorca, C.P.: Alfonso Vargas Rincón.

7 Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 2 de septiembre de 2003, radicado: 23001-23-21-000-1997-8661-01 (213775), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

8 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 18 de octubre de 2012, radicado: 25000-23-25-000-2010-00253-01 (1116-12), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

9 Consejo De Estado, Sección Cuarta, sentencia de 02 de diciembre de 2015, Radicación número: 11001-03-27-000-2015-00044-00 (21848), Actor: Jorge Eliecer Prieto Riveros Y Otros, C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Relatoría: JORM/Lmr.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:43:45