

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 068

Santiago de Cali, mayo dos (2) de dos mil veintitrés (2023)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - L
DEMANDANTE: BECQUI PAOLA ORDOÑEZ GARCÍA
DEMANDADO: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC
RADICACIÓN: 76001-33-33-007-2020-00158-00

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a emitir decisión de fondo dentro del medio de control promovido a través de apoderado judicial por **BECQUI PAOLA ORDOÑEZ GARCÍA**, y en contra de la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC**, en ejercicio de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho consagradas en el artículo 138 del CPACA.

II. LA DEMANDA

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA. Que se declare la nulidad de la resolución 0100 No. 0320-0172.

SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la entidad demandada el reintegro de la actora al cargo de jefe de oficina control interno grado 19, o a un cargo igual o de superior categoría y de funciones y requisitos afines para su ejercicio; con retroactividad al 1º de marzo de 2020 cuando fue retirada del servicio.

TERCERA. Que por efecto de las pretensiones precedentes, se condene a la CVC a reconocer y pagar a la demandante todas las sumas de dinero correspondientes a sueldos, primas, prestaciones sociales, vacaciones, beneficios educativos y demás emolumentos dejados de percibir; inherentes al cargo que ocupaba, con efectividad a la fecha de retiro y hasta cuando sea reincorporada al servicio; incluyendo los aumentos que se hubieran decretado con posterioridad a la desvinculación. También, que se ordene a la entidad el reconocimiento y pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones durante el mismo tiempo; y que se disponga que para todos los efectos legales y prestacionales no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

CUARTA. Que se ordene a la demandada realizar los pagos en pesos colombianos debidamente indexados, teniendo de cuenta el IPC.

QUINTA. Que la CVC dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso de conformidad con el artículo 192 del CPACA, y que se condene en costas a la entidad.

2. HECHOS RELEVANTES

2.1. La actora es profesional con título en administración de empresas, especialización en gerencia financiera y magister en administración de empresas; además de numerosos cursos, diplomados y capacitaciones en temas financieros y de administración pública. Cuenta también con experiencia profesional en temas financieros públicos, como haber sido Secretaria de Hacienda Municipal y Asesora SINAP, calidades que demuestran su idoneidad y competencia.

2.2. Previo cumplimiento de los requisitos legales, la demandante fue nombrada en la CVC, a través de la resolución No. 320 0149 de febrero 29 de 2012, para desempeñar el empleo de Jefe de Oficina Control Interno Grado 19 desde el 1º de marzo de 2012, fecha en que tomó posesión, cargo que es de libre nombramiento y remoción.

2.3. La CVC es una entidad pública corporativa del orden nacional que no hace parte de la Rama Ejecutiva, tal como lo decidió la Corte Constitucional en el Auto No. 089A de 2009, con el que unificó el criterio sobre la naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales.

2.4. El empleo de jefe de control interno en las entidades públicas, de acuerdo con el artículo 11 parágrafo 1º de la Ley 87 de 1993, modificado por el artículo 11 Parágrafo I de la Ley 1474 de 2011, exige para su desempeño la formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos de control interno; requisitos que no pueden ser modificados por el jefe de la entidad por virtud de lo dispuesto en el artículo 25 parágrafo 1º del Decreto No. 1785 de 2014. No obstante, el director de la CVC mediante resolución No. 01000-0330-0740 de agosto 9 de 2019 fijó unos requisitos diferentes para el cargo en mención.

2.5. El 28 de febrero de 2020 le fue comunicada a la demandante la declaratoria de insubsistencia en el empleo de Jefe de Oficina Control Interno Grado 19, y en su lugar el director general de la CVC nombró al abogado Andrés Felipe Guevara Alzate, quien no cumple ni con los requisitos del empleo establecidos en la Ley 87 de 1993 modificada por el parágrafo 1º del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, ni tampoco con los consagrados en el manual de funciones contenido en la mencionada resolución No. 01000-0330-0740.

2.6. Al momento de la insubsistencia, la demandante devengaba una asignación básica mensual, con prima técnica, de \$10.472.421.

3. NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se enuncian como normas violadas las siguientes disposiciones:

Artículos 6, 25, 53 y 209 de la Constitución Política.

Artículos 1, 5 y 11 de la Ley 87 de 1993.

Circular externa No. 100-02 de 2011 del DAFP.

Artículos 2 y 44 de la Ley 1437 de 2011.

Artículo 1º y el párrafo 1º del artículo 25 del Decreto 1785 de 2014.

El concepto de la violación se centra en reprochar que el abogado Andrés Felipe Guevara Alzate, a quien se designó en el empleo de libre nombramiento y remoción del que fue desvinculada la actora, no cumple con el requisito de experiencia profesional de 5 años que fija el manual de funciones de la CVC para desempeñarlo, dado que durante los 5 años anteriores a su nombramiento la experiencia que reunió fue como profesional para la instrucción y sustanciación de procesos disciplinarios, que no es una actividad relacionada con el control interno, teniendo que ver este último con los temas definidos por el DAFP en la circular No. 100-02 de agosto 05 de 2011.

Aclara que los temas relativos a la experiencia profesional relacionada en asuntos de control interno fueron llevados recientemente a norma positiva con el Decreto Nacional No. 989, artículo 2.2.21.8.6.; disposición que, si bien no es aplicable directamente a la CVC, sí define cuáles son las áreas en las que se desarrolla el control interno y la experiencia que debe tener el jefe de control interno de cualquier entidad u órgano público.

Que, bajo la noción de experiencia profesional relacionada que trae el Decreto 785 de 2005, como aquella adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio; el abogado Guevara tampoco cumple con la experiencia que exige el cargo, dado que no ha tenido experiencia como empleado público, ni ha desarrollado actividades como las que tiene que cumplir el jefe de control interno de una entidad pública.

Afirma entonces la parte actora que, cuando el nominador retira a un servidor público que cumple con las calidades para desempeñar el empleo y en su lugar nombra a una persona que no tiene las calidades mínimas como en el caso del abogado Andrés Felipe Guevara Alzate, es obvio concluir que no hubo mejoramiento del servicio, y por lo tanto, se desvirtúa la presunción de legalidad de la que goza el acto administrativo de insubsistencia; al paso que se configura la causal de anulación de desviación de poder.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la **Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC** dijo no ser cierto que el nombramiento y posesión de la demandante se hubiere dado conforme a lo establecido en la Ley 87 de 1993 y en el párrafo 1º del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011, y en cuanto a la primera de estas leyes refirió que las corporaciones autónomas regionales no se incluyeron en su ámbito de aplicación. Puso de presente, además, que el párrafo del artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 fue derogado por el Decreto 403 de 2020.

Refirió que, en todo caso, como la CVC no es una entidad que haga parte de la Rama Ejecutiva, no le son aplicables las normas de la Ley 87 de 1993 ni de la Ley 1474 de 2011.

Señaló que no es cierto que el abogado Andrés Felipe Guevara no cumpla con los requisitos fijados en el manual de funciones de la entidad, pues al momento de su posesión contaba con 60 meses de experiencia profesional relacionada.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando para ello las excepciones de fondo que se compendian a continuación.

- Inexistencia de desviación de poder o causal similar manifestada en el concepto de violación: En cuanto a ello, reiteró en síntesis que siendo la CVC una entidad que goza de régimen especial, no le son aplicables las disposiciones de las Leyes 87 de 1993 y 1474 de 2011, así como tampoco las del Decreto 648 de 2017.

- Presunción de legalidad de la resolución 0100 No. 0320-0172 del 28 de febrero de 2020: Señaló que no existe motivo para declarar la nulidad de este acto administrativo, pues de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, los nombramientos de empleados de libre nombramiento y remoción son ordinarios igual que su retiro, por lo que no requieren motivación; siendo cargos que admiten el ejercicio discrecional de la facultad nominadora para conformar equipos de trabajo con personal de confianza, en aras de la optimización en la prestación del servicio público.

- Inexistencia a la obligación de motivar la resolución 0100 No. 0320-0172 del 28 de febrero de 2020: Con esta excepción indica que, ante un cargo de libre nombramiento y remoción, haciendo uso de la facultad discrecional, su mandante removió del cargo a la actora con el fin de conformar su equipo de confianza y manejo.

- Cumplimiento de los requisitos legales para ocupar el cargo: Refiere que, como la CVC no es una entidad que deba dar cumplimiento a lo establecido en las Leyes 87 de 1993 y 1474 de 2011 por no hacer parte de la Rama Ejecutiva; para el nombramiento del abogado Andrés Felipe Guevara se observó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el

manual de funciones de la entidad, encontrándose habilitado para ocupar el empleo de jefe de oficina de control interno al cumplir tales requisitos.

- Cumplimiento de las normas legales para la expedición del acto administrativo demandado: En referencia a esto, hace un recuento normativo en cuanto a la naturaleza jurídica de la CVC como corporación autónoma regional, así como de las disposiciones que rigen para la entidad el empleo público. Reiteró los argumentos planteados en cuanto a la facultad discrecional en referencia a empleos de libre nombramiento y remoción, y señaló, luego de hacer referencia al concepto de desviación de poder, que en este asunto no opera ninguno de los presupuestos de la jurisprudencia del Consejo de Estado para siquiera suponer que el acto acusado está inmerso en alguna de las causales establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

- Cumplimiento a lo establecido en el manual específico de funciones y competencias laborales de la CVC para ocupar el cargo de jefe de oficina de control interno por parte del Dr. Andrés Felipe Guevara Alzate: En este apartado hizo un recuento de los requisitos exigidos por el manual de funciones para el cargo en cuanto a formación y experiencia, para indicar que el abogado Andrés Guevara los cumple.

IV. TRÁMITE DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y surtida la notificación a la parte pasiva, se prescindió¹ de la celebración de la audiencia inicial y se corrió traslado a los extremos procesales para alegar de conclusión con fines de dictar sentencia anticipada, por cuanto las pruebas documentales solicitadas por la parte actora fueron aportadas por la entidad demandada, y no existían otras pruebas por practicar que las allegadas por ambos extremos procesales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. El Despacho no hará referencia al escrito de alegatos² allegado por el abogado Germán David Saldarriaga Aguirre, quien dice acudir en representación de la **CVC**, en razón a que en los poderes³ que allegó para acreditar la calidad de mandatario de la entidad no consta que se hubiere cumplido con la formalidad de hacer presentación personal ante un juez, oficina judicial o ante notario según lo dispuesto en el artículo 74 del C.G.P.; o en defecto de esta formalidad (presentación personal), que el mandato se hubiere conferido por medio de mensaje de datos de conformidad con la posibilidad establecida en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020⁴. Por tanto, no se tendrá a dicho abogado como apoderado del ente demandado.

¹ Con auto visible en el archivo 22 del expediente digital.

² Páginas 1 a 27, archivo 27 del expediente digital.

³ Página 2, archivo 25 del expediente digital y página 28, archivo 27 del expediente digital.

⁴ Vigente al momento en que se presentaron los poderes, dado que la Ley 2213 de 2022 entró en vigencia el 13 de junio de 2022.

5.2. El mandatario de la **parte demandante** plantea en los alegatos que la desviación de poder como causal de anulación es un vicio difícil de probar directamente, por lo que es necesario acudir a pruebas indirectas como los indicios. Insistió entonces en que el abogado Andrés Guevara no cumplió con los requisitos previstos en la ley y en el manual de funciones de la CVC para el desempeño del cargo del que fue desvinculada la actora, reiterando frente a ello lo planteado en la demanda, por lo que estima se incurrió en la referida causal de desviación de poder. En lo demás reprodujo de modo similar los argumentos del concepto de la violación, y anotó que entre el acto de remoción de la actora y el del nombramiento de su reemplazo debió primar el mejoramiento del servicio, pero considera que las pruebas son claras en cuanto a que el retiro de la demandante no se hizo con esa finalidad, aunado a que ponen en evidencia que los motivos que determinaron la expedición de acto acusado no fueron razones del buen servicio, por lo que se incurrió en la desviación de poder.

5.3. El **Ministerio Público** se abstuvo de emitir concepto.

Surtido el trámite de rigor, procede este Juzgador a desatar la controversia planteada en el plenario, previas las siguientes:

VI. CONSIDERACIONES

1. PRESENTACIÓN DEL CASO

Corresponderá al Despacho determinar si el acto administrativo acusado, por medio del cual la CVC declaró insubsistente el nombramiento de la demandante Becqui Paola Ordoñez García en el cargo de jefe de oficina de control interno grado 19, está viciado de nulidad por desviación de poder e infracción de las normas en que debía fundarse. De ser así, habrá de definirse si tiene derecho al reintegro a dicho cargo o a uno igual o de superior categoría con retroactividad al 1 de marzo de 2020, fecha de retiro efectivo del servicio, así como al pago de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. La facultad nominadora en las Corporaciones Autónomas Regionales:

El artículo 150 numeral 7º de la Constitución Política estableció en cabeza del Congreso, como un tema con reserva de ley, la facultad de *“reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía”*.

Bajo esa precisa atribución, el Legislador expidió la Ley 99 de 1993⁵, dedicando el Título VI de ese cuerpo normativo a regular los aspectos básicos del funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales, definiendo la naturaleza jurídica de estas entidades (artículo 23), así como sus órganos de dirección y administración (artículos 24 a 28).

Dentro de tales órganos de dirección y administración, la ley en referencia en su artículo 28 previó la figura del “*Director General*”, quien “*será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva*”. En cuanto a las facultades y funciones, estableció el numeral 8º del artículo 29, la de “*Nombrar y remover el personal de la Corporación*”.

La potestad en cuestión, que comúnmente se conoce como *facultad nominadora*, es entendida como la competencia que se le asigna al jefe de una entidad para producir las decisiones de vinculación o retiro de empleados públicos y trabajadores oficiales⁶. El objeto de esa facultad es el de gerenciar o dirigir el talento humano que se encuentra vinculado a las plantas de empleo de las entidades públicas, que supone que a la autoridad nominadora le asiste competencia para definir cualquier situación administrativa que, en el marco de la relación laboral, pueda suscitarse legalmente con los servidores públicos: ingresos, ascensos, encargos, calificaciones de servicios, retiros, entre otras.

En relación con este último aspecto, son múltiples las disposiciones contenidas en el Decreto compilatorio No. 1083 de 2015, en las cuales, a quien se le llama “nominador”, se le atribuye competencia para definir las distintas situaciones administrativas laborales que se presenten con los servidores públicos.

2.2. La declaratoria de insubsistencia del nombramiento como causal de retiro del servicio

La situación administrativa relacionada con el retiro del servicio de servidores públicos, es una figura que ya en vigencia de la Constitución de 1886 fue objeto de regulación, principalmente, por el Ejecutivo nacional.

Fue así como el Decreto 3074 de 1968, modificado por el Decreto Ley 2400 de 1968, se ocupó de regular lo relativo a los empleos de la Rama Ejecutiva, en torno a su vinculación, clasificación, sanciones disciplinarias, la desvinculación, entre otras; y como causales de “*cesación definitiva de funciones*” se estableció las de: “**a. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.** b. *Por renuncia regularmente aceptada.* c. *Por*

⁵ “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.*”

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda, auto de importancia jurídica de 31 de octubre de 2018, Radicación número: 11001-03-25-000-2016-00718-00(3218-16), Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

*supresión del empleo. d. Por retiro con derecho a jubilación. e. Por invalidez absoluta. f. Por edad. g. Por destitución y h. Por abandono del cargo*⁷.

Luego, se expidió el Decreto 1950 de 1973, a través del cual se reglamentaron los Decretos 3074 y 2400 de 1968 y se dictaron otras disposiciones sobre la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva, y entre ellas se ocupó de lo relativo a la creación, supresión y fusión de empleos; vacancia y entre otras materias. Al igual que las normas anteriores, dispuso como una causal de vacancia definitiva del empleo, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento⁸, la cual reiteró en el artículo 105 numeral 1 como causal de retiro del servicio. Sobre dicha causal, el artículo 107 *ibídem*, dispone:

“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.

“En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña”.

El artículo 109, dispuso que *la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora.*

Posteriormente, en vigencia de la Constitución Política de 1991, la Ley 27 de 1992⁹ consignó algunas normas sobre administración del personal al servicio del Estado, y nuevamente conservó como causal de retiro del servicio la declaratoria de insubsistencia¹⁰. La Ley 443 de 1998, que derogó la previamente mencionada, de igual manera estableció esta causal como cesación definitiva de las funciones en el empleo¹¹.

Finalmente, la Ley 443 de 1998 fue derogada por la Ley 909 de 2004¹², en cuyo artículo 41 esta última señaló como causales de retiro del servicio, entre otras, las siguientes:

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;*
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*

(...)

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.*

⁷ Decreto Ley 2400 de 1968 Art. 25.

⁸ Decreto 1950 de 1973, artículo 22.

⁹ Derogada por la Ley 443 de 1998.

¹⁰ Ley 27 de 1992, artículos 7 y 9.

¹¹ Ley 443 de 1998, artículo 37.

¹² “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". (Negrillas fuera del texto original).

Esta norma fue objeto de compilación en el Decreto 1083 de 2015¹³, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, que estableció como causal del retiro del servicio la *"Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción"*¹⁴. Y más adelante reguló esta causal indicando en el artículo 2.2.11.1.2, modificado por el artículo 2 del Decreto 648 de 2017:

"Artículo 2.2.11.1.2 De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña."

De las disposiciones citadas en precedencia se extrae que las autoridades administrativas con facultad nominadora, pueden proceder a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento ordinario; facultad que en tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción, es pasible de ejercerse en cualquier momento sin necesidad de motivar la decisión en virtud de la facultad discrecional que le asiste al nominador de nombrar y remover libremente sus empleados de confianza.

Se precisa que, de conformidad con el ámbito de aplicación definido en el artículo 2.2.2.1.1¹⁵ del Decreto 1083 de 2015, el citado artículo 2.2.11.1.2 ibídem es aplicable como régimen regulatorio del empleo público en las Corporaciones Autónomas Regionales, en punto concretamente de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de empleos de libre nombramiento y remoción.

2.3. Facultad discrecional de nombramiento y remoción:

De acuerdo con la jurisprudencia, el factor determinante para la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción radica en la confianza y responsabilidad que se exige para el desempeño de las funciones encomendadas; circunstancia que le permite al nominador, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste, disponer libremente para seleccionar y retirar a sus empleados, atendiendo las labores a desarrollar y el grado de confianza que se insta, incluso sin que se haga necesario expresar los motivos para adoptar

¹³ Expedido el 26 de mayo de 2015, misma fecha en la que entró en vigencia.

¹⁴ Decreto 1083 de 2015 Art. 2.2.11.1.1.

¹⁵ ***"Artículo 2.2.2.1.1. Ámbito de aplicación. El presente Título rige para los empleos públicos pertenecientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Entes Universitarios Autónomos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del orden nacional. (...)"*** (Destacado del Despacho)

tal determinación, según se desprende de la normatividad citada en el apartado anterior.

Sobre dicha potestad de la que están investidas las autoridades nominadoras, la jurisprudencia constitucional ha señalado¹⁶:

*“Así entonces, el principio que cobija las relaciones laborales del sistema de carrera es el de estabilidad laboral y, por lo tanto, los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona requieren de motivación. No obstante, y consecuentes con lo mencionado, **la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.**”¹⁷ En consecuencia, aquellas personas que ocupan cargos de carrera tienen una estabilidad mayor que aquellos que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción cuya estabilidad es más “débil” por cuanto pueden ser separados del cargo por la voluntad discrecional del nominador.¹⁸*

Por consiguiente, teniendo como base la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección¹⁹, entre otros²⁰, los cargos de libre nombramiento y remoción no requieren para que el funcionario allí nombrado sea desvinculado de motivación alguna²¹. Al respecto ha señalado esta Corporación:

*“(...)la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de **carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción**, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. (resaltado del original)*

(...)

*Ahora bien, **la discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario** ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, **la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión;**²² así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan²³. La misma jurisprudencia constitucional “(...) indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador”²⁴. Por tal razón, la finalidad que se busca con dicha permisión de remover libremente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción no es otra que garantizar la confianza, la confidencialidad, la seguridad, el conocimiento personal, la función de dirección,*

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia SU-448 de 2011.

¹⁷ Sentencia T- 494 de 2010.

¹⁸ Sentencia T-800 de 1998

¹⁹ Sentencia C-838 de 2003 . “(...) Dada la naturaleza de las funciones que corresponde a los empleados públicos del nivel directivo, son de libre nombramiento y remoción. El alto grado de confianza que el desempeño de tales cargos exige, ha sido criterio de orden legal para el efecto. Además, ha de tenerse en cuenta que a ellos les corresponde el ejercicio de funciones de dirección general, lo que implica participar en el diseño y la formulación de las políticas institucionales de la entidad pública donde prestan sus servicios, así como las altas decisiones en relación con los planes, programas y proyectos en el ámbito de su competencia. Es decir, quienes ocupan un cargo de nivel directivo, son empleados diferentes de quienes los asesoran, o de los encargados de la ejecución de lo que aquellos resuelven. No se trata de empleos simplemente de carácter administrativo sino que, por la muy elevada posición en que se encuentran, de ellos depende no solamente la política institucional sino, en gran medida, su labor determina planes y programas de trascendencia económica, política y social, circunstancia esta que los diferencia por completo de los demás empleados de las entidades respectivas.”

²⁰ Sentencia C-368 de 1999

²¹ Ibídem.

²² Sentencia C-734 de 2000

²³ Ibídem.

²⁴ Ibídem.

entre otros objetivos, que supone el ejercicio de un cargo de este tipo consagrado expresamente en la Constitución.²⁵” (Resaltado del despacho).

Por su parte, el Consejo de Estado²⁶ ha precisado que la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción, si bien no requiere de motivación, debe ser ejercida dentro de los parámetros de racionalidad y proporcionalidad, al paso que debe existir una norma de rango constitucional o legal que la establezca expresamente, y su ejercicio debe ser adecuado a los fines que la norma autoriza, de modo que la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de fundamento.

Expresamente, la alta Corporación²⁷ ha precisado:

*“A su vez, los cargos públicos de **libre nombramiento y remoción**, presentan una situación distinta a los de carrera, pues **para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus empleos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder**, puesto que el ejercicio de tal atribución se **presume que obedece a razones inspiradas en el buen servicio**. En este caso, el nominador tiene libertad para designar a personas que considere idóneas para ciertas funciones, si advierte que no lo son, tiene la posibilidad de reemplazarlos con la finalidad de cumplir con los fines de la entidad de acuerdo con los principios de la función pública, en los términos del artículo 209 de la Constitución Política.*

(...)

Como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia²⁸ y conforme se analizó en precedencia, los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el literal a) y el inciso segundo del párrafo dos del artículo 41²⁹ de la Ley 909 de 2004, contemplan la facultad discrecional de remover a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

*Aunque de acuerdo con la norma, **la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación**, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.*

²⁵ Art. 125 constitucional.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16), Sentencia del 8 de marzo de 2018.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06576-01(0934-17).

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de febrero de 2016, número interno 3685-2013.

²⁹ «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.».

*En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indica que **la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad**, en tal sentido, ha identificado³⁰ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) **debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente**, b) **su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza**, y c) **la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa**.*

*Asimismo, la Subsección ha sostenido³¹ que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que **el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio**.*

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza, y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa. Lo anterior presume que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».”

En síntesis, se tiene que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y se ejercen en virtud de la facultad discrecional del nominador; sin embargo, dicha discrecionalidad no es absoluta ni puede traducirse en arbitrariedad, pues su ejercicio se encuentra limitado por la racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, además de estar amparado por una presunción legal en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos y en aras del mejoramiento del servicio, y no a motivos caprichosos que vulneren los derechos de la persona afectada so pena de que se incurriera en desviación del poder.

Dicha presunción es susceptible de ser desvirtuada con el único objetivo de demostrar que, el motivo determinante para la desvinculación, fueron razones diferentes al buen servicio público y al interés general.

3. CASO CONCRETO

En el asunto bajo estudio, está demostrado que la demandante Becqui Paola Ordoñez García fue designada con nombramiento ordinario³² en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de la CVC mediante resolución 0100 No. 320 0149 de febrero 29 de 2012³³, expedida por la Directora General de la entidad; tomando posesión de dicho empleo el 1º de marzo de 2012, según acta³⁴ de la misma fecha.

³⁰ Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Referencia: expediente T-3.215.182.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 15 de febrero de 2018, Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16).

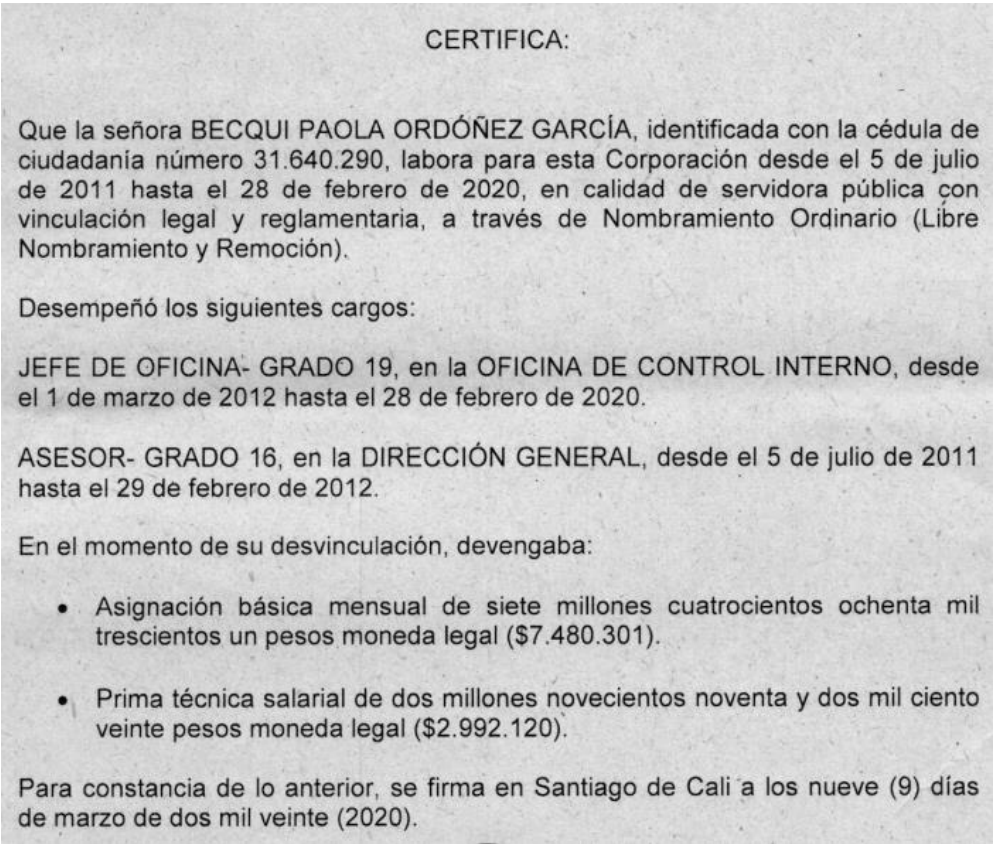
³² De conformidad con el inciso 2º del artículo 23 de la Ley 909 de 2004 “*Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por **nombramiento ordinario**, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.*”

³³ Página 21, archivo 01 del expediente digital.

³⁴ Página 22, archivo 01 del expediente digital.

A través de la aquí demandada resolución 0100 No. 0320-0172 de 28 de febrero de 2020³⁵, el Director General de la CVC declaró insubsistente el nombramiento ordinario en el empleo que fue designada la actora con el acto anteriormente mencionado; decisión desvinculatoria que le fue comunicada mediante memorando de la misma fecha³⁶.

Las vinculaciones que sostuvo la actora con la CVC se hicieron constar en certificación de 9 de marzo de 2020³⁷ extendida por el Director Administrativo y Talento Humano de la entidad:



De otro lado, está acreditado que en el último cargo en el que prestó servicios la demandante como empleada de libre nombramiento y remoción y del cual fue desvinculada con el acto acusado, fue designado Andrés Felipe Guevara Alzate por medio de resolución 0100 No. 0320-0187 de marzo 2 de 2020³⁸, quien tomó posesión con acta³⁹ de la misma fecha del nombramiento.

En tal virtud, se encuentra acreditado entonces no solo que la actora fue desvinculada del empleo de Jefe de Oficina de Control Interno de la CVC, siendo éste un cargo de libre nombramiento y remoción, sino también que en su lugar fue nombrada la persona previamente mencionada, de quien dijo el acto de nombramiento que *“reúne los requisitos del*

³⁵ Página 19, archivo 01 del expediente digital

³⁶ Página 20, archivo 01 del expediente digital.

³⁷ Página 29, archivo 01 del expediente digital.

³⁸ Página 140, archivo 13 del expediente digital.

³⁹ Página 142, archivo 13 del expediente digital.

Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la CVC, para desempeñar dicho empleo.”

Pues bien, en caso presente la parte actora discute que el acto acusado está viciado de nulidad, por un lado, en razón a que no se mejoró el servicio con la desvinculación de la demandante y el posterior nombramiento del abogado Andrés Guevara en el mismo empleo, y de otra parte que, a causa de ello, se configura además el vicio de ilegalidad de desviación de poder; edificándose ambas censuras sobre un único supuesto fáctico: que el abogado Andrés Guevara no reunía el requisito de experiencia para el ejercicio del empleo de libre nombramiento y remoción de Jefe de la Oficina de Control Interno de la CVC.

En relación con lo anterior, aduce la parte actora, en concreto, que el requisito de experiencia profesional de 5 años que fija el manual de funciones de la CVC para desempeñar el referido empleo no fue cumplido por quien sucedió a la demandante en el mismo, dado que durante los 5 años anteriores al nombramiento, la experiencia que reunió Andrés Guevara fue como profesional para la instrucción y sustanciación de procesos disciplinarios, sin que sea ésta una actividad relacionada con el control interno.

Una primera consideración que se torna importante, para estudiar el supuesto sobre el cual erige el extremo activo las censuras de ilegalidad del acto demandado, gira en torno a cuál debe ser la fuente de derecho que, en punto a la verificación de los requisitos para el ejercicio del empleo de jefe de control interno, debe observarse.

Ello, considerando que con la demanda se hace referencia a que tales requisitos son los que establece el parágrafo 1º del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, modificado por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011⁴⁰, mientras que la entidad demandada sostiene en la contestación que los requisitos del empleo son los que establece el manual de funciones adoptado en la CVC para el cargo a través de la resolución 0100 No. 0330-0740 de agosto 9 de 2019⁴¹, dado que la Ley 87 de 1993 no le resulta aplicable por razón de su naturaleza jurídica especial, que la excluye de conformar la Rama Ejecutiva.

Al respecto, estima el Juzgado que los requisitos para el empleo en referencia deben verificarse de conformidad con el manual de funciones interno de la entidad, por tres motivos.

En primera medida, si bien en principio podría afirmarse que los requisitos a los que alude el parágrafo 1º del artículo 11 de la Ley 87 de 1993 son los de una norma especial, en tanto están contenidos en un cuerpo legislativo que regula el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado, lo cierto es que la especialidad de las disposiciones allí contenidas puede predicarse respecto del ámbito concreto de la regulación del sistema de

⁴⁰ La disposición prevé que *“Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.”*

⁴¹ Páginas 144 a 145, archivo 13 del expediente digital.

control interno, sus características, objetivos y finalidad; no así en cuanto a aspectos de la función pública.

En segundo lugar, concordante con lo anterior, el Decreto 1785 de 2014 que reguló lo atinente a funciones y requisitos de los empleos público del orden nacional, incluidos según su artículo 1⁴² los que pertenecen a las plantas de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y que fue compilado en el Decreto 1083 de 2015; era la norma regulatoria realmente especial de la función pública en el momento de expedición del acto acusado⁴³ en cuanto a las materias indicadas (funciones y requisitos de empleos), advirtiendo el Despacho que, en efecto, para los empleos del nivel directivo con grado salarial 19, como lo es el empleo que desempeñaba la actora, el Decreto 1785 de 2014 fijó iguales requisitos a los que están previstos en el Manual Específico de Funciones de la CVC, esto es “*Título profesional, título de posgrado en la modalidad de especialización y sesenta (60) meses de experiencia profesional relacionada*”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 del primero de tales decretos, compilado en el artículo 2.2.2.4.2 del segundo.

Como tercer motivo para tener como referencia el manual específico de funciones en cuanto a lo que se plantea en la demanda como motivo fáctico de ilegalidad, se destaca que en el plenario no está acreditado que la resolución 0100 No. 0330-0740 de agosto 9 de 2019, contentiva del manual específico de funciones de la CVC, sea un acto administrativo que haya perdido vigencia para el momento en que ocurrió el nombramiento del abogado Andrés Guevara, o que el mismo haya sido expulsado del ordenamiento jurídico por decisión judicial.

Aunado a todo lo anterior, dirá el Despacho que si bien el párrafo 1º del artículo 11 de la Ley 87 de 1993 alude a que la experiencia debe acreditarse “*en asuntos del control interno*”, el hecho de que el manual de funciones de la CVC exprese que la experiencia que se exige para el desempeño del empleo de jefe de la oficina de control interno debe ser “*experiencia profesional relacionada*”, no quiere decir esta última expresión que la experiencia para el desempeño del empleo pueda validarse en asuntos distintos al ejercicio del control interno; aspecto que será objeto de análisis posteriormente.

Por tanto, la única diferencia significativa que advierte esta agencia judicial entre una y otra norma⁴⁴ es el tiempo de experiencia profesional que se exige para el desempeño del empleo, que dicho sea de paso, resultaría más riguroso el examen del cumplimiento de los requisitos por parte del abogado Andrés Guevara con fundamento en el manual específico de funciones de la CVC, por exigir un tiempo mayor.

⁴² “**Artículo 1º. Ámbito de aplicación.** El presente decreto rige para los empleos públicos pertenecientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Entes Universitarios Autónomos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta sometidas al régimen de dichas empresas, del Orden Nacional.” (Subrayado del Despacho)

⁴³ Actualmente rige en estas materias el Decreto 989 de 2020 que entró en vigencia el 9 de junio de 2020.

⁴⁴ Ley 87 de 1993 y resolución 0100 No. 0330-0740 de agosto 9 de 2019.

Zanjado el aspecto precedente, se abordará el tema relativo a los requisitos presuntamente no cumplidos por parte de Andrés Guevara quien fue designado en el empleo del cual el director de la CVC desvinculó a la actora, en concreto el de la experiencia, que según en manual de funciones contenido en la resolución 0100 No. 0330-0740 de agosto 9 de 2019, era el siguiente⁴⁵:

VII. REQUISITOS DE FORMACIÓN ACADÉMICA Y EXPERIENCIA	
FORMACIÓN ACADÉMICA	EXPERIENCIA
Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Contaduría Pública, Economía, Administración Derecho y afines, Ingeniería Civil, Ingeniería Agrícola, Forestal y afines, Ingeniería Agroindustrial, Alimentos y afines, Ingeniería Industrial y afines, Ingeniería Ambiental, Sanitaria y afines.	Sesenta (60) meses de experiencia profesional relacionada.
Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas.	

Se aclara que, si bien no fue cuestionado por la parte actora el cumplimiento de los requisitos de formación académica que se observan en precedencia, en todo caso se verifica que Andrés Guevara Alzate los cumplía según copia de los diplomas⁴⁶ de pregrado y posgrado arrimados al expediente.

Ahora bien, en lo que atañe al requisito de experiencia, que se exigía en un mínimo de 60 meses de experiencia profesional relacionada, se hace necesario acudir a los conceptos que define el artículo 2.2.2.3.7 del Decreto 1083 de 2015, aplicable al caso por virtud de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 2.2.2.1.1 ibídem, en cuanto a experiencia profesional y experiencia relacionada:

“Artículo 2.2.2.3.7. Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del pénsum académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo.

En el caso de las disciplinas académicas o profesiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Salud, la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.

La experiencia adquirida con posterioridad a la terminación de estudios en las modalidades de formación técnica profesional o tecnológica, no se considerará experiencia profesional.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer. (...)”

⁴⁵ Página 149, archivo 13 del expediente electrónico.
⁴⁶ Páginas 46 y 56, archivo 13 del expediente electrónico.

Pues bien, el extremo activo discute en el libelo introductorio, respecto del abogado Andrés Guevara, quien fue nombrado en el empleo de Jefe de Oficina de Control Interno del que fue desvinculada la actora, que *“su experiencia profesional durante los cinco (5) años anteriores fueron como profesional para la instrucción y sustanciación de procesos disciplinarios, actividad que no tiene nada que ver con el Control Interno”*⁴⁷

En cuanto a ello, y bajo la definición del concepto de experiencia relacionada que trae el citado artículo 2.2.2.3.7 del Decreto 1083 de 2015, se entiende entonces que la experiencia que debía verificar la CVC para el momento del nombramiento del referido abogado, reclamaba de la acreditación del ejercicio de empleos o actividades con funciones similares a las previstas para el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno grado 19.

Ello supondría entonces un análisis de la experiencia exigida, desde la óptica del desempeño de funciones análogas o semejantes a las previstas para el empleo, y en punto a ello, considera el Despacho que inicialmente el parámetro de comparación objetivo serían aquellas funciones definidas en el manual interno de la entidad para el cargo⁴⁸:

IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES
1. Administrar, dirigir, controlar y evaluar el desarrollo de los programas, proyectos y las actividades de la dependencia y del personal a su cargo.
2. Asesorar y fomentar el desarrollo del sistema de control interno de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Orientar a la entidad hacia la efectividad de los controles, de acuerdo con las metas y objetivos.
4. Auditar los procesos y proyectos institucionales, de acuerdo con el programa anual de auditorías y las normas generalmente aceptadas.
5. Examinar la efectividad de la gestión del riesgo de acuerdo con las metodologías establecidas.
6. Gestionar los informes requeridos de acuerdo con la normatividad vigente.
7. Cumplir con los requerimientos de las entidades externas, de acuerdo con los parámetros y la normatividad vigente.
8. Facilitar el flujo de información de acuerdo con las necesidades y requerimientos del Nominador y la Alta Dirección.
9. Proporcionar recomendaciones estratégicas al Nominador y la Alta Dirección, de acuerdo con los resultados de los seguimientos a los diferentes procesos.

Sin embargo, estima el Despacho que tomar como base esas funciones supone dos dificultades.

⁴⁷ Página 9, archivo 01 del expediente digital.
⁴⁸ Página 48, archivo 13 del expediente digital.

La primera, que las funciones descritas en el manual específico de la CVC, para el empleo de Jefe de Oficina de Control Interno, no son suficientemente específicas, como lo reclama el literal a) del artículo 19 de la Ley 909 de 2004:

“Artículo 19. El empleo público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; (...)”

Se destaca que, la especificidad en la descripción de las funciones del empleo, como descripción del contenido funcional, era un imperativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.2.6 del Decreto 1083 de 2015.

En segundo lugar, una lectura de la descripción de las funciones esenciales enlistadas en el manual específico de funciones de la CVC para el conocido cargo, orienta su atención a identificar esas funciones esenciales más con aquellas que para el nivel jerárquico profesional describe el artículo 2.2.2.2.3 del Decreto 1083 de 2015, que las previstas en ese mismo cuerpo normativo para empleos del nivel directivo en el artículo 2.2.2.2.1; a pesar de que ciertamente la Ley 909 de 2004 en su artículo 5º define que el empleo de jefe de control interno es de dirección y de libre nombramiento y remoción, y el mismo manual de funciones de la CVC lo identifica como un cargo del nivel directivo.

Así las cosas, la ausencia de prueba en este proceso sobre la descripción del contenido funcional específico para el empleo de Jefe de Oficina de Control Interno grado 19, aunado a su incoherente identificación de funciones esenciales en el manual de funciones con aquellas que define el ordenamiento jurídico para el nivel profesional, dificulta entonces para el Despacho acudir justamente al manual específico de funciones del empleo, en tanto no es tan detallado como debiera.

Dicho de otro modo, el manual específico de funciones del empleo adoptado en la CVC, no es lo suficientemente concreto para verificar, desde el ámbito del desempeño material de las actividades asociadas al cargo, las que bajo criterios de similitud habrían de verificarse de acuerdo con el concepto de “experiencia relacionada” definido en el ya citado artículo 2.2.2.3.7.

Sin embargo, el artículo 12 de la Ley 87 de 1993 contiene una descripción de funciones suficientemente específica que por ley deben cumplir quienes tengan a cargo la dirección del control interno en las entidades del Estado; disposición que es del siguiente tenor literal:

“ARTICULO 12. Funciones de los auditores internos. Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno o similar las siguientes:

- a) Planear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del Sistema de Control Interno;
- b) Verificar que el Sistema de Control Interno esté formalmente establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y, en particular, de aquellos que tengan responsabilidad de mando;
- c) Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función;
- d) Verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización, estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad;
- e) Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios;
- f) Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones, a fin que se obtengan los resultados esperados;
- g) Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios;
- h) Fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional;
- i) Evaluar y verificar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana, que en desarrollo del mandato constitucional y legal, diseñe la entidad correspondiente;
- j) Mantener permanentemente informados a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento,
- k) Verificar que se implanten las medidas respectivas recomendadas;
- l) Las demás que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con el carácter de sus funciones.

PARÁGRAFO. En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones.”

Partiendo entonces de las funciones enlistadas en la disposición legal previamente transcrita, considera el Despacho que tiene asidero la afirmación que efectúa la parte actora, en cuanto a que el abogado Andrés Guevara no reunía el requisito de experiencia que el manual de funciones y el mismo Decreto 1083 de 2015 prevé para un cargo del nivel directivo con grado salarial 19, dado que su experiencia no estaba relacionada con funciones similares a las del empleo, según los documentos cuyo análisis se abordará a continuación.

Partirá primero esta agencia judicial señalando que la certificación extendida por la sociedad Abka Colombia S.A.S. de 10 de enero de 2020⁴⁹, no contiene descripción de las actividades que bajo contrato de prestación de servicios sostuvo Andrés Guevara como asesor jurídico entre el 1º de diciembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2015; luego el periodo de experiencia allí certificado no resulta útil para comprobar el requisito que echó de menos la parte actora.

Igual consideración cabe en cuanto a la experiencia que, en virtud del nombramiento en el empleo de asesor grado 08 efectuado por el director de la CVC con resolución 0100 No. 0320-0031 de enero 9 de 2020⁵⁰, pretende acreditar la entidad entre la posesión de Andrés Guevara en el cargo en enero 13 de 2020⁵¹ y la aceptación de la renuncia de febrero 28 de 2020⁵²; dado que tampoco hay evidencia de las funciones que desempeñó por ese corto lapso.

Por lo anterior, la atención del Despacho debe centrarse entonces en los contratos de prestación de servicios que sostuvo el abogado Guevara con la CVC entre 2014 y 2019, cuyas actividades según se indica en la demanda no tienen relación con el control interno.

Tales contratos, de acuerdo con las certificaciones⁵³ allegadas por la entidad demandada con la contestación, dan cuenta de una prestación de servicios de 67 meses y 27 días en total, producto de la sumatoria de los siguientes periodos:

- 23 de enero a 31 de diciembre de 2014, por 11 meses y 9 días.
- 10 de febrero a 31 de diciembre de 2015, por 10 meses y 19 días.
- 28 de enero a 31 de diciembre de 2016, por 11 meses y 4 días.
- 17 de enero a 31 de diciembre de 2017, por 11 meses y 15 días.
- 12 de enero a 31 de diciembre de 2018, por 11 meses y 20 días.
- 11 de enero a 30 de diciembre de 2019, por 11 meses y 20 días.

De acuerdo con tales certificaciones, cuyo contenido en cuanto al objeto de los contratos y las actividades se corrobora con la minuta de aquellos celebrados entre 2017 y 2019⁵⁴, al abogado Guevara le asistía como obligación contractual prestar sus servicios en la oficina de control interno disciplinario de la CVC, desarrollando la labor puntual de intervenir como sustanciador de decisiones en procesos disciplinarios regidos por la Ley 734 de 2002, así como también labores que reclaman ese tipo de procesos en cuanto al recaudo, práctica y análisis de pruebas; y otras actividades relacionadas con apoyo a la jefatura de dicha dependencia y con presentación de informes. En cuanto a ello, se inserta a continuación el

⁴⁹ Página 72, archivo 13 del expediente digital.

⁵⁰ Página 24, archivo 13 del expediente digital.

⁵¹ Página 74, archivo 13 del expediente digital.

⁵² Página 134, archivo 13 del expediente digital.

⁵³ Páginas 64 a 70, 110 a 120 y 122 a 130, archivo 13 del expediente digital.

⁵⁴ Páginas 34 a 54, archivo 01 del expediente digital.

apartado de la minuta del contrato CVC No. 0014 de enero 16 de 2017⁵⁵, relativo a las obligaciones del contratista:

OBLIGACIONES: 1. Instruir los asuntos que le sean asignados para tal efecto, proyectando para la firma de la jefatura las actuaciones que en derecho correspondan, de conformidad con lo establecido por la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), 2. Realizar los trámites pertinentes para ejercer el control de los expedientes que obran en la Oficina, propendiendo por identificar el estado de cada uno de ellos y el nombre del abogado a cargo. 3. Sustanciar los expedientes que le sean asignados, elaborando los oficios, memos, solicitudes, y en general adelantando las diligencias necesarias para acopiar OPORTUNAMENTE las pruebas requeridas para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación. 4. Adelantar las diligencias de ampliación y ratificación de queja o informe; declaración bajo la gravedad del juramento; versión libre; visita a cualquier dependencia de la Corporación o lugar según la necesidad dentro del área de jurisdicción de la CVC; inspección ocular a las carpetas relacionadas con el objeto de la actuación, cuando así se ordene dentro de la misma. 5. Apoyar a la Jefatura en el diseño e implementación del programa de capacitación en temas preventivos en la gestión pública, dirigidas a servidores de la Corporación, de acuerdo con los objetivos y planes institucionales. 6. Adelantar con la jefatura las acciones contractuales que se puedan presentar en la Oficina de Control Interno Disciplinario. 7. Acatar en cada memo u oficio elaborado, las normas de calidad que imperan en la Corporación. 8. Acudir de manera oportuna a las reuniones que se realicen en la Oficina para tratar asuntos relacionados con los trámites disciplinarios y los restantes que sean competencia de esta Dependencia. 9. Presentar OPORTUNAMENTE los informes mensuales de actividades, de conformidad con la normatividad legal, acreditando el pago de la Seguridad Social, y garantizando la instrucción y/o sustanciación de al menos dos (2) expedientes diarios. 10. Reportar POR ESCRITO y debidamente discriminados, a más tardar el cinco (5) de cada mes, el número de declaraciones, ampliaciones y ratificaciones de informe o queja; versiones libres; inspecciones que hayan practicado durante cada período mensual CALENDARIO (1º al 28, 30 ó 31 de cada mes). 11. Identificar las situaciones que originan las diferentes faltas disciplinarias y colaborar en la formulación de acciones preventivas para disminuir su ocurrencia.

En todo caso, de conformidad con las certificaciones a las que ya se aludió, las obligaciones del abogado Guevara en todos los contratos suscritos entre 2014 y 2019, estuvieron relacionadas con las descritas en el extracto del contrato de 2017 previamente insertado.

Así pues, de un análisis a las actividades a las que estaba obligado el contratista, para el Juzgado es evidente que, mientras que las funciones descritas en el artículo 12 de la Ley 87 de 1993 están orientadas en su mayoría a la planeación, dirección, organización, verificación y evaluación de procesos y actividades de la respectiva entidad como una materialización de los objetivos del control interno⁵⁶; las obligaciones que emanan de los contratos de prestación de servicios ya analizados, en los cuales se apoya la experiencia profesional del abogado Andrés Guevara, consisten concretamente en actividades de análisis jurídico y aplicación del procedimientos en punto a la investigación y decisión de conductas configurativas de faltas disciplinarias.

En tal virtud, esa experiencia profesional que, con base en los contratos analizados, se verifica respecto del abogado Guevara para el desempeño del cargo de Jefe de Oficina de Control Interno de la CVC, no es posible considerarla como experiencia en actividades con funciones similares a las que legalmente estaban previstas para el empleo; pues las que desarrolló como contratista de la entidad y que, si se quiere pueden ser asimilables a aquellas que se le asignan a un empleado público del nivel profesional, en todo caso distan

⁵⁵ Página 34, archivo 01 del expediente digital.

⁵⁶ El Decreto 1083 de 2015 alude a ello en los siguientes términos: "**Artículo 2.2.21.3.2. Elementos del Sistema Institucional de Control Interno.** Los elementos mínimos del Sistema de Control Interno mencionados en la Ley 87 del 27 de noviembre de 1993 y demás normatividad relacionada, conforman cinco grupos que se interrelacionan y que constituyen los procesos fundamentales de la administración: Dirección, Planeación, Organización, Ejecución, Seguimiento y Control (Evaluación).

Los responsables de fortalecer la interrelación y funcionamiento armónico de los elementos que conforman estos cinco grupos son los servidores públicos en cumplimiento de las funciones asignadas en la normatividad vigente, de acuerdo con el área o dependencia de la cual hacen parte."

de la naturaleza de aquellas que, como funcionarios del nivel directivo, les competen a los jefes de oficina de control interno.

Sin embargo, la anterior circunstancia que estriba entonces en que el abogado Andrés Guevara fue designado sin el cumplimiento de requisitos en el empleo del cual fue desvinculada la actora, no conlleva por sí solo a la estructuración de un vicio de ilegalidad del acto administrativo de insubsistencia.

En ese sentido, si bien de la lectura de las providencias del Consejo de Estado que trajo en cita la parte actora en los alegatos de conclusión, se desprende que el solo incumplimiento de los requisitos del ejercicio del empleo por parte de quien sucede al funcionario desvinculado desvirtúa las razones del buen servicio que se presumen en la decisión discrecional de insubsistencia, en pronunciamiento más reciente ha indicado la Corporación que esa circunstancia no es suficiente para derivar ilegalidad del acto administrativo:

"No debe olvidarse que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es un acto administrativo independiente y autónomo que se presume expedido por razones del servicio y, como tal, goza de presunción de legalidad. Para destruir esa presunción no basta demostrar que la persona nombrada para ocupar el cargo en reemplazo del empleado cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, no reúne los requisitos exigidos para su desempeño. Tal hecho constituye un indicio que, aunado a otras pruebas que demuestren que en verdad el servicio sufrió desmejora, permite afirmar que el acto se expidió con desvío de poder.

(...)

Así las cosas, no encuentra la Sala demostrado el cargo de desvío de poder que le endilga el demandante al acto acusado, estructurado en la falta de requisitos de la persona designada en su reemplazo, por lo que la legalidad del acto se mantiene incólume.⁵⁷
(Subrayas del Despacho)

Pues bien, en el presente asunto, si bien el incumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo por parte del abogado Andrés pueden edificar un indicio que apunta a cuestionar la legalidad del acto de insubsistencia aquí objeto de la demanda, el Despacho considera que no existen elementos adicionales para otorgar fuerza de carácter probatorio a ese indicio, de cara a los dos reproches de ilegalidad que prodiga el extremo activo en la demanda.

Al respecto y en cuanto a que el acto demandado no atendió a razones del buen servicio, lo que en últimas configuraría la violación del artículo 209 de la Constitución Política que erige el interés general y la consecución de los fines del Estado como prerrogativas de la función pública; estima el Despacho que no se cuenta con elementos de prueba que conduzcan a concluir que, objetivamente, el nombramiento del abogado Andrés Guevara en el empleo en el que sucedió a la actora como Jefe de la Oficina de Control Interno, hubiere desmejorado el servicio.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de octubre 4 de 2018, radicación número: 25000-23-25-000-2012-01231-01(2497-13), Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS.

En ese sentido, los fines del Estado que se materializan en la prestación del servicio público, son objeto de mediciones objetivas como elementos justamente del control interno en sus componentes de seguimiento y control⁵⁸, de modo que, la desmejora del servicio producto de la designación de un nuevo empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser un aspecto de prueba para concluir que en efecto ello ocurrió, y no que se está prodigando una desmejora del servicio sobre la base de suposiciones inciertas.

Por tanto, el hecho de que el funcionario que discute la ilegalidad del acto desvinculatorio reúna mayores calidades académica y experiencia que aquel que es designado en el empleo, no puede objetivamente suponer una desmejora del servicio; de allí que, si bien en este asunto se torna evidente que la actora reunía mayor cualificación académica que el abogado Guevara por haber obtenido título de maestría en administración de empresas⁵⁹, esa circunstancia solo permitiría suponer, en el campo de las hipótesis, que desvincularla del servicio e incorporar en el mismo alguien con menor calificación académica desmejoraría la prestación del servicio.

De otro lado, en lo atinente al vicio de ilegalidad del acto acusado y que se enrostra por presunta desviación de poder, se advierte que la parte actora ningún supuesto fáctico concreto discute en la demanda, en el sentido de que el funcionario que decidió la insubsistencia de la demandante estuviera persiguiendo un motivo diferente al buen servicio, o que estuviera apremiando fines diferentes que no atendieran a procurar la satisfacción del interés general como cometido estatal.

En cuanto a la configuración de la desviación de poder, ha señalado el Tribunal supremo de esta jurisdicción:

“Para el caso presente, el hecho presumido es que la motivación de la insubsistencia, se orientó por razones del buen servicio y debe el demandante -que considere que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso, con suficiencia, que la verdadera motivación del acto discrecional obedeció a razones ajenas y diferentes al buen servicio, que por ser tales, constituyen una desviación del poder que la ley otorga al funcionario nominador.

Ahora bien, para que la desviación del poder pueda entenderse acreditada como vicio del acto de insubsistencia discrecional, tratándose de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, debe soportarse en pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio; o de que el cambio de empleado generó o generará -con certeza-, una desmejora del servicio público. Solo así se puede aceptar – causal o consecencialmente-, que ocurrió una desviación del poder del nominador (...)”⁶⁰
(Subrayas del Despacho)

Por tanto, si el incumplimiento de los requisitos para el desempeño del cargo por parte de Andrés Guevara no desvirtúa las razones del buen servicio que se presumen respecto de la decisión de insubsistencia de la actora, mucho menos podría afirmarse que ello

⁵⁸ Cnf. nota al pie número 56.

⁵⁹ Página 25, archivo 01 del expediente digital.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, expediente 2199-02, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

estructura el vicio de desviación de poder, si se tiene en cuenta que para que este último se configura es necesaria una prueba que otorgue certeza de que la desvinculación del empleado de libre nombramiento y remoción desmejora el servicio como consecuencia de una intención subrepticia del nominador.

Pero lo cierto, se repite, es que en este asunto ninguna hipótesis brindó la parte demandante en orden a señalar cuál pudo ser ese propósito desviado del buen servicio que podía perseguir el nominador en el asunto bajo estudio al momento de desvincular a la actora y nombrar en su lugar al abogado Andrés Guevara.

En un asunto de contornos fácticos similares al presente, en el que no hubo señalamiento puntual de la parte demandante, orientado a estructurar el vicio del acto de insubsistencia por desviación de poder, indicó el Consejo de Estado:

“En relación con los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación en lo referente a la causal de nulidad por el vicio de desviación de poder, es preciso poner de presente, de entrada, que la parte demandante no presentó un solo argumento de cuál fue la motivación perseguida a través de la expedición del Acuerdo 1 del 13 de enero de 2012 diferente al mejoramiento del servicio.

Al respecto, más allá de las pruebas documentales enlistadas y del interrogatorio de parte que rindió, en el que no expuso siquiera una tesis sobre la motivación real perseguida con el nombramiento del señor Alberto José Cobo Lora, no existe ninguna prueba que dé cuenta de una intención diferente al mejoramiento del servicio con la desvinculación de la señora Mendoza Marmolejo y la designación de su reemplazo.⁶¹”

Corolario de lo anterior, en ausencia de prueba que ratifique ese indicio que podría surgir a partir del incumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo por parte de quien sucedió a la actora, aunado a que el extremo activo no planteó una tesis que desdibuje la intención de nominador con el nombramiento del abogado Andrés Guevara; concluye el Despacho que no se probaron los vicios de ilegalidad que se endilgaron en la demanda frente al acto acusado.

Precisa por último anotar esta agencia judicial que, si bien es evidente que el incumplimiento de lo requisitos previstos en el manual de funciones por parte de quien sucedió a la demandante en el cargo podría viciar de nulidad aquel acto de nombramiento, que dicho sea de paso fue un acto distinto e independiente al aquí acusado de ilegal; lo cierto es que no se acreditan los motivos desviados que enuncia la parte actora subyacen a la decisión de insubsistencia, adoleciendo además de una hipótesis concreta en cuanto a tal desviación.

Por lo expuesto, al no desvirtuarse la presunción de legalidad que cobija al acto enjuiciado, las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

4. CONDENA EN COSTAS

⁶¹ Consejo de Estado, sentencia de 2 de febrero de 2023, EXP. 76001233300020120004601 (2216-2015).

El Consejo de Estado⁶² respecto de la condena en costas que incluye las agencias en derecho 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.

En el caso presente, advierte el Despacho que en el expediente no aparecen causadas erogaciones efectuadas por la entidad demandada, luego esta agencia judicial se abstendrá de condenar en costas al extremo activo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas.

TERCERO: NO TENER al abogado Germán Saldarriaga Aguirre, portador de la T.P. No. 239.505 del C. S. de la J., como apoderado de la entidad demandada, de acuerdo con lo expresado en la parte considerativa de esta providencia.

NO TENER a la abogada Johanna Caicedo Ortega, portadora de la T.P. No. 147.589 del C. S. de la J., como apoderada de la CVC, en razón a que en el poder⁶³ que allegó para acreditar la calidad de mandataria de la entidad no consta que se hubiere cumplido con la formalidad de hacer presentación personal ante un juez, oficina judicial o ante notario según lo dispuesto en el artículo 74 del C.G.P.; o en defecto de esta formalidad (presentación personal), que el mandato se hubiere conferido por medio de mensaje de datos de conformidad con la posibilidad establecida en el artículo 5 de la Ley 2213 de 2022.

⁶² Sentencia 2012-00144 de junio 8 de 2016, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Rad.: 15001-2333-000-2012-00144-01.

⁶³ Página 1, archivo 33 del expediente digital.

CUARTO. NOTIFICAR esta sentencia a las partes y al Ministerio Público, de conformidad con los artículos 203 y 205 del CPACA, a las siguientes direcciones electrónicas:

- gonzalo_manrique_z@hotmail.com
- notificacionesjudiciales@cvc.gov.co
- jco_2000@hotmail.com
- procesosnacionales@defensajuridica.gov.co
- procjudadm58@procuraduria.gov.co

QUINTO: En firme esta sentencia, **ARCHIVAR** el expediente previas anotaciones de rigor, devolución de remanentes por concepto de gastos ordinario del proceso y expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Mario Andres Posso Nieto

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 007

Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **18465bcf91189a378a8f568131384dbf1fa7347829437af11325dbe0b53bccdd**

Documento generado en 02/05/2023 02:09:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>