



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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 47001 23 33 000 2013 90212 01 (4706-16)

Actor: INGRIDS DE JESÚS REYES BERDUGO

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DEL
DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 1 de junio de 2016 por el Tribunal

Administrativo del Magdalena, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de simple nulidad, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Ingrid de Jesús Reyes Berdugo, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de las Resoluciones 100 22-311 y 100 22-312 del 29 de noviembre de 2012, expedidas por la Contraloría General del departamento del Magdalena, por las cuales se fijó la planta de personal y la escala salarial de esa entidad, y se estableció el manual de funciones y competencias laborales, respectivamente.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron la anterior pretensión son, en síntesis, los siguientes:

La Asamblea Departamental de Magdalena expidió la Ordenanza 002 del 6 de marzo de 2012, mediante la cual concedió facultades al gobernador del departamento para que adelantara la reestructuración o modernización de la entidad, modificara su estructura orgánica y adoptara una nueva planta de

personal, mas no para para suprimir cargos de la entidad; en todo caso, tales facultades fueron ampliadas mediante Ordenanza 007 del 6 de agosto de 2012, por el término de 3 meses.

A través de los Oficios 11706 del 20 de marzo de 2012, 15021 del 12 de abril de 2012 y 26227 del 15 de junio de 2012 la Comisión Nacional del Servicio Civil advirtió y previno al contralor del departamento de abstenerse de adelantar el proceso de reestructuración, así:

«Si bien la creación distribución y asignación de la planta de empleos de las contralorías territoriales, es competencia de los concejos y asambleas departamentales respectivas, tales facultades no constituyen una autorización legal para desconocer la regla general de la naturaleza de carrera de los empleos del estado mediante el establecimiento de criterios no contemplados por el legislador o la distorsión de los existentes.»

Pese a lo anterior, el contralor del departamento desbordó sus competencias y atribuciones constitucionales al expedir la Resolución 100 22-311 del 29 de noviembre de 2012, por la cual estableció la nueva planta de personal de la entidad, fijó las escalas salariales para los empleos que la conforman, y ordenó la supresión de 6 cargos de la planta de personal, careciendo de competencia para ello; en igual vicio incurrió al expedir la Resolución 100 22-312 de esa fecha, según la cual adoptó el manual de funciones, sin incluir las que corresponden a los cargos suprimidos.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 4, 121, 272, inciso 3 y 300, numerales 7 y 9; y 3 de la Ley 330 de 1996.

Al desarrollar el concepto de violación, la demandante adujo que en ejercicio

del principio de supremacía de la Constitución, en caso de que exista incompatibilidad entre esta y una norma inferior, se deben aplicar las disposiciones de aquella, lo que ocurre con los actos demandados, que están en contradicción con las previsiones de la norma superior, comoquiera que su artículo 272 confiere exclusivamente a las Asambleas Departamentales, la competencia para organizar la Contraloría del departamento y excluye al ente de control de la función de adoptar su propia planta de personal u organización administrativa.

Indicó que si la atribución para organizar la estructura interna y la planta de personal de la Contraloría compete a la Asamblea Departamental, el contralor no puede arrogarse esa función para auto-reglamentarse o auto-organizarse, de manera que fue inconstitucional la delegación de competencia por parte de la Corporación Pública, al igual que el ejercicio de esa atribución por parte del jefe del ente de control.

Aseguró que es evidente la jerarquía normativa de la Constitución respecto de los actos censurados y, por ende, deben ser retirados del ordenamiento jurídico a causa de su incompatibilidad con aquella.

Señaló que al desobedecer las previsiones constitucionales, se quebrantaron los artículos 6 y 121 del ordenamiento superior, comoquiera que la autoridad que expidió los actos demandados se extralimitó en sus facultades y ejerció distintas a las que le atribuyen la Constitución y la ley, pues no podía asumir una competencia de la que carecía, toda vez que la que asumió era propia de la Asamblea Departamental al tenor de lo dispuesto en el artículo 300, numeral 7, de la Constitución, y aquellas que le son propias al Contralor, están previstas en los artículos 268 constitucional y 9 de la Ley 330 de 1996.

Agregó que de conformidad con lo previsto en el artículo 300, numeral 9, de la Constitución Política, las atribuciones propias de las Asambleas pueden ser delegadas pero, de manera exclusiva, en el gobernador del departamento, y no en un funcionario diferente, como es el caso del contralor departamental; además, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 330 de 1996, por la cual se desarrolló el artículo 308 constitucional, las aludidas asambleas son las competentes para determinar la estructura, planta de personal y funciones de las diferentes dependencias de las Contralorías, entre tanto, en el artículo 9 *ibidem*, se fijan las competencias de los contralores y dentro de ellas no aparece ninguna relativa a determinar la estructura y adoptar la planta de personal del ente de control.

1.2. Contestación de la demanda

La Contraloría del departamento del Magdalena, actuando por conducto de apoderada, contestó la demanda¹ y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Dentro de los argumentos de su discrepancia manifestó que los actos acusados gozan de presunción de legalidad pues se expidieron de conformidad con las facultades conferidas en las Ordenanzas 002 y 007 del 6 de marzo y 6 de agosto de 2012.

Planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la demanda no se formuló en contra del ente territorial, sino de la Contraloría y esta carece de personalidad jurídica para comparecer directamente al proceso, como lo ha sostenido el Consejo de Estado; y falta de integración del acto complejo en cuanto no se demandaron las Ordenanzas 002 y 007 de 2012, por las cuales se confirieron las facultades

¹ Mediante memorial visible en los folios 223 a 229.

al Contralor para expedir las resoluciones acusadas y, por ello, conforman una unidad normativa que se debió censurar en su integridad.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia de 1 de junio de 2016², accedió a las pretensiones de la demanda pues consideró que de conformidad con lo previsto en los artículos 300 y 272 de la Constitución Política, le corresponde a las Asambleas Departamentales determinar la estructura de la administración departamental, competencia que también fue prevista en el numeral 3 de la Ley 330 de 1996.

Señaló que de acuerdo con las normas anteriores y la jurisprudencia sobre la materia, se concluye que las Asambleas Departamentales no pueden delegar en los contralores, las funciones de determinar la estructura, planta de personal funciones y dependencias del ente de control, pues la competencia para ese efecto tan solo puede ser delegada en el gobernador del ente territorial.

Agrego que si bien la Ley 330 de 1996 confiere al contralor la facultad para presentar proyectos sobre la determinación de la estructura, planta de personal y escalas de remuneración del ente de control fiscal, ello no quiere decir que la Asamblea pueda delegar en él la facultad para determinar tales aspectos; así las cosas, concluyó que los actos censurados están afectados por falta de competencia de la autoridad que los expidió, motivo por el cual inaplicó por inconstitucionales las ordenanzas departamentales que le confirieron las facultades para esos efectos y anuló las resoluciones

² Folios 428 a 434.

demandadas.

1.4. El recurso de apelación

La Contraloría General del departamento del Magdalena, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³, en el que solicitó revisar integralmente la sentencia, con el ánimo de que sean respetados los derechos fundamentales de la entidad y de los trabajadores vinculados a la nueva planta de personal establecida para el ente de control, para lo cual solicitó tener en cuenta el principio *pro homine*.

Argumentó que la Asamblea departamental, en ejercicio de sus funciones administrativas, puede delegar en otro órgano la reestructuración de la planta de personal de la Contraloría departamental y es al departamento a quien le corresponde generar el marco normativo para garantizar las normas constitucionales y legales.

Indicó que de conformidad con lo previsto en el artículo 60 del Decreto Ley 1222 de 1986 a las Asambleas departamentales les corresponde organizar la Contraloría Departamental y elegir contralor, por tal motivo, a través de la Ordenanza 002 de 2012 autorizó al jefe del ente de control fiscal para modernizar o modificar la estructura orgánica de la Contraloría y amplió el término de esta autorización a través de la Ordenanza 007 de 2012; con fundamento en tales facultades, se expidieron los actos acusados, en virtud de los cuales se estableció la planta de personal, se fijó la escala salarial y se dictaron otras disposiciones.

³ Folios 443 a 454.

La promulgación de las resoluciones demandadas generó varias situaciones particulares y concretas, así: (i) establecieron la planta de cargos de la Contraloría; (ii) suprimieron algunos empleos; (iii) fijaron la escala salarial; (iv) incorporaron en la nueva planta a los empleados de carrera administrativa; (v) se definió que los empleos de carrera vacantes serían provistos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario.

Con fundamento en lo anterior, aseveró que tanto los empleados incorporados, como los nombrados previo concurso de méritos, han generado situaciones consolidadas, amparados en los actos acusados, los cuales gozan de presunción de legalidad. De tal manera, debe tenerse en cuenta que los efectos de la sentencia de nulidad se deben producir desde el momento en que queda ejecutoriada, y no se pueden desconocer las situaciones consolidadas o los derechos que se reconocieron con base en las disposiciones que se anulan.

Adujo que ante la expedición de las Ordenanzas 002 y 007 de 2012, le correspondía al contralor expedir los actos orientados a cumplir la delegación conferida en ellos, observando las disposiciones constitucionales y legales sobre la materia y respetando los derechos adquiridos de los empleados de la Contraloría.

Aseguró que pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas aplicables a un caso concreto y su interpretación, no se pueden apartar de las disposiciones constitucionales y legales, pues la justicia se aplica con sujeción a los principios y postulados constitucionales, entre ellos el de la prevalencia del derecho sustancial, el de favorabilidad y el *pro homine*, cuya inobservancia conlleva el desconocimiento de situaciones particulares y concretas de los trabajadores vinculados a la nueva planta de personal.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. El departamento del Magdalena

El apoderado de la entidad demandada describió el término para alegar⁴ e insistió en que los límites del actuar del contralor del departamento fueron fijados por la Ordenanza 002 de 2012, en la cual se confirieron facultades para implementar el sistema de empleos de carrera administrativa, mientras se expedía la ley que regulara la carrera administrativa en las contralorías territoriales. Reiteró los argumentos invocados en el escrito del recurso de alzada, relacionados con la protección de los derechos particulares que se consolidaron con los actos censurados, máxime cuando estos fueron expedidos con las facultades delegadas por la Asamblea del departamento.

1.5.2. La demandante

La señora Ingrid de Jesús Reyes Berdugo guardó silencio durante esta etapa procesal.

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

⁴ Folios 765 a 775.

2.1. Norma cuya anulación se pretende

Las disposiciones que se censuran son las Resoluciones 100 22-311⁵ y 100 22-312 del 29 de noviembre de 2012, expedidas por el Contralor General del Magdalena, por las cuales fijó la planta de personal, las escalas salariales de la Contraloría General del departamento y se estableció el manual de funciones y competencias, respectivamente.

2.2. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si la Contraloría General del departamento del Magdalena carecía de competencia para expedir las resoluciones acusadas.

2.3. Marco normativo

La Constitución Política, en su artículo 272 establece que «**Corresponde a las asambleas** y a los concejos distritales y municipales **organizar las respectivas contralorías** como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal»; asimismo, dentro de las competencias conferidas a esas Corporaciones Públicas, para ser desarrolladas a través de ordenanzas, en el artículo 300, numeral 7, *ibidem*, consagró la de «**determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo**; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta».

⁵ Folios 18 a 21.

No obstante, en el numeral 9 del artículo en cita, previó que tales facultades pueden ser delegadas en el gobernador del departamento, para tal efecto, señaló que a través de ordenanzas también puede «autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y **ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales**».

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El 6 de marzo de 2012⁶, la Asamblea del departamento del Magdalena expidió la Ordenanza 002, por la cual concedió facultades al contralor de ese departamento «para que reestructure o modernice y adopte la nueva planta de personal de la Contraloría General del departamento». Tales facultades y autorizaciones fueron concedidas por el término de 6 meses. Dentro de las disposiciones allí adoptadas se consignaron las siguientes:

Los empleados de carrera administrativa, a quienes se les llegare a suprimir el cargo dada la nueva planta de personal, tendrán derecho a optar por la indemnización o por la incorporación a empleos equivalentes, de conformidad a lo consagrado en la Ley 909 de 2004 y en los decretos reglamentarios 1227 de 2004, y demás normas concordantes y complementarias.

(...)

ARTÍCULO TERCERO: El Contralor o en quien este delegue y con el acompañamiento a través de los mecanismos jurídicos idóneos, con una institución de educación superior de reconocida trayectoria, serán las encargadas de regular la carrera administrativa al interior del Ente de Control, mientras se expide la ley que regule la carrera administrativa especial para las

⁶ Folios 23 y 24.

contralorías territoriales en Colombia, tal como lo establece la ley 909 de 2004 y la Contraloría y las dependencias que se estimen convenientes estará habilitada para adelantar los procesos de selección, elaborar convocatorias a concurso, elaborar las listas de elegibles, establecer los instrumentos para la evaluación del desempeño de las funciones y en general para adelantar todas las acciones tendientes a dar cumplimiento a la norma constitucional sobre el ingreso por mérito a los cargos públicos, posición ratificada por el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP mediante circular No 1000-12-2005 del 27 de septiembre de este año.

El 20 de marzo de 2012⁷, la Comisión Nacional del Servicio Civil dirigió un oficio con destino al contralor departamental del Magdalena, con el siguiente propósito:

Teniendo en cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil ha recibido múltiples quejas relacionadas con el adelantamiento de procesos de ajustes a las plantas de empleos de las Contralorías Territoriales, que pretenden inocuamente cambiar la naturaleza de algunos cargos de carrera a libre nombramiento y remoción, este Despacho, considera pertinente efectuar las siguientes reflexiones, a fin de prevenir conductas infractoras de normas de carrera administrativa:

(...)

2. Así las cosas, los criterios generales dentro de los cuales se puede definir cuando un cargo es de carrera o no, se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico, razón por la cual, para determinar la naturaleza de los empleos basta con recurrir a la Constitución y la ley, esta última claramente limitada en cuanto a la fijación de excepciones por el precitado texto superior.

(...)

3. Lo anterior implica que, para el caso de las Contralorías Territoriales, las autoridades respectivas están llamadas a aplicar, tanto lo preceptuado en el artículo 125 Superior, como en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, este último referido a la clasificación de los empleos.

4. Las entidades no tienen competencia para apartarse del principio constitucional que establece, por regla general, la naturaleza de carrera de los empleos del Estado y, por ende, carecen de facultades para generar actos de reestructuración de la planta de empleos que burlen dicho principio constitucional.

⁷ Folios 28 y 29.

El 12 de abril de 2012⁸, la Comisión Nacional del Servicio Civil dirigió oficio al contralor departamental del Magdalena, en los siguientes términos:

No obstante, ser el régimen de carrera de las Contralorías Territoriales un régimen especial de origen constitucional, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo 2º, del artículo 3º, de la Ley 909 de 2004, mientras se expidan las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la citada ley.

(...)

La CNSC entiende la problemática que enfrentan diferentes Contralorías del país, sin embargo, ha sido clara y enfática en señalar que éstas deberán proceder de manera inmediata a adelantar los trámites que consideren necesarios para resolver su situación actual, con el fin de cumplir la obligación constitucional de proveer a través del mérito las vacantes definitivas de carrera administrativa, a través de su participación en la Convocatoria que proyecta la CNSC para el mes de mayo de 2012.

Por otra parte, con base en las facultades de vigilancia de la CNSC, le recuerdo que los procesos de reestructuración, deberán adelantarse bajo el estricto cumplimiento de las normas constitucionales y legales que rigen la carrera administrativa y con garantía de los derechos de carrera para los funcionarios que acrediten tenerlos, de acuerdo con los artículos 86 a 94 del Decreto-Ley 1227 de 2005.

El 15 de junio de 2012⁹, la Comisión Nacional del Servicio Civil remitió oficio al contralor general del departamento del Magdalena, en el que informó lo siguiente en torno a las convocatorias para proveer empleos en las contralorías territoriales:

El artículo 30, de la Ley 909 de 2004, otorgó competencia a la Cnsc para adelantar los procesos de selección para el ingreso y ascenso en los empleos públicos de carrera, por lo anterior, su manifestación de retirarse del proceso no corresponde a una opción legal que aparezca consagrada positivamente en el ordenamiento jurídico colombiano.

(...)

⁸ Folios 32 y 33.

⁹ Folios 30 y 31.

Por lo mencionado, le comunico que la Convocatoria de los empleos públicos de carrera de la Contraloría del Magdalena se realizará en la forma prevista, precisándole que hasta antes de iniciarse las inscripciones en el proceso de selección la Convocatoria podrá ser modificada de conformidad con el artículo 14, del Decreto 1227 de 2005. Siendo así, la OPEC que se publique en la Convocatoria, podrá ser modificada una vez culmine su proceso de reestructuración, siempre y cuando sea antes de inscripciones, las mismas que se proyectan para el mes de Octubre de 2012.

Como se puede observar, en este proceso se han dado los suficientes espacios y tiempos para que cada Contraloría realice los ajustes institucionales que requieran, pero estos, no puede ser intemporales afectando el cumplimiento de la Ley de carrera que ordena que el empleo público de carrera se provee a través del mérito demostrado en un concurso público y abierto, donde todos los ciudadanos puedan participar en igualdad (sic) de condiciones (art. 125 C.P.)

El 6 de agosto de 2012¹⁰, la Asamblea departamental del Magdalena profirió la Ordenanza 007, por medio de la cual amplió por el término de tres meses las anteriores facultades, para ser ejercidas por parte del contralor departamental. En el artículo tercero de esa ordenanza, dispuso:

Autorícese al señor Contralor General del Departamento del Magdalena para que dentro de los límites fijados por el gobierno nacional y la ley, reajuste y/o modifique la escala salarial de los cargos de la planta de personal de esta última, dentro del término o plazo fijado en la presente ordenanza y además teniendo en cuenta consideraciones de tipo presupuestal, programas y metas misionales y demás factores que puedan incidir directa o indirectamente en el reajuste y/o modificación autorizado; todo lo anterior, de acuerdo con el sano criterio que a bien tenga el señor Contralor General del Departamento del Magdalena, y en el entendido de que los reajustes y/o modificaciones a la escala salarial que se llegaren a adoptar no incidan negativamente en el buen desempeño de la entidad, desde el punto de vista presupuestal, misional o de apoyo.

El 29 de noviembre de 2012¹¹, el Contralor General del Departamento del Magdalena expidió la Resolución 100 22-311, por la cual estableció la planta de personal, las escalas salariales de la Contraloría a su cargo y dictó otras

¹⁰ Folio 26.

¹¹ Folios 18 a 20.

disposiciones. En las consideraciones que sirvieron de fundamento a ese acto, señaló las siguientes:

Que de acuerdo con las facultades concedidas en las ordenanzas 002 y 007 de 2012, se hace necesaria la realización de un estudio técnico que respalde y explique **la modificación de la planta de empleos de la Contraloría General del Departamento del Magdalena**.

Que la Contraloría General del Departamento del Magdalena celebró con la Escuela Superior de Administración Pública ESAP el convenio interadministrativo No. 017 de junio 6 de 2012 para elaborar un Estudio Técnico en los términos establecidos en el artículo 646 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012.

El 29 de diciembre de 2012¹², el Contralor General del Departamento del Magdalena expidió la Resolución 100 22-312, por la cual expidió el manual de funciones y competencias de los cargos de la contraloría a su cargo. Las facultades invocadas para expedir ese acto administrativo fueron las previstas en los artículos 209 y 269 de la Constitución Política, las Leyes 330 de 1996 y 909 de 2005, el Decreto 1227 de 2005 y la Circular 09 de 2011 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Entre el 3 de diciembre de 2012¹³, y el 10 de esa calenda, estuvieron publicados los anteriores actos, según constancia de la secretaria ejecutiva de la Contraloría General del Magdalena.

2.4. Caso concreto

En la demanda se sostiene que los actos acusados se expidieron por funcionario incompetente, comoquiera que la atribución relativa a la

¹² Folios 34 a 172.

¹³ Folio 22.

reestructuración de la planta de personal de la Contraloría del departamento del Magdalena y la consecuente expedición del manual de funciones y competencias laborales de los cargos de aquella, le corresponde a la Asamblea Departamental y no al Contralor del ente territorial; además, pese a que tal función se puede delegar, ello solo procede respecto del gobernador del departamento y no del contralor.

De acuerdo con el enunciado de las resoluciones cuestionadas, aquellas fueron expedidas por el contralor departamental del Magdalena, en uso de las facultades conferidas por la Asamblea del departamento a través de las Ordenanzas 002 y 007 de 2012, las cuales se transcribieron en un acápite anterior, y que se contraían a delegar en el jefe del control fiscal del departamento, de manera temporal, las funciones para «modernizar y/o modificar la actual Estructura Orgánica de la Contraloría General del Magdalena».

No obstante, de conformidad con las normas transcritas en el acápite «marco normativo» de esta providencia, en especial, lo previsto en los artículos 272 y 300, numeral 7, de la Constitución Política, la competencia para organizar la estructura de las Contralorías departamentales corresponde a las Asambleas, así lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación:

Consecuente con lo anterior, no se genera duda sobre la competencia de las asambleas departamentales para la organización de las contralorías departamentales y que implica la fijación de la planta de personal que a su vez lleva intrínseca la facultad de crear y suprimir empleos. Facultad constitucional que siendo autónoma no requiere iniciativa de ningún funcionario, haciéndose obligatorio para este evento inaplicar el artículo 3º de la Ley 330 de 1996 “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 208 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”, en cuanto prescribe la iniciativa del contralor para determinar la estructura de la

contraloría, fijar la planta de personal, las funciones por dependencias y la escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo.”¹⁴.

En todo caso, cuando la necesidad o la conveniencia lo ameriten, tal facultad puede ser delegada de manera temporal en el **gobernador del departamento**, a través de ordenanza, al tenor de lo dispuesto en el artículo 300, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 305, numeral 15¹⁵ *ibidem*.

De conformidad con lo anterior, es claro para la Sala que pese a que la anterior facultad es delegable, por mandato constitucional, tal delegación solo puede recaer en el gobernador del departamento, a tal conclusión arribó la Sala de la Subsección A de esta Corporación, en los siguientes términos:

Así las cosas, concluye la Sala que i) es competencia de las Asambleas Departamentales la organización de las respectivas Contralorías, ii) que dicha competencia no requiere iniciativa de ningún funcionario, y iii) que por expresa autorización de la Constitución y mediante ordenanza, el Gobernador podrá ejercer dicha función, en los términos ya indicados. Dichos presupuestos se presentaron en el caso concreto, por lo que, tanto la Asamblea Departamental como el Gobernador actuaron con competencia.¹⁶

Ahora bien, en materia de delegación de la competencia de reestructurar la planta de personal, en cabeza del contralor del departamento, esta Corporación ya ha tenido ocasión de pronunciarse, señalando que no procede, por ser contraria al mandato constitucional, así ha discurrido:

¹⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia del 5 de noviembre de 2009, Radicación 200012331000200101283 02, número interno: 2197-07. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁵ Artículo 305. Son atribuciones del gobernador: (...) 15. Las demás que le señale la Constitución, las leyes y **las ordenanzas**.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 22 de octubre de 2009, radicación 05001-23-31-000-2002-01327-01, número interno: 0857-08.

Corolario de lo anterior es que correspondiendo la función de organizar las Contralorías Departamentales a las Asambleas y solo existiendo la excepción del ordinal 10o. de la citada norma constitucional, según la cual tales entes administrativos pueden delegar *pro tempore*, no esta función sino las demás que les están asignadas, exclusivamente en el Gobernador, no cabe argumentar que tal delegación pueda realizarse, también, en el Contralor.

Además, frente a disposiciones con carácter de excepción rige el principio de la interpretación restrictiva y, por lo tanto, no pueden extenderse a casos no contemplados en ellas.

De lo hasta ahora expuesto resulta incuestionable que el artículo 2o. de la Ordenanza demandada, al facultar al Contralor General del Departamento para fijar la estructura orgánica de la Contraloría, la planta de su personal y la "Escala Salarial de Viáticos" y el artículo 3o. que señala el término de las facultades, lo mismo que el artículo 5o. que establece la designación de cuatro diputados para asesorar al Contralor en la implementación de las facultades, infringen en forma por demás ostensible el ordinal 8o. del artículo 187 de la Constitución Política.¹⁷

Adicionalmente, esta Corporación señaló que tales funciones no pueden ser delegadas por las Asambleas departamentales o los Concejos municipales, en los contralores del respectivo ente territorial. Así lo manifestó:

En efecto, las Asambleas departamentales no pueden hacer ninguna delegación en cabeza del Contralor, por no estar autorizadas para ello, como sí lo están con respecto al Gobernador (artículo 300 num. 9, C.P.) y en favor de los Concejos Municipales, por cierto en los casos que señale la ley (artículo 301 *ibidem*). El carácter taxativo de estos eventos excluye a cualquiera otra autoridad administrativa como posible delegataria de las Asambleas)¹⁸.

Así las cosas, la Sala concluye que la Asamblea departamental no podía delegar en el Contralor General del departamento de Magdalena las facultades que le eran inherentes, a efecto de determinar la estructura del ente de control territorial, pues tales facultades tan solo son delegables para

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, consejero ponente Libardo Rodríguez Rodríguez, sentencia del 25 de abril de 1991, radicación número: 1706.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 1996, consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, radicación: 3452.

ante el gobernador del departamento. De manera que se considera acertada la decisión del *a quo* en cuanto inaplicó por inconstitucionales e ilegales las ordenanzas que confirieron tales facultades en cabeza del contralor departamental.

En lo que respecta a los efectos de la declaración de nulidad de actos administrativos de carácter general, esta Corporación ha sostenido que son *ex tunc*, es decir, que se surten desde el momento en que se originó el acto administrativo, así se ha planteado en diversas providencias, las cuales fueron analizadas en reciente pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁹, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme en considerar que la nulidad de los actos administrativos, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, tiene efectos retroactivos.

(...)

Obsérvese que el efecto de la anulación se describe como el regreso de las cosas al estado que tenían antes de la existencia del acto o contrato que se declara nulo, regreso que se hace efectivo, en primer lugar, con la extinción o desaparición del acto y, en segundo lugar, mediante las restituciones mutuas a que haya lugar, con las salvedades previstas en la misma norma.

(...)

De este modo, es claro que las sentencias proferidas en procesos de nulidad simple tienen, por regla general, efectos retroactivos o *ex tunc*; y, entonces, las razones que informan la interpretación jurisprudencial sobre los efectos *ex tunc* de las sentencias que declaran la nulidad de los actos administrativos, pueden resumirse así:

a) Las sentencias que declaran nulos los actos de carácter general tienen efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, porque las causales establecidas en la ley se configuran antes de la expedición del respectivo acto o en ese mismo momento, y porque, con su demostración, se desvirtúa la presunción de legalidad;

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia de 9 de mayo de 2017, consejero ponente: Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2016-00246-00(C).

De tal manera, la sentencia que nos ocupa, al declarar la nulidad de actos de carácter general, surte efectos retroactivos, comoquiera que quedó desvirtuada su legalidad, en tanto y en cuanto, fueron expedidos por autoridad incompetente; además, la legislación no consagra un efecto diferente para la anulación de un acto de tal naturaleza.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²⁰, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

No obstante, como en el caso bajo análisis la parte demandante no intervino en segunda instancia, no procede condenar en costas a la entidad demandada.

Conclusión

Con los anteriores argumentos fuerza concluir que la parte demandante logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados, lo que conlleva confirmar la sentencia recurrida.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confirmar la sentencia proferida el 1º de junio de 2016, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG