

## **EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOSIÓN / EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE REMOSIÓN / ANOTACIÓN EN LA HOJA DE VIDA / DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE LOS EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOSIÓN**

[L]a regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello. [...] [E]l factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional. [...] [L]a remoción en 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 que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad. [...] [L]o anterior supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción. [...] En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber. En este orden de ideas (...) es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público. [...] En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos.

## **DESVIACIÓN DE PODER EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL / CARGA DE LA PRUEBA**

[C]omo quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en la demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación. [...] [U]n empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral.

**FUENTE FORMAL:** CP - ARTÍCULO 125 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 41 / CPACA - ARTÍCULO 44

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN "A"**

**Consejero ponente:** RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil veinte (2020)

**Radicación número:** 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17)

**Actor:** LUZ MARINA RODRÍGUEZ DÍAZ

**Demandado:** CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

**Referencia:** INSUBSISTENCIA SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el catorce (14) de marzo de dos mil diecisiete (2017), por el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Segunda Oral, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**1. Antecedentes**

**1.1. La demanda**

**1.1.1. Las pretensiones**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Luz Marina Rodríguez Díaz formuló demanda, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución N.º 002012 de 26 de junio de 2013, emitida por la contralora general de la República, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho,

solicitó i) ordenar a la Contraloría General de la República que disponga su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando fue desvinculada hasta cuando sea efectivamente reintegrada; iii) declarar que no existió solución de continuidad; iv) ordenar la actualización de las sumas que resulten de la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y v) ordenar el pago de los intereses moratorios, en atención a lo consagrado en el artículo 192 *ibidem*.

### **1.1.2. Hechos**

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

i) Se vinculó laboralmente a la Contraloría General de la República desde el 1.º de marzo de 2013, en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada.

ii) El 21 de marzo de 2013, la señora Valentina García Álvarez presentó una solicitud de permiso, que contenía algunas irregularidades; circunstancia que puso en conocimiento del gerente de talento humano de la entidad, a través de comunicación N.º 80991-0637 de 4 de abril del mismo año.

iii) El 14 de mayo de 2013, Valentina García Álvarez fue nombrada en el cargo de contralora provincial del departamento de Vichada.

iv) Mediante Resolución N.º 002012 de 26 de junio de 2013, la contralora general de la República declaró insubsistente su nombramiento como gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada, nombrando en su reemplazo, 7 días después de dicha decisión, a la señora Valentina García Álvarez.

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Como tales, se señalaron los artículos 1, 2, 3, 6, 23, 25, 53, 123, 125, 150 y 209 de la Constitución Política de Colombia; 137, 138, 152, 157 157 y 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 107 del Decreto 1950 de 1973; 9 del Decreto 267 de 2000; y 26 del Decreto 2400 de 1968.

Al desarrollar el concepto de violación, la apoderada de la demandante expuso los

siguientes argumentos:

i) El contenido de la resolución acusada está afectado por falsa motivación, en la medida en que con su desvinculación no se procuró el mejoramiento del servicio, pues, la persona que la reemplazó, Valentina García Álvarez, no ostentaba una formación profesional ni experiencia laboral superior a la suya.

ii) El acto censurado fue expedido con desviación de poder, toda vez que no se tuvo en cuenta su excelente desempeño laboral en la entidad, su hoja de vida y que en momento alguno fue objeto de algún llamado de atención.

iii) Aunado a lo anterior, se desconoció que a quien la reemplazó, se le estaba adelantando una investigación disciplinaria y penal, por haber tramitado un permiso ante la entidad, con documentos que al parecer eran falsos.

## **1.2. Contestación de la demanda**

La Contraloría General de la República, por intermedio de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:<sup>1</sup>

i) En atención a la facultad discrecional y a la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante, esto es, de libre nombramiento y remoción, la nominadora de la entidad se encuentra autorizada para nombrar en dichos empleos, personas de su entera confianza y manejo.

ii) No se configuró una desviación de poder, en la medida en que no se acreditó la existencia de un acoso aboral en contra de la parte actora, así como tampoco problemas de índole personal o político, que hubieran instigado a su retiro de la Contraloría General de la República.

iii) Su buen servicio y experiencia profesional no hacían que fuera inamovible, teniendo en cuenta, como se mencionó, que desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción y que en cualquier momento su nombramiento podía ser declarado insubsistente, como en efecto ocurrió.

iv) De conformidad con lo establecido en el Decreto 1950 de 1973, el acto administrativo a través del cual se declara insubsistente un nombramiento no debe motivarse, razón por la cual, contrario a lo afirmado en el escrito de la demanda,

---

<sup>1</sup> Folios 152 a 172.

no se incurrió en falsa motivación.

### **1.3. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo del Meta, Sala Segunda Oral, mediante sentencia proferida el 14 de marzo de 2017, denegó las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:<sup>2</sup>

i) La resolución por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante se encuentra ajustada a derecho, pues, por la naturaleza del cargo, al tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, el nominador podía disponer libremente de este, nombrando, confirmando o removiendo a su titular en virtud de la facultad discrecional.

ii) El empleado vinculado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, está supeditado a las facultades discrecionales que el legislador le ha otorgado a algunos funcionarios para ejercer una labor eminentemente política o que requieren de colaboradores de su más absoluta confianza para el logro de sus fines.

iii) De conformidad con el material probatorio dentro del expediente, se determinó que tanto Luz Marina Rodríguez Díaz como Valentina García Álvarez, reunían los requisitos para ocupar el cargo de gerente general, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada.

iv) Aunado a ello, las pruebas testimoniales señalaron que el nombramiento de la señora García Álvarez no generó ningún traumatismo en la prestación del servicio, motivo por el cual no hubo un desmejoramiento del servicio y con ello, desviación de poder, como erróneamente se refiere en el escrito de demanda.

### **1.4. El recurso de apelación**

La señora Luz Marina Rodríguez Díaz, por conducto de apoderada, interpuso recurso de apelación<sup>3</sup> y lo sustentó así:

i) El tribunal no tuvo en cuenta que se incurrió en falsa motivación al expedir el

---

<sup>2</sup> Folios 738 a 745.

<sup>3</sup> Folios 745 a 761.

acto administrativo ahora acusado, en la medida en que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no obedeció al mejoramiento del servicio, dado que la persona que la reemplazó tenía antecedentes disciplinarios y penales por haber cometido unas irregularidades dentro de la entidad, y no era idónea para desempeñar el empleo, pues, no tenía la formación ni la experiencia suficientes para ser gerente departamental, Nivel directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada.

ii) Aunado a lo anterior, se omitió al momento de emitir la resolución demandada, observar su buen desempeño en la entidad, durante su vinculación laboral.

iii) El *a quo* desconoció, además, que al expedir el acto administrativo acusado se incurrió en desviación de poder, en tanto que el nombramiento de la señora Valentina García Álvarez se debió a un compromiso político o una relación de amistad con la nominadora, es decir, con la contralora general de la República.

## **1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

### **1.5.1. La demandante**

Pese a que mediante Auto de 21 de septiembre de 2017,<sup>4</sup> el Despacho corrió traslado para alegar de conclusión, la parte actora guardó silencio.

### **1.5.2. La demandada<sup>5</sup>**

La Contraloría General de la República, por intermedio de su apoderada, solicitó confirmar lo decidido en primera instancia, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda.

## **1.6. El Ministerio Público**

La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por las razones que a continuación se indican:<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Folio 773.

<sup>5</sup> Folios 796 a 814.

<sup>6</sup> Folios 815 a 821.

i) No se configuró una desviación de poder, en tanto que la persona que la reemplazó, cumplía los requisitos para desempeñar el cargo, razón por la cual sí era idónea para ser nombrada como gerente general, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada.

ii) Las pruebas testimoniales solo demuestran que entre la demandante y la señora Valentina García Álvarez no existía una buena relación laboral, pero de manera alguna, que se haya afectado la prestación del servicio con el nombramiento de esta última.

La Sala decide, previas las siguientes

## **2. Consideraciones**

### **2.1. El problema jurídico**

Se circunscribe a determinar si con la expedición del acto administrativo acusado, la entidad demandada incurrió en: (I) falsa motivación, en la medida en que la desvinculación de la demandante no fue producto del mejoramiento del servicio; y (II) desviación de poder, en tanto que la facultad discrecional no fue ejercida conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales.

### **2.2. Marco normativo**

#### **2.2.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

**Artículo 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

(...)

Parágrafo (adicionado por el artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

A su turno el artículo 1.º de la Ley 909 de 2004 clasifica los empleos públicos de la siguiente forma:

Artículo 1.º. Objeto de la ley.

(...)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales". (Negrillas fuera del texto).

Y el artículo 5.º *ibidem*, preceptúa:

**Artículo 5.º.** Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; (...); Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

Como puede observarse, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa; no obstante, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se



exige para ello.

En estos casos ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar, que al nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en 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 artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2.º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

**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.**

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en 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 que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para

decidir debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>7</sup>.

En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado<sup>8</sup> 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.

A su turno, el artículo 36 del CCA –hoy en día artículo 44 del CPACA- establece 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 supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968,<sup>9</sup> establece:

**Artículo 26.** El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, **sin motivar la providencia**. Sin embargo, **deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida**. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera. (Negrilla nuestra).

---

<sup>7</sup> Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente Número 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>8</sup> Sentencia T-372 de 2012.

<sup>9</sup> Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

Este artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «sin motivar la providencia», lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, al considerar que:

7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que 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.

(...)

9. El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

(...)

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.

Como puede observarse la Corte, sin condición alguna, declaró la exequibilidad de la norma acusada y reafirmó que el establecimiento de la facultad discrecional dentro del Estado de derecho no desconoce las garantías del servidor retirado.

En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad

del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber.

En este orden de ideas, una vez efectuado el análisis armónico de las anteriores normas y según lo expresado por el máximo tribunal constitucional, es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.

En otras palabras, el acto por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción debe ser inmotivado por el nominador, y el deber de explicar los motivos en la hoja de vida del empleado de las causas que originaron la desvinculación no hace parte de la esencia misma del acto, sino tan solo constituye un antecedente laboral que debe plasmarse en su hoja de vida.

En conclusión, la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no afecta las garantías fundamentales, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que precisamente autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos.

Ahora bien, en particular, en relación con la Contraloría General de la República, el artículo 268 de la Constitución Política consagra que dicha entidad goza de un régimen especial de carrera administrativa, el cual se encuentra contemplado en el Decreto 268 de 2000, que a su vez en su artículo 3.º dispone cuáles son los cargos de carrera administrativa y cuáles son sus excepciones, así:

**Cargos de Carrera Administrativa.** Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que se enumeran a continuación:

Vicecontralor

Contralor Delegado

Secretario Privado

Gerente

Gerente Departamental

Director

Director de Oficina

Asesor de Despacho

Tesorero

Los empleos cuyo ejercicio implique especial confianza o que tengan asignadas funciones de asesoría para la toma de decisiones de la entidad o de orientación institucional y estén creados en los Despachos del Contralor General, del Vicecontralor, del Secretario Privado, de la Gerencia del Talento Humano y de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera.

En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:

1. Aquellos que sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, de manejo o de especial confianza.
2. Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dinero y valores del Estado.
3. Aquellos que no pertenezcan a los organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personal de los servidores de la Contraloría General de la República.

### **2.3. Hechos probados**

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

#### **2.3.1. En relación con la vinculación laboral de la demandante**

Mediante Resolución N.º 000509 de 11 de febrero de 2013, emitida por la contralora general de la República, la señora Luz Marina Rodríguez Díaz fue nombrada en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada en la Contraloría General de la República.<sup>10</sup>

#### **2.3.2. En relación con el acto administrativo acusado**

A través de Resolución N.º 002012 de 26 de junio de 2013, la contralora general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario de la señora Luz

---

<sup>10</sup> Folio 24 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

Marina Rodríguez Díaz, en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada.<sup>11</sup>

Por Resolución N.º. 2098 de 11 de julio de 2013, la contralora general de la República nombró, con carácter ordinario, a la señora Valentina García Álvarez, en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental de Vichada.<sup>12</sup>

### **2.3.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial**

#### **2.3.3.1. Documentales**

- Hoja de vida de la señora Valentina García Álvarez.<sup>13</sup>
- Resolución N.1 000250 de 15 de enero de 2013, expedida por la contralora general de la República, mediante la cual se nombró a la señora Valentina García Álvarez en el cargo de profesional especializado, Nivel Profesional, Grado 04 en la Gerencia Departamental del Vichada.<sup>14</sup>
- Resolución N.º 001753 de 16 de mayo de 2013, por medio de la cual la contralora general de la República nombró a la señora Valentina García Álvarez, en el cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental de Vichada.<sup>15</sup>
- Oficio de 23 de junio de 2013, a través del cual la señora Luz Marina Rodríguez Díaz interpuso una queja ante la contralora general de la República en contra de Valentina García Álvarez, bajo los siguientes argumentos:<sup>16</sup>

La semana pasada exactamente el jueves, ya cansada de los abusos de la Dra. Valentina Álvarez, le envié un oficio, recordándole que desde antes de su llegada a contralora provincial hay comentarios de una serie de hechos graves que cuestionan a la entidad, y que le solicitaba mucha prudencia en su cargo por la responsabilidad que se tiene en especial en los procesos, le manifesté los siguientes hechos: que se rumoraba que ella cuando estuvo en la contraloría departamental había dado un rumbo diferente en los procesos llevando al caos, hecho que lo puede constatar el señor procurador. De igual manera le manifesté lo de primavera que tuviera mucho

---

<sup>11</sup> Folio 19 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>12</sup> Folio 470 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>13</sup> Folios 416 a 519 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>14</sup> Folio 412 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>15</sup> Folio 459 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>16</sup> Folio 40 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

cuidado con ese municipio ya que se rumora que ella hizo nombrar en el almacén a un familiar suyo, y que en Puerto Carreño también se rumoraba que ella cuando estaba en regalías me sacaba información de procesos hacía la gobernación.

La suscrita lo manifestó a la dra. Sarita cuando la nombraron, y no soy yo nadie para decirle a mi jefe a quién nombra o no, sino sé que ella es una persona delicada que cuida la imagen de la entidad, y esta dra. Valentina, ahora si le doy los motivos por los cuales no era bueno nombrarla y no le importa hacer lo que sea para lograr sus objetivos, es tan así que se dice que es una prepagado y no le importa hacer lo que sea para lograr sus objetivos (...).

- Oficio de 24 de junio de 2013, por el cual la señora Luz Marina Rodríguez Díaz presentó una queja ante la directora de la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República, en contra de Valentina García Álvarez. Lo anterior, bajo el siguiente sustento:<sup>17</sup>

La funcionaria Valentina pertenecía al grupo de regalías y solicita permiso por los días 1, 2 y 3 de abril, argumentando exámenes médicos, allegando un documento soporte del permiso no legible. Dicha solicitud es remitida al nivel central a la gerencia del talento humano (...) el día miércoles 3 de abril, la funcionaria allega una incapacidad odontológica, que nada tiene que ver con el permiso genuino solicitado por ella, así mismo, procede a firmar la planilla de control de asistencia a la gerencia, como si hubiese laborado todo el día, cuando realmente llegó a laborar a las 2 y 40 de la tarde, constituyéndose en una falta disciplinaria y penal falsedad en documento público (...).

- Resolución N.º 002011 de 26 de junio de 2013, mediante la cual la contralora general de la República declaró insubsistente el nombramiento de la señora Valentina García Álvarez como contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada.<sup>18</sup>

- Resolución N.º 2238 de 1.º de agosto de 2013, emitida por la gerente de talento humano de la Contraloría General de la República, por medio de la cual se ordena trasladar a la señora Valentina García Álvarez, gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada, al cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vaupés.<sup>19</sup>

- Denuncia penal de 2 de agosto de 2013, realizada por la señora Luz Marina Rodríguez Díaz en contra de Valentina García Álvarez, por el delito de falsedad en documento público.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Folios 274 a 276 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>18</sup> Folio 467 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>19</sup> Folio 478 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>20</sup> Folios 57 y 58 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

- Resolución N.º 2346 de 20 de agosto de 2013, a través de la cual la contralora general de la República nombró a la señora Valentina García Álvarez en el cargo de asesor de despacho, Nivel Asesor, Grado 02 del Despacho del Contralor.<sup>21</sup>
- Auto N.º 4089 de 30 de enero de 2014, mediante el cual la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República dio apertura de indagación preliminar en contra de Valentina García Álvarez, en su condición de profesional especializada Grado 04 de la Gerencia Departamental Colegiada de Vichada, por las conductas puestas en consideración por parte de la señora Luz Marina Rodríguez Díaz.<sup>22</sup>
- Resolución de 15 de julio de 2014, por medio de la cual la contralora general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario del cargo de asesor de despacho del contralor, Grado 02, a la señora Valentina García Álvarez.<sup>23</sup>
- Auto de 18 de septiembre de 2014, proferido por la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República, que dio apertura de investigación disciplinaria en contra de Valentina García Álvarez.<sup>24</sup>
- Hoja de vida de la señora Luz Marina Rodríguez Díaz.<sup>25</sup>
- Certificación de 18 de junio de 2015, emitida por el director de gestión de talento humano de la Contraloría General de la República, en la que consta:<sup>26</sup>

(...) se pudo constatar que la señora Luz Marina Rodríguez Díaz fue nombrada con carácter ordinario (...) en el cargo de gerente departamental – Nivel Directivo – Grado 01, en el Departamento del Vichada mediante Resolución Ordinaria 0509 de 11 de febrero de 2013 (...) y fue declarada insubsistente mediante Resolución Ordinaria 2012 de 26 de junio de 2013.

Personas que asumieron el cargo de gerente departamental:

Yairon Milán Mosquera (...) quien ostentaba el cargo de Contralor Provincial – Nivel Directivo – Grado 01 fue encargado de las funciones del cargo de gerente departamental – Nivel Directivo – Grado 01 en el departamento del Vichada mediante Resolución Ordinaria 2013 del 26 de junio de 2013 t fungió en dicho cargo hasta el 11 de julio del mismo año.

Valentina García Álvarez (...) fue nombrada en propiedad en el cargo de gerente departamental – Nivel Directivo – Grado 01 en el departamento del Vichada

<sup>21</sup> Folio 486 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>22</sup> Folios 292 a 294 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>23</sup> Folio 514 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>24</sup> Folios 345 a 350 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>25</sup> Folios 194 a 238 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>26</sup> Folio 522 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.



mediante Resolución Ordinaria 2098 del 11 de julio de 2013, posesionada el 12 de julio del mismo año y fungió en el cargo hasta el 31 de julio de 2013.

### **2.3.3.2. Testimoniales**

Declaración del señor Luciano Rafael Ramírez Mesa, procurador provincial regional del Vichada para la época de los hechos, en la que manifestó que conoció a Luz Marina Rodríguez Díaz y Valentina García Álvarez y que tuvo conocimiento que entre las dos existieron problemas de tipo personal y laboral «los cuales pusieron en su conocimiento sin que se hubiere formalizado, para la época, investigación disciplinaria alguna (...) de un momento a otro las dos fueron declaradas insubsistentes, lo que generó una mala imagen de la Contraloría en el Departamento del Vichada (...) posteriormente fue nombrada la doctora García Álvarez en reemplazo de la demandante, es decir, en el cargo de gerente de la Contraloría Departamental del Vichada, sin que se generara traumatismo en la prestación del servicio».<sup>27</sup>

Declaración del señor Yairon Milán Mosquera, en la que sostuvo que con el nombramiento de la señora Valentina García Álvarez como gerente departamental no se causó ningún traumatismo en la prestación del servicio.<sup>28</sup>

## **2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala**

### **2.4.1. Falsa motivación**

La doctrina ha definido la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos<sup>29</sup>:

Después de señalar que el vicio en el contenido es un caso de violación de la Ley, agrega que esto puede ocurrir en los siguientes supuestos: a) porque el acto fue dictado contra un precepto de la Ley, o porque al dictarlo la administración consideraba como existente una norma que no existía o viceversa, consideraba como no existente una norma que, en realidad, existía, o porque en la interpretación de la norma jurídica se le da un contenido distinto del que realmente tenía; b) porque si bien la norma jurídica fue correctamente interpretada, se la aplica a un caso que no había contemplado; c) porque la aplicación de una norma jurídica se hace en forma de alcanzar consecuencias jurídicas contrarias a las que ésta quería, se trataría en este supuesto de una falsa aplicación de la Ley.

---

<sup>27</sup> Folio 588 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Teoría degli Atti. Ranelletti. Página 330.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar falsa motivación, debe demostrar que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión un hecho o hechos que en realidad no existieron, o en qué consiste su errada interpretación.

**Frente a este cargo** sostiene la demandante que su desvinculación no fue producto del mejoramiento del servicio porque no se tuvo en cuenta su idoneidad profesional y su experiencia en la entidad demandada; y se nombró a una persona en su reemplazo, esto es, la señora Valentina García Álvarez, quien no era apta para el cargo y que tenía antecedentes penales y disciplinarios.

#### **2.4.1.1. De la idoneidad profesional y experiencia**

De conformidad con la Resolución Reglamentaria N.º 135 de 20 de septiembre de 2011, «Por la cual se adiciona la Resolución número 5044 de 2000 y se adopta la Resolución N.º 067 de 2008, para los empleos de la planta de personal de la Contraloría General de la República creados por el artículo 128 de la Ley 1474 de 2004», emitida por la contralora general de la República, los requisitos para ocupar el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01, son los siguientes:

<b>Educación</b>	<b>Experiencia</b>
Economía, Administración Pública, Contaduría Pública, Administración de Empresas, Derecho, Ingeniería Industrial, Psicología, Sociología, Trabajo Social, Periodismo, Relaciones Internacionales, Ciencias Sociales, Ciencias de la Educación, Comunicación Social, Ingeniería Civil, Ingeniería de Sistemas, Administración Bancaria y Financiera, Administración Regional y Urbana, Estadística y Finanzas, Ciencias Políticas, Administración Financiera, Ingeniería de Minas, Ingeniería de Petróleos, Ingeniería Electrónica, Ingeniería Ambiental, Ciencias de la Salud y demás disciplinas afines con las funciones del cargo.	6 meses de experiencia profesional relacionada con el cargo.
<b>Objetivo principal del cargo</b>	
Dirigir los procesos misionales y administrar los recursos institucionales de la Gerencia Departamental de acuerdo con las normas y procedimientos vigentes para contribuir al logro de los objetivos de la Contraloría General de la República	

En tal sentido, si bien la señora Rodríguez Díaz contaba con los requisitos esenciales para desempeñar el cargo de gerente general, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada, como se demostró con su hoja de

vida allegada al expediente,<sup>30</sup> ello no es determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia de la actora en el ejercicio de su cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo.

Ahora bien, cabe resaltar que la funcionaria designada por la contralora general de la República para el desempeño de las funciones del empleo antes referido, esto es, la señora Valentina García Álvarez, una vez la demandante fue desvinculada, además de tener los requisitos mínimos, como lo afirmó el apoderado de la entidad demandada, era una profesional preparada y capacitada con experiencia significativa para el desarrollo de las funciones, como se puede observar en su hoja de vida obrante, igualmente, dentro del expediente.<sup>31</sup>

Al respecto, el *A quo* al emitir la sentencia ahora apelada, manifestó:

Con el fin de establecer si el cargo endilgado por la demandante en contra del acto acusado se configura, la Sala, en primer lugar, debe realizar una revisión de los requisitos establecidos en el Manual de Funciones y de Competencias Laborales de los empleos públicos de la planta global de la Contraloría General de la República (...) que se requieren para ocupar el cargo gerente general, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada, efectuándose un comparativo entre las hojas de vida de la demandante con la de la señora Valentina García Álvarez, quien fue la persona que la reemplazó, encontrando que las dos reunían los requisitos para ocupar el cargo (...) toda vez que las dos eran profesionales del Derecho con experiencia profesional de más de 6 meses, en otras palabras, la persona que reemplazó a la demandante cumplía a cabalidad con los requisitos para ejercer el cargo.

En ese orden de ideas, no se demostró que con el retiro de la señora Rodríguez Díaz y el posterior nombramiento de la señora Valentina García Álvarez, se haya presentado una desmejora del servicio, pues, como se mencionó, esta última cumplía con los conocimientos para ejercer el empleo, además de que tenía una larga experiencia profesional, razón por la cual no es dable definir una afectación del servicio con ocasión del acto administrativo ahora demandado, ya que se

---

<sup>30</sup> Folios 194 a 238 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>31</sup> Folios 416 a 520 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

presume que fue expedido con fundamento en supuestos de hecho reales, objetivos, ciertos y en aras del buen servicio público<sup>32</sup>.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto por la parte actora relacionado con que en su reemplazo se nombró a una persona que tenía antecedentes penales y disciplinarios, lo cual desmejoró el servicio, debe resaltarse lo siguiente:

i) No obra dentro del expediente prueba alguna de que la señora Valentina García Álvarez haya sido sancionada penal o disciplinariamente en virtud de las denuncias y quejas interpuestas en su contra por la señora Luz Marina Rodríguez Díaz;

ii) Al consultar las páginas Web de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación, no existen antecedentes penales ni disciplinarios frente a la señora García Álvarez;

iii) La finalidad de la potestad disciplinaria no es otra que la prevención y la buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado, razón por la cual el adelantamiento de investigaciones disciplinarias en contra de un funcionario público sin que se le haya generado ninguna sanción, no genera impedimento alguno para ejercer un cargo público, como en este caso ocurrió con la señora García Álvarez; y

iv) Lo que se demostró con las pruebas documentales y testimoniales, fue la existencia de problemas personales y laborales entre Luz Marina Rodríguez Díaz y Valentina García Álvarez, sin que ello genere la falta de idoneidad de esta última o prohibición alguna para haber desempeñado el empleo en mención.

#### **2.4.2. De la desviación de poder**

La doctrina ha definido la desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

**Desviación de poder:** para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del

---

<sup>32</sup> Para el efecto observar sentencia emitida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, de 22 de noviembre de 2018, expediente N.º 5037-2016, consejero ponente: William Hernández Gómez.

agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto. Sostiene Eisenmann<sup>33</sup> que “lo que generalmente llamamos fin del acto es un cierto contenido de la conciencia del agente. No debemos equivocarnos a este respecto. Cuando se habla del fin del acto, se sigue con ello un atributo del acto en sí mismo considerado, un dato objetivo inherente al acto” (...)

Por lo tanto, para que se presente la desviación de poder es necesario que el acto de apariencia sea totalmente válido. El acto tiene una máscara de legalidad. Ningún otro elemento ha sido descuidado, pero presenta un fin espúreo visible al observar los resultados obtenidos. Así, con este vicio se controla lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de la administración, la intención de ésta. Es la fiscalización de las intenciones subjetivas del agente administrativo.

(...)

En suma, la desviación de poder obedece a la necesidad de someter al principio de legalidad a la administración en todos sus aspectos y con miras a la protección de los particulares ante los abusos de aquella<sup>34</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión»<sup>35</sup>.

En tal sentido, quien acude a la jurisdicción para alegar la desviación de poder debe demostrar que la administración expidió un acto administrativo con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales.

**Respecto a este cargo** la demandante refiere que la facultad discrecional se ejerció por motivos personales, toda vez que entre la contralora general de la República y la señora Valentina García Álvarez existía una relación de amistad o un compromiso político.

#### **2.4.2.1. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.**

Según dispone el artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del

---

<sup>33</sup> Eisenmann. Citado por Julio A. Prat. Op. Cit., página 103.

<sup>34</sup> Causales de anulación de los Actos Administrativos, 1ª Edición. Autores: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posee Velásquez.

<sup>35</sup> Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico<sup>36</sup>.

El Consejo de Estado<sup>37</sup> ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario». En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.

La jurisprudencia de esta Corporación<sup>38</sup> también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad del acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso<sup>39</sup> de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»

Como ya se explicó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio<sup>40</sup>.

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección<sup>41</sup>, en

---

<sup>36</sup> Berrocal Guerrero, Luis Enrique Manual del acto administrativo, Librería ediciones del profesional LTDA. , Bogotá, Colombia, 2014, página 547

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

<sup>38</sup> Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

<sup>39</sup> Artículo 167 del CGP.

<sup>40</sup> Tratándose de la desviación de poder

<sup>41</sup> Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.

algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, criterio que acá se reitera.

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en la demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación.

Para el efecto, la parte actora allegó el siguiente material probatorio:

- Oficio de 21 de marzo de 2013, a través del cual la señora Valentina García Álvarez, profesional especializado Grado 04, le solicitó a la gerente departamental del Vichada, Luz Marina Rodríguez Díaz, permiso para ausentarse los días 1, 2 y 3 de abril del mismo año.<sup>42</sup>
- Oficio N.º 0636 de 4 de abril de 2013, emitido por Luz Marina Rodríguez Díaz, a través del cual le informa a la señora Valentina García Álvarez:<sup>43</sup>

Por medio del presente escrito le informo que la justificación dada por usted, no es de recibo de esta gerencia, ya que como bien lo sabe, viajó al Municipio de la primavera (Vichada), en donde según información que obtuve usted se desempeñó como jurado en las fiestas celebradas en ese municipio, sin haber tramitado el permiso ante este despacho; esto es, que solo se solicitó el permiso por los días 1, 2 y 3 para atender citas médicas, allegándose un documento no legible y sin fecha.

Como usted pertenece a la planta temporal de regalías procedí a darle trámite a su permiso ante la gerencia del talento humano en Bogotá. El día viernes 22 de marzo, la gerencia del talento humano, nos comunica hacer claridad en su solicitud de permiso, a lo cual de manera inmediata la Secretaría de la Gerencia procedió a requerirle a su correo institucional, para que allegara en debida forma la justificación del permiso, cosa que no se hizo aun a la fecha de hoy.

De igual manera le recuerdo que el documento que contiene su incapacidad no reúne los requisitos de la misma, porque como es bien sabido por usted deber ser convalidado por la respectiva EPS donde está afiliada.

---

<sup>42</sup> Folio 26 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>43</sup> Folio 30 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

- Oficio de 23 de junio de 2013, a través del cual la señora Luz Marina Rodríguez Díaz interpuso una queja ante la contralora general de la República en contra de Valentina García Álvarez.<sup>44</sup>

- Oficio de 24 de junio de 2013, por el cual la señora Luz Marina Rodríguez Díaz presentó una queja ante la directora de la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República, en contra de Valentina García Álvarez.<sup>45</sup>

- Resolución N.º 2098 de 11 de julio de 2013, por medio de la cual la contralora general de la República nombró, con carácter ordinario, a la señora Valentina García Álvarez, en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental de Vichada.<sup>46</sup>

- Resolución N.º 2238 de 1.º de agosto de 2013, emitida por la gerente de talento humano de la Contraloría General de la República, por medio de la cual se ordena trasladar a la señora Valentina García Álvarez, gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada, al cargo de contralor provincial, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vaupés.<sup>47</sup>

- Resolución N.º 2346 de 20 de agosto de 2013, a través de la cual la contralora general de la República nombró a la señora Valentina García Álvarez en el cargo de asesor de despacho, Nivel Asesor, Grado 02 del Despacho del Contralor.<sup>48</sup>

- Auto N.º 4089 de 30 de enero de 2014, mediante el cual la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República dio apertura de indagación preliminar en contra de Valentina García Álvarez, en su condición de profesional especializada Grado 04 de la Gerencia Departamental Colegiada de Vichada, por las conductas puestas en consideración por parte de la señora Luz Marina Rodríguez Díaz.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Folio 40 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>45</sup> Folios 274 a 276 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>46</sup> Folio 470 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>47</sup> Folio 478 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>48</sup> Folio 486 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

<sup>49</sup> Folios 292 a 294 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.



- Auto de 18 de septiembre de 2014, proferido por la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República, que dio apertura de investigación disciplinaria en contra de Valentina García Álvarez.<sup>50</sup>

Ahora bien, de las pruebas allegadas por la demandante, no se puede concluir nada diferente que:

(i) La señora Valentina García Álvarez desempeñó varios cargos en la Contraloría General de la República, atendiendo al hecho de que cumplía con los requisitos pertinentes para cada uno de ellos;

(ii) Existía un inconveniente personal y laboral entre Luz Marina Rodríguez Díaz y Valentina García Álvarez;

(iii) Si bien la señora Rodríguez Díaz interpuso denuncia penal y disciplinaria en contra de la señora Valentina, dentro de estas no se impuso ninguna sanción por parte de las autoridades pertinentes, esto es, Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Oficina de Control Disciplinario Interno de la Contraloría General de la República; circunstancia frente a la cual no podría concluirse una desviación de poder, en tanto que no son decisiones que dependen de la nominadora, en este caso, de la contralora general de la República;

(iv) No existe prueba alguna que demuestre que entre la contralora general de la República y la señora Valentina García Álvarez exista una relación de amistad, como se señala en el recurso de apelación; así como tampoco que el nombramiento de ésta última en reemplazo de la actora, haya sido como consecuencia de una decisión de tipo político, máxime cuando mediante Resolución de 15 de julio de 2014, la contralora general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario del cargo de asesor de despacho del contralor, Grado 02, a la señora Valentina García Álvarez.<sup>51</sup>

(v) Lo anterior, teniendo en cuenta, además, los testimonios solicitados por la parte actora, que manifestaron que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Vichada y la designación en dicho empleo de la señora García

---

<sup>50</sup> Folios 345 a 350 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 1.

<sup>51</sup> Folio 514 del cuaderno de antecedentes administrativos N.º 2.

Álvarez no generó traumatismos en la prestación del servicio, y que era de público conocimiento que existía una rivalidad entre la actora y la antes mencionada, lo cual desvirtúa un móvil político o personal en la designación de aquella en reemplazo de la demandante.

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia de la actora fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas de la nominadora.

En conclusión, los cargos de libre nombramiento y remoción están destinados a la dirección y conducción de las entidades oficiales, y en tal contexto, los referentes que gobiernan la provisión y retiro no pueden ser otros diferentes a la confianza y lealtad, enmarcada en la afinidad funcional e ideológica que permita definir y ejecutar de manera mancomunada las políticas de aquellas hacía el mismo propósito. Por ello, un empleado en tal cargo que no esté en sintonía con el representante y responsable de la institución pública, al margen de sus capacidades y desempeño, bien puede ser separado del empleo, ya que en la dinámica administrativa, la facultad discrecional está instituida, entre otras, para ese tipo de situaciones, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral.

Así las cosas, no se acreditaron los elementos exigidos en la normativa aplicable para que se configure una desviación de poder, toda vez la demandante no allegó prueba documental ni testimonial que así lo demostrara, razón por la cual el cargo planteado no está llamado a prosperar.

### **3. De la condena en costas**

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016<sup>52</sup>, 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

---

<sup>52</sup> 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.

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 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.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>53</sup>, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la demandante, teniendo en cuenta que el recurso de apelación que interpuso fue resuelto desfavorablemente y la apoderada de la Contraloría General de la República presentó alegatos de conclusión.

#### **4. Conclusión**

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia de la actora fue adecuada y razonablemente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no se incurrió en falsa motivación al emitir el acto administrativo acusado y no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador, motivo por el cual se confirmará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda y se condenará en costas a la parte demandante.

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

---

<sup>53</sup> «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

**FALLA:**

**Primero.- Confirmar** la sentencia proferida el catorce (14) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Segunda Oral, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por la señora Luz Marina Rodríguez Díaz contra la Contraloría General de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.-** Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Segunda Oral.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Firmado electrónicamente

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Firmado electrónicamente

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Firmado electrónicamente

**CONSTANCIA:** La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del CPACA.

GMSM