CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación Número: 25000 23 25 000 2011 00521 01 (2593-13)
Actor: CARLOS ARTURO MORA GARCÍA
Demandado: NACIÓN - CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 20 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor CARLOS ARTURO MORA GARCÍA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo por medio del cual la Contraloría General de la República, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Director, Nivel Directivo, Grado 03 en la Dirección de Promoción y Desarrollo de Control Ciudadano, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor CARLOS ARTURO MORA GARCÍA instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 826 de 7 de septiembre de 2010, por medio de la cual se declaró insubsistente en el cargo de Director, Nivel Directivo, Grado 03 en la Dirección de Promoción y Desarrollo de Control Ciudadano, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana de la Contraloría General de la República.

Como restablecimiento del derecho solicitó su reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad; la cancelación de la totalidad de los salarios, primas, prestaciones sociales, bonificaciones con los incrementos de ley, aportes a la seguridad social y demás emolumentos dejados de percibir debidamente indexados, desde el momento en que se declaró su insubsistencia y hasta que se ordene su reintegro al cargo que ejercía o a otro de igual o superior categoría; que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.; y, que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Relató el actor en el acápite de **hechos** que por medio de la Resolución No. 107 de 8 de febrero de 2006 fue nombrado en el cargo de Director, Grado 03, Dirección de Promoción y Desarrollo de Control Ciudadano, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana del que tomó posesión el 10 de

febrero de ese año como consta en el Acta No. 64 y hasta cuando fue declarado insubsistente a través de la Resolución No. 826 de 7 de septiembre de 2010.

Durante el lapso en el que ejerció la labor se destacó por su profesionalismo, rectitud, pulcritud e idoneidad, "(…) por lo cual fue encargado en varias ocasionados (sic) de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana".

Señaló que el acto de insubsistencia adolece de desvío de poder y falsa motivación, en tanto que la remoción del cargo que desempeñaba, se produjo por parte de la nominadora de la entidad con el fin de satisfacer "apetitos burocráticos" a los que dicha funcionaria expresamente aludió ante los medios de comunicación y para darle cabida a las cuotas políticas, en la medida en que ordenó su despido sin el conocimiento pleno acerca de si cumplía con las funciones encomendadas y si merecía ser relevado del servicio para propender por el mejoramiento del mismo; afirmación que se constituye en plena prueba de su retiro o bien puede ser prueba indiciaria.

Su excelente hoja de vida y las diferentes especializaciones y maestrías que adelantó, demuestran que el servicio público estuvo garantizado con su eficiencia, eficacia, independencia, imparcialidad y profesionalismo, a diferencia del funcionario que lo reemplazó, quien posee un perfil de inferior categoría en tanto que no cuenta con especialización ni maestría.

En efecto, la "Resolución Orgánica No. 05044 del 9 de 2000 (sic) de la Contraloría General de la Nación, dispone que para ocupar el cargo de nivel Directivo Grado 03,

se requiere título universitario, título de formación avanzada, y cuatro años de experiencia profesional"; requisitos que el funcionario que lo reemplazó no cumplió para cuando fue nombrado, en la medida en que la especialización que cursó en España no fue convalidada en Colombia, es decir, que dicho título de formación avanzada carecía de validez. Y fue por ello que la entidad posteriormente tuvo que nombrar a la persona que lo reemplazó en otro cargo en el que no se necesitaba ese requisito, con lo que se prueba la desviación de poder y se desvirtúa la presunción de legalidad del acto que declaró la insubsistencia de su nombramiento.

Agregó que es reinsertado, por lo que en virtud del Decreto 213 de 1991 merece protección y atención especial del Estado, lo que fue desconocido por la demandada al producir su retiro del servicio sin tener en cuenta esta condición al igual que su perfil profesional.

Invocó como **normas violadas** el Preámbulo y los artículos 1º a 6º, 13, 25, 29, 40 numeral 7º, 53, 64, 67, 90 y 209 de la Constitución Política; 2º, 3º, 36, 73, 74 y 85 del Decreto 01 de 1984; 2º y 3º de la Ley 489 de 1998; el Decreto 269 de 2000 y la Resolución Orgánica No. 5486 de 9 de mayo de 2003 proferida por el Contralor General de la República.

Como **concepto de violación** de la normativa en mención indicó, que el Decreto 269 de 2000 mediante el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría en su artículo 6º dispone, que para el nivel Directivo se requiere poseer título universitario, título de formación avanzada y 5 años de experiencia profesional relacionada con el cargo. Y con base en las facultades otorgadas por ese decreto, el Contralor de la época

expidió la Resolución Orgánica No. 5044 de 2000 en cuyo artículo 12 ordena, que para ocupar el cargo de nivel Directivo Grado 03 se requiere de título universitario, título de formación avanzada y 4 años de experiencia profesional relacionada.

Por ello insistió en que el acto acusado no fue expedido en aras del mejoramiento del servicio, pues la persona que lo reemplazó no contaba con el título de formación avanzada para ejercer el cargo, porque aunque acreditó una especialización en España, la misma no estaba convalidada en Colombia, conforme al parágrafo del artículo 6° de la referida resolución, que ordena que los títulos obtenidos en el exterior para que adquieran validez deben ser homologados o convalidados, trámite que se encuentra regulado por la Ley 30 de 1992 y en especial por la Resolución No. 5547 de 2005.

Así, esa falta de convalidación del título demuestra que el acto demandado adolece de falsa motivación y de desviación de poder, a lo que se debe sumar, que quien lo reemplazó tuvo que ser nombrado en otro cargo porque luego de realizar la correspondiente verificación se encontró que le faltaban requisitos. Lo anterior ligado a que su idoneidad y profesionalismo le conferían cierta estabilidad en el empleo o por lo menos eran garantía de permanencia en el mismo al igual que su condición de reinsertado de un movimiento guerrillero, que se traduce en que el Estado debe proteger su trabajo porque hace parte de una población vulnerable, según lo determina el Decreto 213 de 1991.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Contraloría General de la República dio respuesta a la demanda en el sentido de que era lógico que la nueva jefa de la entidad, en los cargos de libre nombramiento y remoción, nombrara a personas de su entera confianza y manejo y que gozara de autonomía para aceptar o no las renuncias protocolarias presentadas por la planta directiva; por lo que no es cierto, que de las declaraciones de la nominadora ante los medios de comunicación, se evidencie un manejo político o burocrático o que las actuaciones se adelantaran con desvío de poder, pues no se probó acoso laboral o problemas de índole personal o político ni otra causa legal en el actuar de la funcionaria. Como tampoco falsa motivación, pues solo hizo uso de las facultades conferidas por el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

En cuanto a que el demandante es reinsertado puso de presente, que la entidad lo acogió durante cinco años en un nivel directivo por sus altas calidades profesionales y su experiencia, pero no por ello gozaba de la garantía de permanencia absoluta o inamovilidad, máxime que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción del que bien podía ser retirado del servicio en cualquier momento con fundamento en la facultad discrecional del nominador.

Propuso la excepción de inepta demanda porque en su sentir, conforme al artículo 137 del C.C.A., no solo basta con afirmar la presencia de una indebida motivación o de una desviación de poder sino que además se debe explicar en qué sentido ocurrió, análisis del que carece el libelo introductorio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, en sentencia de 20 de febrero de 2013 declaró no probada la excepción propuesta y denegó las pretensiones del libelo.

Luego de analizar la naturaleza del cargo que desempeñó el demandante, determinó que es de libre nombramiento y remoción y que en esta clase de empleos, los directores y responsables de las entidades bien pueden designar a personas de su entera confianza, es decir, de su entorno más próximo; por manera, que su permanencia en el empleo respondía a la discrecionalidad de quien lo designaba, pudiendo ser retirado de sus funciones con el fin de garantizar el buen servicio público en atención a que se trata de un vínculo que no genera ningún tipo de estabilidad a menos que exista una limitación de orden legal, que debe ser demostrada y alegada. Por tanto, como el actor ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción no gozaba del beneficio de estabilidad y por ende podía ser removido en cualquier momento.

En cuanto al nombramiento de la persona que lo reemplazó manifestó, que obedeció a la facultad discrecional que radica en cabeza de la máxima autoridad de la entidad, que no es otra, que la Contralora General de la República, por lo que el mismo se sujetó a la ley al cumplir con todos los requisitos para desempeñar el cargo, pues si bien el reemplazo no había convalidado el título de posgrado en Colombia, tal convalidación es sólo un presupuesto estrictamente formal, y recordó que debe darse prevalencia a lo sustancial sobre lo formal conforme al artículo 228 Constitucional, de tal

modo, que lo material consistió en que cursó y aprobó el nivel superior de estudios y sólo faltaba un aval por parte del Ministerio de Educación.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia el demandante interpuso el recurso de alzada. Al efecto reiteró, que la discusión no gira en torno a la facultad discrecional sino a la **desviación de poder y a la falsa motivación** en la que incurrió la máxima representante de la entidad al emitir el acto objeto de discusión sin conocer sus calidades y aptitudes y sólo con el ánimo de satisfacer "apetitos burocráticos" tal como lo manifestó en los medios de comunicación, tema sobre el cual el *a quo* no se pronunció ni valoró como plena prueba aportada o indiciaria, por lo que se infiere que su retiro no obedece al mejoramiento del servicio sino a otros fines.

Insistió en que la persona que lo reemplazó sólo acreditó una certificación de aprovechamiento adelantada en España pero sin convalidación en Colombia, por lo que al no ser válido ese título de formación avanzada, carecía de uno de los requisitos para el ejercicio del cargo, lo que denota la desviación de poder y el desmejoramiento del servicio, además de que se desconoció la normativa que regula e impone la convalidación de títulos, todo lo cual enerva la legalidad del acto acusado, aunque el Tribunal apoyó su tesis en el artículo 228 de la Carta Política. Y agregó, que en su condición de reinsertado de movimiento guerrillero, merece una protección y atención especial del Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante insistió en los argumentos que esgrimió en todas sus intervenciones al interior del proceso.

La parte demandada manifestó que el acto objetado fue expedido por el nominador conforme lo señalan los Decretos 1950 de 1973 -artículo 107- y 268 de 2000, sin que las grabaciones allegadas comprueben el motivo por el cual se produjo la desvinculación del actor, pues aluden a la autonomía que le asiste a la Contralora para disponer discrecionalmente de los empleados de libre nombramiento y remoción. Además, el título de formación avanzada que se evaluó en relación con la persona que reemplazó al accionante fue el de Especialista en Alta Gerencia otorgado por la Universidad Libre Seccional Pereira, razón por la que sí cumplía los requisitos necesarios para ocupar el empleo. Y el demandante presentó renuncia a su cargo, mediante escrito No. IE48648 de 31 de agosto de 2010, que no se tuvo en cuenta, porque no indicó fecha determinada para su aceptación, según lo establece el artículo 115 del Decreto 1950 de 1973.

El Ministerio Público sostuvo, que la decisión recurrida debe confirmarse, porque el poder nominativo y la atribución discrecional le permitían a la entonces Contralora, diseñar sus políticas, asesorarse, acompañarse de personas de su entera confianza, pudiendo así disponer como su programa de gestión se lo indicara; por tanto, quienes se encontraban en condiciones de precariedad en su estabilidad laboral en cuanto dependían de la confianza y apoyo del nominador, no podían esperar actos contrarios a las atribuciones

otorgadas por la ley a la nueva gestión. Así mismo, el presunto hecho notorio surgido de las declaraciones de la nominadora en los medios de comunicación, no fue tal, porque las decisiones que tomó bien pudieron obedecer a los criterios por los cuales quiso adelantar su gestión en forma legítima y conforme a la Carta Política. No se puede afirmar que el despido de los funcionarios de libre nombramiento y remoción obedeció a una mala evaluación de dicho personal sino a la mecánica natural de la conformación de su nuevo equipo de trabajo. Y coincidió en que el título que tuvo en cuenta la entidad para la vinculación del reemplazo del actor fue el emitido por la Universidad Libre Seccional Pereira como Especialista en Alta Gerencia, que obtuvo el 9 de mayo de 2008 y que lo acreditaba idóneo para el ejercicio del cargo.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDÍCO

La controversia en esta oportunidad se contrae a establecer la legalidad de la Resolución No. 826 de 7 de septiembre de 2010, por medio de la cual la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Director, Nivel Directivo, Grado 03 en la Dirección de Promoción y Desarrollo de Control Ciudadano, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana.

CUESTIÓN PRELIMINAR

Previo a abordar el fondo del asunto observa la Sala, que el demandante en el escrito introductorio al igual que en la alzada esgrime, que el acto de declaratoria de insubsistencia adolece de **desviación de poder y de falsa motivación,** porque fue emitido con desconocimiento de sus calidades, capacidades laborales y hoja de vida que le conferían estabilidad laboral; la persona que lo reemplazó no reunía todos los requisitos ante la falta de convalidación de un título profesional; las declaraciones de la nominadora ante los medios de comunicación relacionadas con la provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción en la entidad dieron cuenta del manejo político y burocrático que antecedió a su retiro; y el desconocimiento de su calidad de reinsertado.

Al respecto se hace necesario aclarar, que el vicio de desviación de poder difiere del de falsa motivación.

En efecto, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios **formales** de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular, y como **vicios materiales,** su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, **falsa motivación**, o con **desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.**

La peculiaridad de los **vicios materiales** a diferencia de los vicios formales, se centra en que no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento,

sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la administración; por manera que **la falsa motivación** se traduce en aquel error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y **el desvío de poder**, en la intención con la cual la autoridad adopta una decisión para perseguir un fin diferente al previsto por el Legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario.

Ahora bien, como las glosas planteadas por el accionante, en suma, convergen en que su despido se produjo sin que con el mismo se persiguiera el mejoramiento del servicio; con desconocimiento de su buen desempeño laboral; con falta de requisitos para ocupar el cargo por quien lo reemplazó; y permeado por manejos políticos, es incuestionable, que el vicio planteado respecto del acto acusado, no es otro que su emisión incurriendo en desviación de poder. A lo que se debe agregar, que no es posible alegar la falsa motivación respecto de un acto administrativo, que como en este caso, formalmente carece de ella.

Bajo esta óptica es que la Sala sólo abordará el análisis de la **desviación de poder,** como causal esgrimida en contra del acto acusado, no así la de falsa motivación.

DEL FONDO DEL ASUNTO

En esta dirección procede el análisis de los elementos probatorios que reposan en el expediente, que permitan determinar, si efectivamente se

configuró el desvío de poder que permita predicar la ilegalidad del acto de insubsistencia.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Reposa en el expediente la Resolución No. 826 de 7 de septiembre de 2010 por la cual el demandante fue declarado insubsistente en el cargo que ejercía en calidad de Director, Nivel Directivo, Grado 03 en la Dirección de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano, Contraloría Delegada para la participación ciudadana, en el que se había vinculado a través de la Resolución No. 107 de 8 de febrero de 2006. (fls. 62 y 68 cdn. ppal.).

De igual manera está acreditado, que en su reemplazo para ejercer el referido cargo fue designado el señor Carlos Felipe Córdoba Larrarte, a través de la Resolución No. 827 de 7 de septiembre de 2010, y que tomó posesión el 8 de septiembre de esa anualidad (fls. 64 cdn. ppal. y 5 cdn.3).

La hoja de vida del señor Córdoba Larrarte da cuenta que ostentaba el título de profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, otorgado en agosto de 2004; especialista en Alta Gerencia de la Universidad Libre Seccional Pereira, obtenido en mayo de 2008; Master en acción política, fortalecimiento institucional y participación ciudadana en el estado de derecho, de la Universidad Francisco de Vitoria, Universidad Rey Juan Carlos y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, que culminó en mayo de 2009. No se allegó documento alguno que acreditara la convalidación de este último título ante el Ministerio de Educación Nacional. (fl. 28, 30, 32, 33 cdn. 3).

También se encuentra acreditado que laboró en calidad de: Coordinador Nacional del Programa de lucha contra la corrupción del programa presidencial Colombia Joven entre octubre de 2002 y octubre de 2004; Director de Programas Cívicos y Sociales de la Cámara de Comercio de Pereira de octubre de 2004 a abril de 2005; Profesional Universitario de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, entre junio y octubre de 2005; Coordinador Nacional del Área para la Proyección Social del Programa Presidencial Colombia Joven de noviembre de 2005 a junio de 2006; Asesor del Coordinador General de la Unidad Ejecutoria de la ESAP - FODESEP de julio a agosto de 2006; Secretario de Gobierno Municipal de Pereira entre octubre de 2006 y diciembre de 2007; Coordinador Nacional del Proyecto de Asistencia Técnica a los Comités de Seguimiento a los Pactos por la Trasparencia del Programa Presidencial de la Lucha contra la Corrupción de julio a octubre de 2006; Director Administrativo Código 009-030 en el Despacho del Gobernador de Risaralda desde el 3 de enero de 2008 hasta el 5 de febrero de 2009 y desde el 1º de junio de 2009 al 22 de abril de 2010; Secretario de Gobierno Departamental en encargo el 7 de febrero, 14 de mayo, 23 de junio y 11 de agosto de 2008 y 3 de junio, 1º de julio de 2009 y 29 de marzo de 2010). (fls. 37, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 37, 41 cdn. 3).

ANALISIS DE LOS CARGOS

Primer cargo:

El demandante argumenta que su insubsistencia fue declarada por la entidad con desconocimiento de sus calidades, capacidades laborales y hoja de vida; razones que le conferían estabilidad laboral.

En torno a esta objeción se debe advertir, que el artículo 125 de la Carta Política dispone, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Se tiene entonces, que los empleos en los órganos y entidades del Estado se deben proveer a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa, que se constituye en el instrumento idóneo para el manejo de quienes ejercen la función pública, a fin de facilitar el cumplimiento de los principios y fines estatales, tales como los de igualdad, eficacia y celeridad.

No obstante que el sistema de carrera administrativa se constituye en la regla general para la provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, se debe tener en cuenta, que el Legislador se encuentra facultado para establecer excepciones, y es así, como surgen los empleos de libre nombramiento y remoción, que son los creados de manera específica en razón a la naturaleza y características de los mismos, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En suma, obedecen a una relación subjetiva, porque la

escogencia del colaborador responde a motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar o ejecutar una política en la que se establece una relación *intuitu personae* entre el nominador y el nominado.

El ingreso, la permanencia y el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, depende de la facultad discrecional del nominador, que no requiere de motivación, y ello es así, porque la provisión de dichos cargos se efectúa en consideración a motivos personales o de confianza.

En particular, en relación con la Contraloría General de la República el artículo 268 Constitucional determina, que dicha entidad goza de un régimen especial de carrera administrativa; régimen que fue estipulado por el Decreto 268 de 2000 expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 7 de febrero de 2000.

El decreto en mención en su artículo 3º[1] catalogó como cargos de carrera administrativa a todos los empleos de esta entidad, **con excepción de los de libre nombramiento y remoción**, entre los que se encuentra el de **Director.**
A esta altura es necesario advertir, que la Corte Constitucional en **Sentencia C-284 de 13 de abril de 2011[2] declaró inexequible la expresión**

[1] **Decreto 268 de 2000.** "Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República". **Artículo 3.** "Cargos de carrera administrativa. **Son cargos de carrera administrativa todos** los empleos de la Contraloría General de la República, **con excepción de los de libre nombramiento y remoción que se enumeran a continuación:** -Vicecontralor, -Contralor Delegado, -Secretario Privado, -Gerente, -Gerente Departamental, **- Director,**-Director de Oficina, -Asesor de Despacho, -Tesorero, (…)".

[2] Corte Constitucional. **Sentencia C-284 de 13 de abril de 2011.** Consideró la Corte: "En efecto, el artículo 11 del Decreto Ley 267 de 2000 establece que, a Nivel Central, habrán varias Direcciones en la

"Director", pero, como los efectos de esta decisión en el tiempo, no fueron determinados en el cuerpo de la referida providencia, es por lo que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, se debe entender que son ***ex nunc*****,** lo que implica que **el empleo de Director, por decisión de esta Alta Corte, adquirió la naturaleza de cargo de carrera administrativa a partir del 13 de abril de 2011.**

Habida cuenta entonces, que como para el 7 de septiembre de 2010, fecha en la que se emitió el acto de insubsistencia, el cargo de Director aún se encontraba legalmente contemplado como de libre nombramiento y remoción, la nominadora de la entidad bien podía dejar sin efecto el nombramiento en cuestión, sin que fuera necesario exponer los motivos por los cuales se produjo la desvinculación, en la medida en que a lo que a estos empleos

---

Contraloría General de la República, todas al nivel de las Contralorías Delegadas: (…) (7) en la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, (a) la Dirección de Atención Ciudadana, y (b) la Dirección de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano; (…). // Constata la Corte que aun cuando el artículo 5 del Decreto 269 de 2000, clasifica el cargo de Director como un empleo del nivel directivo, las funciones asignadas no corresponden a aquellas a través de las cuales sea posible definir las políticas institucionales, sino que se reducen a ordenar el ámbito de su competencia inmediata y dirigir el conjunto de labores que demanda el ejercicio de las funciones asignadas al cargo, cumpliendo más bien actividades de gestión misional o administrativa al interior de la entidad, respondiendo por la conducción institucional, orientación de políticas y la enunciación de las que habrán de ser defendidas, brindando un apoyo de naturaleza técnica a cada contraloría delegada, gerencia nacional, o directivos de otras áreas. (…). // **Conforme a la naturaleza de las funciones asignadas a cada dirección, no existe razón suficiente para que la provisión de estos cargos se haga de manera discrecional y no mediante un concurso, propio de la carrera administrativa, que asegure que ciudadanos calificados, con conocimientos, capacidades y calidades adecuadas para el desempeño de tales empleos accedan a estos cargos públicos dentro de la Contraloría General de la República. // Al no estar justificada la clasificación de tales cargos como de libre nombramiento y remoción por la naturaleza de las funciones propias de estos empleos, la Corte Constitucional declarará la inexequibilidad de la expresión "Director" contenida en el artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000".**

concierne, se presume que el despido se efectúa en aras del buen servicio público[3].

Se debe tener presente, que la noción de buen servicio público, no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del empleado, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis en cualquier momento puede adelantar el nominador[4], precisamente, con fundamento en la facultad de libre nombramiento y remoción que le asiste, que a su vez se traduce, en que se encuentra exonerado frente a la obligación de motivar el acto, de conformidad con lo establecido por el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 reglamentario del Decreto 2400 de 1968[5] y el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004[6], esta última disposición aplicable al presente asunto, de

[3] Al respecto consultar Sentencia de 9 de febrero de 2012. Radicado: 0389-09. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. En este fallo se consideró que: "…el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera".

[4] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Radicado 0312-08. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

[5] Decreto 1950 de 1973. Artículo 107. "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados".

[6] Ley 909 de 2004. Artículo 41. "Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (…). // **PARÁGRAFO 2o.** Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. **La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado".**

manera supletoria, en virtud de lo señalado por el numeral 2° de su artículo 3º[7].

Ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la reunión de calidades y capacidades para adelantar la labor asignada, si bien constituyen garantía para el buen servicio, no restringen el ejercicio de la potestad discrecional, toda vez, que existen diversos motivos, tales como el grado de especial confianza, que facultan al empleador para declarar insubsistentes a altos funcionarios, por tratarse de sus más cercanos colaboradores, lo que no necesariamente constituye la descalificación del servidor público. Lo anterior se traduce en que el buen desempeño del funcionario no enerva la facultad discrecional de la que goza el nominador como tampoco le genera fuero de estabilidad.

Se debe agregar, que ninguna disposición del régimen especial ni del régimen general atribuye al empleador la emisión del acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción en un determinado momento, pues su naturaleza obedece a la facultad discrecional, diferente a la que atañe al retiro de los empleados de carrera, cuyos actos reglados de nombramiento imponen a la administración atender a los procedimientos establecidos para tal fin.

---

[7] Ley 909 de 2004. Artículo 3. Campo de aplicación de la presente ley. (…) **2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:** - Rama Judicial del Poder Público. - Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo. - **Contraloría General de la República** y Contralorías Territoriales- Fiscalía General de la Nación. - Entes Universitarios autónomos. - Personal regido por la carrera diplomática y consular. - El que regula el personal docente.- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República".

En otras palabras, las labores que desempeña una persona vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción obedecen a una relación de plena confianza con el nominador, situación que le permite a éste último, adoptar la decisión de insubsistencia del nombramiento de su subalterno en cualquier momento y sin que sea necesario explicar las razones que lo condujeron a tomar tal determinación. Y, la idoneidad para el ejercicio del cargo, el buen desempeño de las funciones y la preparación profesional, no son condiciones que por sí solas otorguen la prerrogativa de estabilidad laboral, porque tal comportamiento y aptitudes se constituyen en las básicas exigencias contenidas en la Constitución y en la ley que deben, en el desempeño de su labor pública, acompañar permanentemente al empleado.

No obstante es preciso advertir, que una decisión de insubsistencia no debe provenir del capricho del empleador, sino que por el contrario, se debe fundar en razones del buen servicio y la buena marcha de la administración, en la medida en que las facultades discrecionales que le asisten no revisten el carácter de absolutas, pues, se encuentran limitadas por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación.

Así, para desvirtuar la legalidad del acto de insubsistencia, es necesario que se genere una certeza incontrovertible en el juzgador, sobre la actuación arbitraria del nominador, esto es, que la decisión se emitió con desvío de poder, vicio del acto administrativo, que como ya se anticipó, alude a esa intención con la que se adopta una decisión por parte de la autoridad en la búsqueda de la consecución de un fin diferente al previsto por el Legislador,

que no es otro que la satisfacción de un propósito particular, personal o arbitrario**.**

Debe entonces acreditarse fehacientemente al interior del proceso, que no fueron las razones del servicio o motivos de interés general los que determinaron al empleador para declarar la insubsistencia del nombramiento; por manera, que las afirmaciones en las cuales se sustenten los reproches a la actuación administrativa en debate, deben cumplir con la carga probatoria correspondiente de conformidad con el artículo 177 del C.P.C[8], aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., es decir, con la debida incorporación de los medios de convicción que conduzcan al juez a la certeza de que los motivos o fines que tuvo la administración para adoptar la decisión, en realidad son ajenos al interés público en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad.

Es por lo anterior, que no le asiste la razón al demandante cuando afirma, que su hoja de vida, sus calidades al igual que el excelente desempeño laboral que siempre acompañaron su tarea, le conferían cierta estabilidad o garantía de permanencia en el servicio, de modo que la insubsistencia de su nombramiento se constituía en prueba o era indicio de la desviación de poder en la que incurrió la administración; porque tal como quedó expuesto, de conformidad con la naturaleza del cargo que ostentó, la insubsistencia podía

[8] El artículo 164 del C.G.P. en igual sentido prescribe: “Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

ser declarada por la nominadora en cualquier momento con fundamento en la facultad discrecional que le asistía, sin que fuera necesaria su motivación y sin que en el expediente obre medio probatorio, diferente a las simples afirmaciones del actor, que de ninguna manera generan en el fallador la convicción absoluta acerca de que la actuación en estudio se produjo con el desvío de poder alegado.

Es por estas razones que la objeción planteada no prospera.

Segundo cargo:

La persona que reemplazó al accionante en el ejercicio del empleo como Director Grado 3 carecía de la totalidad de los requisitos para desempeñarlo, porque no convalidó el título profesional otorgado en el exterior.

Al respecto es preciso señalar, que de conformidad con el artículo 6° del Decreto Ley 269 de 2000[9], por medio del cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Contraloría General de la República, proferido por el Presidente de la República en virtud de las facultades

[9] Decreto 269 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". **"Artículo 6. Requisitos generales para el ejercicio de los empleos.** Para desempeñar los empleos de los niveles de que trata el artículo 3 deben tenerse en cuenta los siguientes requisitos generales, los cuales servirán de base para establecer el Manual de Funciones y Requisitos Específicos de la Contraloría General de la República: 1. Nivel Directivo. Grado 04. Título universitario, título de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia profesional relacionada con el cargo. **Grado 03. Título universitario, título de formación avanzada y cuatro (4) años de experiencia profesional relacionada con el cargo.** (…).

Parágrafo. Entiéndese por formación avanzada los programas de posgrado definidos como especializaciones, maestrías, doctorados y posdoctorados al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 30 de 1992".

extraordinarias conferidas por el artículo 1º de la Ley 573 de 2000, se tiene que los requisitos para el ejercicio del empleo en calidad Director Grado 3, son "Título universitario, **título de formación avanzada** y cuatro (4) años de experiencia profesional relacionada con el cargo" y que s**e debe entender "por formación avanzada los programas de posgrado definidos como especializaciones,** maestrías, doctorados y posdoctorados (…)".

De otro lado, la Resolución Orgánica No. 5044 de 2000[10], que establece los criterios generales para los cargos de la planta general, las funciones y requisitos para su desempeño en cada una de las dependencias de la estructura organizacional de la Contraloría General de la República, en el numeral 1° del artículo 12 determina como requisito para el ejercicio de un cargo de nivel Directivo Grado 3, el título universitario, título de formación avanzada y 4 años de experiencia profesional relacionada.

Ahora bien, está fehacientemente comprobado al interior del proceso, que la persona que reemplazó al demandante, acreditó los requisitos académicos y de experiencia que exigen las normas transcritas, en la medida en que obran certificaciones expedidas por el Gerente de Talento Humano de la entidad, con fechas 15 de noviembre de 2011 y 14 de mayo de 2012 en las que con

[10] Resolución No. 5044 de 2000. "Por la cual se establecen los criterios generales para los cargos de la planta general, las funciones y requisitos para el desempeño de los mismos en cada una de las dependencias de la estructura organizacional de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones". **Artículo 12.** Para desempeñar los empleos de los niveles: directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico y asistencial, deben tener en cuenta los siguientes requisitos generales. **1. Nivel Directivo: (…). Grado 03. Título universitario, título de formación avanzada y cuatro (4) años de experiencia profesional relacionada con el cargo". (fls. 91 y 92 cdn. ppal.).**

Esta norma fue **derogada** por el artículo 6 de la Resolución 216 de **2013.**

relación al título de especialización que obtuvo en el exterior respectivamente hizo constar, que:

> "En relación con la solicitud de ese Despacho, de certificar si el documento aportado por el Doctor CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE "de su especialización en España o el título que aportó de formación avanzada, estaba debidamente homologado o convalidado"; **es preciso señalar que el título que aportó el Doctor CORDOBA** (sic) **LARRARTE, y que fue expedido por la Universidad Francisco de Vitoria, Universidad Rey Juan Carlos y Colegio de Abogados de Madrid,** no corresponde a una especialización, sino a un master de Acción Política, Fortalecimiento Institucional y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho, el cual en primer lugar **no se tuvo en cuenta como requisito mínimo para el desempeño del cargo de Director, Nivel Directivo Grado 03** de la Dirección de Promoción y Desarrollo de Control Ciudadano - Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, **puesto que el título que se valoró para su vinculación fue el de Especialista en Alta Gerencia de la Universidad Libre de Pereira".** (fls. 271 cdn. ppal.).

> Y, **"de conformidad con la ficha de análisis, estudios y experiencia relacionada, elaborada por la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República, quedó expreso que dicho documento faltó ser convalidado por el Icfes y/o Ministerio de Educación Nacional, por consiguiente insistimos nuevamente ante el despacho la no evaluación de dicho título, puesto que no fue necesaria** ya que el Dr. CORDOBA (sic) LARRARTE adjuntó en forma previa para aspirar al cargo de Nivel Directivo Grado 03 de la Dirección de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano, más de cuatro (4) años de experiencia relacionada, más Título de Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, con acta de grado No. 020 del 26 de agosto del año 2004 y Título de Especialización en Alta Gerencia de la Universidad Libre de Colombia, con acta de grado 925 del 09 de mayo de 2008, lo cual se ajustó a los requisitos mínimos exigidos en el artículo sexto (6) del Decreto 269 de 2000". (fls. 314 cdn. ppal.).

Documental que permite inferir que se cumplieron los requisitos para el nombramiento y la posesión del reemplazo, sin tener que acudir al argumento que esgrimió el *a quo* en el sentido de que la ausencia de convalidación de los estudios que esta persona adelantó en España, se constituía en un requisito meramente formal, debiendo dar prelación a lo sustancial. A lo que se debe sumar que el accionante nunca hizo alusión a las condiciones educativas de su reemplazo, que en efecto, igualmente se cumplieron.

Así, se despacha negativamente el reproche planteado.

Tercer cargo:

Las declaraciones de la nominadora ante los medios de comunicación, que reposan en cds y en recortes de prensa, relacionadas con la provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción en la entidad, dieron cuenta del manejo político y burocrático que antecedió a su retiro, situación que evidencia la desviación de poder por móviles políticos.

Pues bien, en lo que concierne a las publicaciones de prensa y a las grabaciones de transmisiones desplegadas en radio y televisión, esta Subsección[11] precisó, que en la legislación procesal tienen connotación de prueba documental.

Sin embargo, frente a la aludida nota de prensa se debe acotar, que la misma se constituye en mera apreciación subjetiva de un tercero sobre un hecho, que se encuentra básicamente cimentada en el ejercicio de la libertad de

[11] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Radicado. 0831- 11. Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

expresión, de manera que en este asunto, realmente no se constituye en prueba incontrovertible de la situación que en ella se expone.

En cuanto a las declaraciones que la nominadora dio ante los noticieros, se resalta, que si bien es cierto, gozan de autenticidad[12], no lo es menos, que en esta oportunidad se torna imposible establecer el nexo causal entre lo manifestado y la emisión del acto demandado al punto que enerve la presunción de legalidad que le asiste, frente a la carencia de otros medios de convicción que permitan inferir que en efecto esas expresiones se concretaron en la decisión de retiro del actor.

Máxime que no se comprobó de manera alguna que la persona que reemplazó al demandante militara en el partido político al que pertenecía la nominadora de la entidad demandada, ni que la designación de ese reemplazo obedeció a presiones u ofrecimiento de su hoja de vida, además,

---

[12] **Artículo 276 del C.P.C** aplicable por remisión del artículo 168 del C.C.A. al respecto dispone: "La parte que aporte al proceso un documento privado, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. (…)". Por su parte el **artículo 252-3 *ibidem*** señala que "Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. El documento privado es auténtico en los siguientes casos: 1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido. 2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó. 3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289. **Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella".**

que no se dio a conocer el partido político en que militaba el accionante; de manera que, no es posible señalar con contundencia que existe una relación directa entre esas manifestaciones de orden general y el acto de insubsistencia demandado, que permitan afirmar que se acreditó la desviación de poder en su emisión.

Ligado a que a fl. 2 cdn. 4, reposa certificación suscrita por el Director de Gestión de Talento Humano de la Contraloría en la que se señaló, que verificado el sistema de personal de la entidad se pudo constatar que se efectuaron 27 declaratorias de insubsistencias y 36 aceptaciones de renuncia de los funcionarios que ocuparon cargos de libre nombramiento y remoción durante los tres meses siguientes a partir del 1º de septiembre de 2010, fecha en que ocurrió la posesión de la nominadora.

A lo que se debe agregar que en lo que respecta al tema probatorio, como ya se advirtió, es necesario atender al principio procesal *onus prodandi, incumbit actori*, que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 167 del C.G.P. según el cual, por regla general a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho.

Es por lo anterior que se niega la prosperidad de este reparo.

Cuarto cargo:

Argumentó el demandante que se declaró insubsistente con desconocimiento de su calidad de reinsertado, situación que le confería una especial atención y protección por parte del Estado.

En cuanto a este reparo se tiene, que aunque al interior del proceso reposa a fl. 56 cdn. ppal., certificación que da cuenta que el actor "aparece registrado como desmovilizado de Acuerdo de Paz, por parte del Ejército Popular de Liberación - EPL según consta en acta 4 del 14 de julio de 1992", lo que permite inferir que se trata de un sujeto que goza de estabilidad laboral reforzada, lo cierto es, que tal como la Corte Constitucional[13] lo considera, el "reinsertado" o "desmovilizado" es un individuo que decide abandonar las filas del grupo armado al que pertenece para entregarse a las autoridades estatales y reincorporarse a la vida civil, frente a lo cual asume el compromiso de vivir en paz y el Estado adquiere la obligación de brindarle un amparo excepcional; sin embargo, estas personas no son *per se*, sujetos de especial protección constitucional, máxime cuando no se encuentran en situación de debilidad manifiesta, que implique tener que enfrentar dificultades superiores a las del resto de la población para garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales, como es el caso del actor, quien luego de haberse

[13] Corte Constitucional. Sentencia T-023 de 2016 de 2 de febrero de 2016. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. En sentir de esa Corporación: "3.6 En el caso de los desmovilizados, la Corte ha definido a quien es *"reinsertado"* o *"desmovilizado"* como aquel individuo que decide abandonar voluntariamente las filas de un grupo armado al margen de la ley al que pertenece, para entregarse a las autoridades estatales y reincorporarse a la vida civil dejando de lado la violencia y asumiendo el compromiso de vivir en paz, siendo obligación del Estado brindarle un especial apoyo y protección. Si bien las personas desmovilizadas no son, *per se,* sujetos de especial protección constitucional pues algunas de ellas cuentan con todos los medios para acudir al juez constitucional en igualdad de condiciones con el resto de la población, **esta Corporación sí ha destacado que pueden hallarse en situación de debilidad manifiesta cuando, en virtud del proceso de desmovilización, enfrentan dificultades superiores al resto de la población para garantizar su seguridad personal o para el goce efectivo de sus derechos fundamentales".**

desmovilizado desde el año 1992, según da cuenta su hoja de vida[14], tuvo la oportunidad de adelantar estudios universitarios en 1998, de posgrado en 1999 y 2001 y de maestría en 2002, además, de que ha desempeñado varios cargos así: en la Gerencia Zonal de Fedevivienda en el año 2002, en la Gobernación del Tolima en el 2003, en Comcaja Colombia en el 2005 y el último en la entidad demandada del que fue declarado insubsistente, que por tratarse de empleo de libre nombramiento y remoción, tal como en precedencia se explicó, implica una estabilidad laboral precaria[15].

A lo que se debe agregar, que la norma en la que el demandante fundamenta este argumento de inconformidad, es decir, el Decreto 213 de 1991, fue aquel "Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público", por parte del Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas por el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 1038 de 1984, con la finalidad de que los grupos armados se reincorporaran a la vida civil con ocasión del proceso de cambio institucional a través de la entonces Asamblea Nacional Constitucional; que valga la pena resaltar, no hace alusión alguna a la estabilidad que predica el accionante.

Se niega la prosperidad de esta censura.

---

[14] En la Hoja de Vida allegada por el actor se lee que adelantó estudios de pregrado en la Universidad del Tolima, de especialización en las Universidades La Gran Colombia y de Los Andes, de maestría en la Universidad de Los Andes, información que se corrobora con el Formato Único de Hoja de Vida. (fls. 150 a 156 y 164 a 166, respectivamente.

[15] Corte Constitucional. Sentencia T-445 de 2014 de 4 de julio de 2014. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. Expresamente esta Alta Corte consideró: "4.2. La estabilidad laboral precaria es característica de los trabajadores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción. **Éstas personas pueden ser despedidas sin que el empleador demuestre la existencia de una justa causa y sin que tenga que indemnizarlas dada la amplia discrecionalidad de la que goza".**

Así las cosas, se concluye que al no ser desvirtuada la legalidad del acto de remoción acusado, la Sala confirmará la sentencia del *a quo* en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, según las razones anteriormente expresadas.

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,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección - Segunda - Subsección "A", que negó las súplicas de la demanda instaurada por CARLOS ARTURO MORA GARCÍA contra la Nación - Contraloría General de la República, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**