

**CARGO DE JEFE DE CONTROL INTERNO – Naturaleza jurídica / JEFE DE CONTROL INTERNO – Facultad de nombramiento y remoción del Presidente de la República. Sentencia de inexecutable. Efecto / INSUBSISTENCIA TÁCITA DE JEFE DE CONTROL INTERNO – Facultad de nombramiento y remoción. Excepción de ilegalidad / SENTENCIA DE NULIDAD – Efectos.**

El nombramiento del Jefe de Control Interno le corresponde al Representante Legal de la Entidad donde se vaya a proveer el empleo, razón por la cual, el Presidente de la República no tenía la facultad para nombrarlo y en consecuencia tampoco de retirarlo. Además es necesario tener en cuenta que el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política consagra taxativamente los servidores que debe nombrar sin que se incluya al Jefe de Control Interno. El Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001 (acto acusado), se expidió con fundamento en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2539 de 2000, norma última que fue declarada parcialmente nula por el Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de octubre de 2008, por considerar que no es competencia del Presidente efectuar el nombramiento del Jefe de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que para la fecha en que se profirió el acto de inexecutable tácita (13 de agosto de 2001), el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, que sirvió de fundamento del mismo, se encontraba vigente, pues el Consejo de Estado lo suspendió el 13 de marzo de 2003 y posteriormente declaró parcialmente su nulidad con fundamento en sentencia de 9 de octubre de 2008, como quedó ampliamente estudiado. Advierte la Sala que, al Juez Administrativo le asiste la facultad oficiosa de aplicar la excepción de ilegalidad, en relación con los actos administrativos que infrinjan la Ley, si bien es cierto esta excepción no tiene consagración constitucional, se encuentra fundada en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. En esas condiciones, en el sub-judice se inaplicará el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, en consecuencia el acto acusado (Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001) que declaró inexecutable tácitamente a la demandante deviene nulo por falta de competencia, por lo que se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda y se ordenará el reintegro de la accionante con las consecuencias económicas a que hubiere lugar.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 5 / LEY 87 DE 1993 – ARTICULO 11 / LEY 87 DE 1993 – ARTICULO 10 / LEY 87 DE 1993 – ARTICULO 12

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la facultad de nombramiento del Jefe de Control Interno no es competencia del Presidente de la República y se declara la nulidad parcial del artículo 8 del Decreto 2534 de 2000, Consejo de estado, sentencia de 9 de octubre de 2008, Rad 5242-02, M.P., Jesús María Lemos Bustamante.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “B”**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00923-01(1012-09)**

**Actor: GILMA SUSANA MARTINEZ GAITAN**

**Demandado: GOBIERNO NACIONAL**

### **AUTORIDADES NACIONALES**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia proferida el 5 de junio de 2008 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda incoada por Gilma Susana Martínez Gaitán contra la Nación, Departamento Nacional de Planeación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

### **LA DEMANDA**

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Decreto No. 1669 de 13 de agosto de 2001, suscrito por el Presidente de la República y el Director del Departamento Nacional de Planeación, por el cual se hizo un nombramiento en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (de Control Interno), Código 0125, Grado 20, en cuanto que por esa decisión se produjo el retiro tácito de la demandante; y el Oficio No. 2001-521000731-03 de 21 de agosto de 2001 por el cual se le comunicó la anterior decisión.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se ordene el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría, así como el pago de los salarios, primas, cesantías y todas las demás prestaciones que la Entidad cancela a sus funcionarios; se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; los perjuicios morales de 1000 gramos oro; dando cumplimiento a la sentencia con aplicación de lo previsto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo; se condene al pago de los gastos y costas del proceso.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes hechos:

La actora fue nombrada en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución No. 478 de 1° de agosto de 1995, en el cargo de Intendente, 0138-19 de la planta global de la Entidad.

Por Resolución No. 671 de 13 de septiembre de 1995, fue encargada del empleo de Asesor, Código 1020, Grado 18 y nombrada en propiedad por Resolución No. 762 de 27 de septiembre de 1995.

Mediante Resolución No. 001516 de 6 de junio de 1996, proferida por el Superintendente se nombró a la demandante en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia (de Control Interno), Código 0125, Grado 20, de la planta global del Despacho.

Mediante Resolución No. 1669 de 13 de agosto de 2001 el Presidente de la República y el Director de Planeación Nacional, nombraron al Doctor Hugo Alexander Ríos Garay, en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia (de Control Interno), Código 0125, Grado 20, de la planta global de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo que generó la insubsistencia del nombramiento de la demandante, quien venía desempeñándose en el mismo desde 1996.

En la expedición del acto acusado no se tuvo en cuenta lo dispuesto en la Circular No. 014 de 14 de diciembre de 2000 del Departamento Administrativo de la Función Pública, según la cual, es necesario expresar los motivos por los cuales se consideró necesario el retiro de la demandante.

Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2145 de 1999, modificado por el Decreto 2539 de 4 de diciembre de 2000.

El Decreto 1669 de 2001, le fue comunicado a la accionante mediante el Memorando No. 2001-521000731-3 de 21 de agosto del mismo año, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la Superintendencia, por lo que procedió a hacer entrega del cargo.

Durante todo el tiempo de servicio, la actora presentó una conducta ejemplar, muchas veces fue felicitada y jamás fue objeto de ninguna investigación disciplinaria.

Finalmente aduce que tanto el Presidente de la República como el Director de Planeación actuaron en contra del ordenamiento jurídico y constitucional, al desbordar su competencia y exceder la facultad discrecional que les asiste, pues la competencia para expedir el acto de retiro estaba en cabeza del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

### **NORMAS VIOLADAS**

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Constitución Política, artículos 2°, 6°, 25, 29, 53 y 209; Decretos 1950 de 1973, artículo 107; 1172 de 1992; 548 de 1995; 2145 de 1999; 2539 de 2000; Ley 142 de 1994, artículos 76 y 77; Código Contencioso Administrativo, artículos 2°, 3°, 24, 28, 35, 36, 84 y 85. (Fls. 24-46 y 235-238)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** por intermedio de apoderado de folios 228 a 230 y 239 a 243, dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, con la siguiente fundamentación:

De conformidad con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 era posible declarar insubsistente el nombramiento ordinario o provisional sin necesidad de motivar el acto, de acuerdo a la facultad discrecional que tiene el Gobierno Nacional de nombrar y remover libremente sus empleados.

Además en los cargos de libre nombramiento y remoción, la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeñaba previamente.

**El Departamento Nacional de Planeación**, por conducto de apoderado contestó la demandada oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. (Fls. 248-254 y 265-266)

Señaló que según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 187 de 1993, la designación del Jefe de la Unidad u Oficina de Coordinación de Control Interno, es del Representante Legal o máximo Directivo del organismo respectivo, según sea su competencia.

Según el artículo 20 del Decreto 2145 de 1999 el nombramiento del Jefe de Control Interno de las Entidades y Organismos Públicos del Orden Nacional, se efectúan por parte de la autoridad competente conforme a la delegación prevista en las disposiciones vigentes.

Además el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, consagra que el Presidente de la República tiene la potestad nominadora de los Jefes de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Finalmente el Jefe de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, es un funcionario de libre nombramiento y remoción, cuyo nominador es el Presidente de la República, quien para el efecto, podrá solicitar al Departamento Administrativo de la Función Pública, el correspondiente concepto sobre la idoneidad y conveniencia técnica.

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 5 de junio de 2008, negó las súplicas de la demanda (Fls. 345-358), con base en las siguientes consideraciones:

Indicó que al momento de declarar insubsistente el nombramiento de la actora, no ostentaba la calidad de empleada de Carrera, sino de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no era titular de una situación jurídica que le proporcionara inamovilidad relativa en el cargo, por lo cual su desvinculación del servicio podía efectuarse válidamente a través de la insubsistencia del nombramiento.

Conforme a lo establecido en los artículos 189-13 de la Constitución Política y 11 de la Ley 87 de 1993, concluyó que el Presidente de la República es el titular de la facultad nominadora, para los empleos nacionales que corresponden a la categoría de libre nombramiento y remoción.

Mediante el Decreto 1679 de 1991 en concordancia con el Decreto 2145 de 1999, se delegó en los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo las funciones de declarar y proveer las vacancias definitivas de los empleos nacionales que se

produzcan en esas mismas Entidades, atribuciones éstas que conllevan la separación del cargo o declaratoria de insubsistente del nombramiento u ordenen del retiro por vencimiento del período o nombrar a otra persona en reemplazo del provisional, las cuales son propias del ejercicio de la facultad discrecional.

Lo anterior justifica que el Presidente de la República con la coadyuvancia del Director del Departamento Nacional de Planeación, en virtud del ejercicio de la delegación de la función nominadora, que le fue conferida por el primero, podía declarar insubsistente el nombramiento de la actora.

Respecto a la Directiva No. 04 de 20 de octubre de 2000, indicó que ante la ausencia de independencia y objetividad por parte de algunos Jefes de Control Interno en la evaluación de los sistemas debido a la subordinación legal y funcional directa con el Representante Legal de la Entidad a la cual pertenecen, el Presidente de la República decide retomar su facultad nominadora sobre los Jefes de Control Interno, en aras de fortalecer esta herramienta gerencial de primer orden, que al mismo tiempo enarbola la eficiencia y transparencia del Estado.

La existencia de la Directiva Presidencial No. 04 de 2000, no enerva la facultad nominadora con que cuenta el Director del Departamento Nacional de Planeación, en virtud de la delegación legal del ejercicio de funciones, realizada por el Presidente de la República mediante Decretos 1679 de 1991 y 2145 de 1999; por tanto no puede argumentarse que existió falta de competencia por parte del Presidente para expedir el acto acusado en colaboración del Director del Departamento Nacional de Planeación y que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios no ostentaba la facultad para comunicar la insubsistencia de la demandante.

Finalmente afirma que no se demostró el vicio de desviación de poder endilgado al acto acusado, dado que éste fue expedido en procura del mejoramiento del servicio y no se aportó prueba en contrario.

## **EL RECURSO**

La actora impugnó la anterior decisión con la fundamentación que corre a folios 364 a 374, haciendo consistir su inconformidad así:

En la demanda no se cuestionó que el cargo de Jefe de Control Interno fuera de libre nombramiento y remoción, pero sí que el Presidente de la República tuviera la competencia para desvincularla y además demostró que en la expedición de los actos acusados se incurrió en desviación de poder por expedición irregular y sin motivos.

Lo anterior teniendo en cuenta que el procedimiento fijado en la Directiva Presidencial No. 4 y en la Circular No. 14 de 20 de octubre y 6 de diciembre de 2000 respectivamente, esta última expedida por el Director del Departamento Nacional de Planeación, se advierte que: “con el fin de fortalecer el desarrollo de esta herramienta gerencial de primer orden, que coadyuve al mismo tiempo a la eficiencia y la transparencia del Estado, el Presidente de la República ha decidido, en primera instancia, retomar su facultad nominadora sobre los Jefes de las Oficinas de Control Interno.”

De suerte que cuando el Presidente de la República retomó la facultad nominadora de los Jefes de Control Interno, no estaba “ni orientando ni recomendando, ni haciendo consideraciones sobre determinado aspecto social o político del Gobierno”, sino tomando una decisión administrativa sobre su facultad nominadora en relación con los jefes de Control Interno de las Entidades del Estado, razón por la cual no puede pensarse que el mecanismo de la Directiva Presidencial sea menos formal que un Decreto, pero el contenido sustancial es igual, expresa la voluntad Presidencial como suprema autoridad administrativa.

Afirma que el cargo de desviación de poder quedó demostrado, porque la actora actuó leal y eficientemente durante los años de Gobierno del Presidente Andrés Pastrana, tres (3) como Jefe de Control Interno y cuando faltaba un año para terminar dicho gobierno fue el irregular retiro de la Entidad sin declarar la inexistencia del cargo.

Destaca el buen servicio que la actora prestó como Jefe de la Oficina de Control Interno, que se evidenció en la conducta intachable durante más de cinco (5) años que ejerció el cargo, sin una sola mancha en su hoja de vida y las múltiples felicitaciones por su gestión.

De otra parte el Tribunal no tuvo en cuenta lo previsto en la Ley 489 de 1998, por la cual se creó el Sistema Nacional de Control Interno, como también ignoró el Decreto 2539 de 2000.

Finalmente manifestó que la comunicación debe ser declarada nula porque le pone en conocimiento a la demandante el retiro del servicio, cuando nunca existió acto de insubsistencia.

### **CONCEPTO FISCAL**

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, en Concepto que corre de folios 422 a 428, solicitó revocar la sentencia impugnada y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto los argumentos esgrimidos en los recursos de alzada, tienen vocación de prosperidad.

Manifestó que el nombramiento del Jefe de Control Interno, le corresponde al Representante Legal de la Entidad donde se vaya a proveer el empleo, razón por la cual, el Presidente de la República no tenía la facultad para nombrarlo y como consecuencia de ello, disponer tácitamente el retiro de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 189-13 de la Constitución Política consagra taxativamente los servidores que debe nombrar sin que se incluya a estos funcionarios y la Ley 87 de 1993 que se encontraba vigente para el momento de proferirse el acto acusado, en concreto asignó la competencia a un funcionario público diferente al Presidente de la República.

En esas condiciones, en el presente caso no se trata de establecer si la actora gozaba o no de fuero alguno que le garantizara la estabilidad en la Entidad, ya que por tratarse de una empleada de libre nombramiento y remoción podía ser desvinculada de su cargo atendiendo necesidades del servicio, sin embargo, la autoridad nominadora para ejercer la facultad discrecional era el Representante Legal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no el Presidente de la República.

Como no se evidencia causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **EL PROBLEMA JURÍDICO**

Se circunscribe a dilucidar si el Presidente de la República tenía la competencia para retirar tácitamente del servicio a la demandante, por desempeñar un cargo

de libre nombramiento y remoción con era el de Jefe de la Oficina de Control Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente fue producto de una desviación de poder y falta de motivación.

## **ACTOS ACUSADOS**

**Decreto No. 1669 de 13 de agosto de 2001**, suscrito por el Presidente de la República y el Director del Departamento Nacional de Planeación, por el cual nombró al señor Hugo Alexander Ríos Garay, en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (de Control Interno), Código 0125, Grado 20, de la Planta de Personal de la Entidad. (Fls. 7)

**Memorando No. 2001-521000731-3 de 21 de agosto de 2001**, suscrito por el Grupo de Talento Humano de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante el cual le comunicó a la demandante un nombramiento en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia (de Control Interno), Código 0125, Grado 20, de la Planta de Personal. (Fls. 7)

## **HECHOS PROBADOS**

### Vinculación Laboral de la Actora

Según da cuenta la Resolución No. 478 de 1° de agosto de 1995, el Superintendente de Servicio Públicos Domiciliarios nombró a la accionante en el cargo de Intendente 0138-19 de la planta global de la Entidad. (Fls. 3)

Por Resolución No. 671 de 13 de septiembre de 1995, el Superintendente de Servicio Públicos Domiciliarios encargó a la actora, en el cargo de Asesora, Código 1020, Grado 18. (Fls. 4)

Mediante Resolución No. 672 de 27 de septiembre de 1995, el Superintendente de Servicio Públicos Domiciliarios nombró en propiedad a la demandante en el cargo de Asesora, Código 1020, Grado 18.

De folios 5 a 6 obra la Resolución No. 001516 de 6 de junio de 1996, por la cual el Superintendente de Servicio Públicos Domiciliarios nombró a la señora Martínez

Gaitán en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia, Código 0125, Grado 20 de la Planta Global.

La Coordinadora del Área del Grupo de Talento Humano de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le comunicó a la demandante, que “Teniendo en cuenta el Decreto 1669 del 13 de agosto del presente año, que nombró al Doctor HUGO ALEXANDER RIOS GARAY, en el cargo del que Usted es titular, comedidamente me permito solicitar hacer entrega de las funciones y tareas asignadas a la funcionaria LUZ MARITZA COCA, Profesional Especializado 3010-19 y coordinar junto con el Área de Inventarios la entrega de los elementos a su nombre.” (Fls. 12)

#### De las Circulares

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, emitió la Circular No. 014 de 6 de diciembre de 2000, por la cual estableció el procedimiento para la designación y retiro de los Jefes de Control Interno o quienes hagan sus veces. (Fls. 5-6)

### **ANÁLISIS DE LA SALA**

#### **De la Nulidad del Memorando No. 2001-521000731-3 de 21 de agosto de 2001**

La demandante aduce que se debe declarar la nulidad del Memorando de 21 de agosto de 2001, por el cual se le comunicó un nombramiento en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Superintendencia (de Control Interno), Código 0125, Grado 20, de la Planta de Personal, el cual desempeño hasta la fecha. (Fls. 7)

La Sala en reiteradas ocasiones ha afirmado que el Oficio por medio del cual se comunica la decisión asumida por una determinada Autoridad Pública no tiene el carácter de acto administrativo.

Este Despacho, en sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 3020-04, actora Sara Rodríguez Ospina, se expresó así:

“Como bien se observa la comunicación de supresión del cargo se limitó a informarle a la actora que fue desvinculada del servicio a partir del 3 de abril de 2000 como consecuencia de la supresión del cargo de Jefe de Programas dispuesta por el Decreto 411 de 2000, oficio que no crea, extingue o modifica una situación jurídica.”

En esas condiciones, el citado Oficio no es enjuiciable, debido a que esta Jurisdicción está facultada para juzgar actos administrativos; y si en gracia de discusión pudiera anularse la comunicación, ello resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto al acto que determinó la insubsistencia tácita de la demandante, toda vez que continuaría vigente, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de mérito en relación con el Oficio impugnado.

### **De la Naturaleza Jurídica del Cargo de Jefe de Control Interno**

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, en la Administración Pública, existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

La Ley 443 de 1998 por la cual se expiden normas de carrera en su artículo 5º hace referencia a la clasificación de los empleos en los organismos y entidades regulados por la presente Ley, con las siguientes excepciones:

“1º.

2º. **Los empleos de libre nombramiento y remoción** que correspondan a los siguientes criterios:

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

### **En la Administración Central y Órganos de Control del Nivel Territorial:**

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Distrital; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; **Jefe de Control Interno**; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor e ~~Inspector de Tránsito y Transporte o el que haga sus veces~~<sup>1</sup>, y Personero Delegado de los municipios de categoría especial y categorías uno, dos y tres.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Expresiones tachadas declaradas INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-368-99 de 26 de mayo de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expresiones en cursiva declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante la misma Sentencia.

A su turno el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, prevé que el cargo de jefe de la Unidad u Oficina de Coordinación de Control Interno, será desempeñado por un funcionario de libre nombramiento y remoción.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-195 de 21 de abril de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, con relación a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, dijo:

“(…) Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del **sistema de carrera**, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. **Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política.** En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación. (…)

La Corte considera -de acuerdo con la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-023 de 1994- que siendo distintas las condiciones de los empleados de libre remoción a la de los empleados de carrera, es totalmente desproporcionado aplicar, en materia de desvinculación, ingreso, permanencia y promoción, las reglas de los primeros a la condición de los empleados de carrera. Ello porque la discrecionalidad es una atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios que ejercen una labor eminentemente política, o que requieren de colaboradores de su más absoluta confianza para el logro de sus fines. Como se manifestó en la Sentencia citada "no puede prosperar una hipótesis administrativista para regular una función eminentemente política". Pero tampoco puede darse el otro extremo: regular con criterio político una función que corresponde a la esencia del sistema de carrera. (…)"

En el sub-examine está probado que la actora, al momento de ser retirada del servicio, se encontraba nombrada como Jefe de la Oficina Asesora (Control Interno), Código 0125, Grado 20 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Fls. 5-6), y por Decreto No. 1669 de 13 de agosto de 2001, el Presidente de la República y el Director del Departamento Nacional de Planeación

---

<sup>2</sup> Apartes subrayados declarados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-506-99** de 14 de julio de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, '(…) en los términos y bajo los condicionamientos consignados en la parte motiva de esta sentencia'.

efectuó una nueva designación en el referido cargo, razón por la cual, la accionante fue declarada insubsistente tácitamente. (Fls. 7), decisión que en principio no contraría las disposiciones citadas como vulneradas, toda vez que su nombramiento se efectuó en un cargo de libre nombramiento y remoción y por tanto podía ser retirada del servicio en ejercicio de la facultad discrecional.

### **De la Competencia en la Expedición del Acto Acusado**

La Constitución Política, en el artículo 269, dispone que en las Entidades Públicas, las autoridades correspondientes están en la obligación de diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la Ley.

La Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las Entidades y Organismos del Estado, prevé:

**“ARTÍCULO 10. JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO.** Para la verificación y evaluación permanente del sistema de control interno, las entidades estatales designarán como asesor, coordinador, auditor Interno o cargo similar, a un funcionario público que **será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley.**

**ARTÍCULO 11. DESIGNACIÓN DEL JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO.** El asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces será un funcionario de libre nombramiento y remoción, **designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo,** según sea su competencia y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones propias de cada entidad.<sup>3</sup> (Se subraya y resalta)

El Decreto 1826 de 3 de agosto de 1994,<sup>4</sup> en el artículo 2° dispuso que el Jefe de la Oficina de Coordinación de Control Interno sea designado según lo dispuesto en los artículos 10 y 12 de la Ley 87 de 1993.

En sentencia C-506 de 14 de julio de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional, expresó:

“(…) El empleo de Jefe de la oficina asesora de control interno.

---

<sup>3</sup> Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1192-00 de 13 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>4</sup> Decreto 1826 de 3 de agosto de 1994, por el cual se reglamenta la Ley 87 de 1993.

Especial consideración merece este empleo, dada la importancia que al sistema de control interno da la Constitución de 1991, al caracterizarlo como principalísimo instrumento gerencial, instituido, junto con el control de segundo grado a cargo de las Contralorías, para asegurar el cabal cumplimiento de la misión de las distintas entidades del Estado.

En la visión del Constituyente de 1991, el eficaz y efectivo funcionamiento del control interno, también denominado de primer grado, se articula estrechamente con el que, en forma posterior y selectiva, ejercen las Contralorías en el ámbito de su competencia. De ahí que la eficacia de este último, como control de segundo grado que es, esté condicionada por el grado de eficacia con que se ejerza el control de primer grado al interior de las entidades del Estado por los componentes del Sistema de control interno.

Es del caso destacar que en el artículo 269 C.P., el Constituyente de 1991 fue enfático al disponer en términos categóricos, que al interior de todas las entidades públicas debe existir un control de primer grado, que es el interno.

Este control es principalmente axiológico y finalista, pues propende por asegurar que la gestión institucional de todos los órganos del Estado, se oriente hacia la realización de los fines que constituyen su objetivo y, que esta se realice con estricta sujeción a los principios constitucionales que guían el ejercicio de la función pública. (...)

El artículo 10 de la misma Ley 87 preceptúa que:

‘para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control Interno, las entidades estatales designarán como Asesor, Coordinador, Auditor Interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente ley’.

Este empleado, según lo establece el artículo 11 de la misma Ley 87, es designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo.

Es, pues, preponderante el rol que tanto la Constitución Política y la Ley asignan a la oficina asesora de control interno, dada la importancia sin precedentes que en la nueva visión del control que plasmó el Constituyente de 1991, juega el control interno para la modernización de la administración pública y el mejoramiento de la capacidad de gestión de sus instituciones, todo lo cual, connota un énfasis particular en el control estratégico de gestión, y un serio compromiso con el monitoreo de los resultados de la acción institucional, para el cabal cumplimiento de sus fines y objetivos, de acuerdo a los principios constitucionales rectores del ejercicio de la función pública.

En la hora presente, el efectivo ejercicio del control interno en las organizaciones, constituye instrumento irremplazable para la consecución de mayores niveles de eficiencia en todos los órganos y entidades del Estado Colombiano, toda vez que las herramientas gerenciales que lo componen, se orientan a monitorear de manera permanente la gestión pública y el desempeño, tanto individual como institucional.

Esta Corte no puede desconocer que en la realidad de las circunstancias actuales, los resultados de la función pública en la mayoría de las entidades del Estado, dista de haber alcanzado niveles de rendimiento satisfactorio y de expresar los principios que tuvo en mente el Constituyente como principios orientadores de su ejercicio.

Unos y otros, con seguridad se irán alcanzando a medida que se hagan avances significativos en la modernización y profesionalización del servicio, mediante la implementación de indicadores, métodos, estrategias, y sistemas de evaluación cualitativa y cuantitativa del desempeño y de los resultados de la gestión; así como de sistemas de seguimiento y de monitoreo permanente al desempeño de los servidores y de las instituciones.

En suma, los avances en la implementación de efectivos sistemas de control interno, serán los que permitan hacer realidad la cultura del mérito y de la excelencia en la función pública.

Inspirado en esa realidad, el Legislador, en la Ley 489 de 1998, busca profundizar este enfoque, para lo cual crea el **Sistema Nacional de Control Interno**, (art. 28) con el objeto de integrar en forma armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas, **para que, mediante la aplicación de instrumentos idóneos de gerencia, fortalezcan el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado.**

De acuerdo al artículo 29 ibídem, el Sistema Nacional de Control Interno, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, será dirigido por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y será apoyado y coordinado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de control interno de las entidades del orden nacional, el cual será presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Se comprende entonces la estrecha y permanente interacción que debe mantener el máximo directivo de un organismo o entidad del nivel central o descentralizado, en los ámbitos nacional y territorial, con el jefe de la oficina asesora de control interno, para que puedan asegurar el cumplimiento cabal de la misión de la institución, así como la efectiva vigencia de los principios constitucionales, en particular, los atinentes a la buena fé, igualdad, moralidad, celeridad, economía, eficacia, imparcialidad, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. (...)"

Luego la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1192 de 13 de septiembre de 2000, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, con las siguientes consideraciones:

“Dentro de este contexto, luego de citar los dispositivos de la Ley 87 de 1993 que regulan de manera específica lo atinente al ejercicio del control interno y, en particular, la norma que en esta oportunidad se demanda, la Corte, fundada en los objetivos trazados con la implementación de la oficina de control, como es el de asesorar al director de la entidad en la consecución de los fines administrativos propuestos, encontró lógico que el

cargo de jefe de control interno fuese de libre nombramiento y remoción y que, además, dado el alto grado de confianza que se reconoce a esa labor en el ámbito de las directrices fijadas por el nivel superior de la entidad, la designación estuviese a cargo del propio representante legal o máximo directivo del respectivo organismo. Entre otras razones, porque, como es sabido, quienes presiden las entidades estatales son a su vez funcionarios de confianza de la suprema autoridad administrativa del nivel nacional o del nivel territorial, quienes, bajo tal condición, son en realidad los llamados a fijar, a nivel macro y dentro de los fines y objetivos constitucionales, las respectivas políticas de administración estatal e institucional que corresponde gestionar a las oficinas de control interno. Así, para la Corte, la forma de elección de los jefes de control interno logra asegurar el cumplimiento coordinado y armónico de las funciones de gobierno encomendadas a las entidades administrativas, las cuales deben desarrollarse, como lo expuso este alto Tribunal, en concordancia con los principios constitucionales que gobiernan el ejercicio de la función pública.

No ignoró la Corporación que, bajo las actuales circunstancias, los niveles de eficacia de los órganos públicos en el cumplimiento de sus labores no alcanzan, en realidad, un nivel siquiera satisfactorio que permita suponer también la aplicación real de los aludidos principios que orientan la función administrativa. Sin embargo, consideró que tal inoperancia no es atribuible al método estatuido para designar al jefe de control interno sino, por el contrario, a la falta de modernización y profesionalización de los servicios de control y, al mismo tiempo, a la ausencia de criterios de seguridad que permitan monitorear el desempeño de los servidores estatales y de las instituciones propiamente dichas. A su entender, en la medida en que se implementen y se tecnifiquen los sistemas de control interno, se hará una realidad “la cultura del mérito y de la excelencia en la función pública.”

Posteriormente el Decreto 2145 de 4 de noviembre de 1999,<sup>5</sup> reglamentario de la Ley 489 de 1998, con relación al nombramiento del Jefe de Control Interno, en el artículo 20 dispuso:

“El nombramiento de los Jefes de Control Interno de las entidades y organismos públicos del Orden Nacional, se efectuará por parte de la autoridad competente conforme a la delegación prevista en las disposiciones vigentes.

En los casos en que se encuentren integrados los sectores administrativos, el nombramiento de los Jefes de Control Interno o de quienes hagan sus veces en las entidades adscritas y vinculadas, será efectuado por el Ministro o Director del Departamento Administrativo responsable de la orientación y coordinación de cada Sector Administrativo.

Sin embargo, el Presidente de la República reasumirá en cualquier momento, su facultad nominadora sobre los Jefes de Control Interno de la Rama Ejecutiva, en los casos que lo considere conveniente, de conformidad con el Decreto 1172 de 1999.”

---

<sup>5</sup> Decreto 2145 de 4 de noviembre de 1999, por el cual se dictan normas sobre el Sistema Nacional de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Administración Pública del Orden Nacional y Territorial.

El Decreto 1172 de 1999, expedido con fundamento en la autorización para delegación de funciones contenida en los artículos 211 de la Constitución y 13 de la Ley 489 de 1998, determinó:

“Artículo 1°. Nombramiento de los Jefes de Control Interno. El nombramiento de los Jefes de Control Interno de todas las entidades y organismos públicos del Orden Nacional, se efectuará por parte de la autoridad competente conforme a la delegación prevista en las disposiciones vigentes.

Sin embargo, el Presidente de la República reasumirá, en cualquier momento, su facultad nominadora en los casos que lo considere conveniente.”

Esta Corporación<sup>6</sup> precisó que los Decretos 2145 y 1172 de 1999, Reglamentarios de la Ley 489 de 1998 y esta norma no derogó expresamente la Ley 87 de 1993 (artículo 121) y la creación del Sistema Nacional de Control Interno (artículos 27 a 29), no implica necesariamente un desplazamiento de la facultad nominadora del Jefe de la Oficina de Control Interno en favor del Presidente de la República.

El artículo 29 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las Entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, establece:

“**Artículo 29.** Dirección y coordinación. El Sistema Nacional de Control Interno, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, será dirigido por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y será apoyado y coordinado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de control interno de las entidades del orden nacional, el cual será presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

**Parágrafo 1°.** Las normas del presente Capítulo serán aplicables, en lo pertinente, a las entidades autónomas y territoriales o sujetas a regímenes especiales en virtud de mandato constitucional.

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, mediante Auto de 13 de marzo de 2003, expediente 5242-02, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se decretó la suspensión provisional de la expresión “*La provisión de los cargos de Jefe de Control Interno o quien haga sus veces de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, se efectuará por el Presidente de la República, quien podrá solicitar al Departamento Administrativo de la Función Pública, el correspondiente concepto sobre idoneidad y conveniencia técnica para el efecto.*”, contenida en el artículo 8° del decreto reglamentario No. 2539 de 4 de diciembre de 2000, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2145 de 4 de noviembre de 1999”

**Parágrafo 2°.** Las unidades u oficinas que ejercen las funciones de control disciplinario interno de que trata el artículo 48 de la Ley 200 de 1995 no hacen parte del Sistema de Control Interno.”

El artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, modificó el artículo 20 del Decreto 2145 de 1999 con el siguiente contenido literal:

**“NOMBRAMIENTO DE LOS JEFES DE CONTROL INTERNO.** ~~La provisión de los cargos de Jefe de Control Interno o quien haga sus veces de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, se efectuará por el Presidente de la República,~~ quien podrá solicitar al Departamento Administrativo de la Función Pública, el correspondiente concepto sobre idoneidad y conveniencia técnica para el efecto.<sup>7</sup>

En las demás entidades del Estado, el Asesor, Coordinador, Auditor Interno, Jefe de Control Interno o quien haga sus veces, será designado conforme a las normas vigentes.

**PARAGRAFO.-** Las entidades y organismos a que se refiere el inciso 2°. De este artículo, podrán solicitar al Departamento Administrativo de la Función Pública concepto sobre idoneidad y conveniencia técnica para la respectiva provisión.”

La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de octubre de 2008, expediente 5242-02, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, declaró la nulidad de la expresión “La provisión de los cargos de Jefe de Control Interno o quien haga sus veces de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, se efectuará por el Presidente de la República” contenida en el artículo 8° del Decreto 2539 de 4 de diciembre de 2000, para lo cual hizo las siguientes precisiones:

“(…) La norma no le otorgó la potestad nominadora del Jefe de Control Interno al Presidente de la República, únicamente lo señaló como Director del Sistema Nacional y ello, como ya se indicó, en principio, no implica la derogatoria expresa del artículo 11 de la ley 87 de 1993.

Aduce la entidad demandada que el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, está facultado por la Constitución Política para nombrar y separar libremente a los Ministros del Despacho, a los Directores de Departamento Administrativo y a los Presidentes, Directores o Gerentes de los establecimientos públicos nacionales, así como a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley y que, “en todo caso, el gobierno tiene la facultad de nominar y remover libremente a sus agentes”, de acuerdo con lo previsto por el artículo 189-13 de la Constitución Política.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, mediante sentencia de 9 de octubre de 2008, expediente 5242-02, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, declaró la nulidad del aparte tachado.

<sup>8</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...]

Al respecto debe decir la Sala que la Constitución Política en el artículo citado no le otorga al Presidente de la República potestad nominadora respecto del Jefe de Control Interno por cuanto el Presidente no tiene atribuida tal facultad respecto de “los empleos nacionales cuya provisión corresponde a otros funcionarios o corporaciones” según la ley, amén de que el Jefe de Control Interno no es agente del Presidente, así deba acatar sus directrices en materia de control interno.

Según el capítulo sexto de la Ley 489 de 1998 el Sistema Nacional de Control Interno es integral en forma armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas se encuentra dirigido por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa, apoyado y coordinado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de control interno de las entidades del orden nacional, pero esta condición, per se, no le confiere al Presidente la calidad de nominador de los Jefes de Control Interno de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional.”

Conforme a la normatividad y la jurisprudencia que se analiza, el nombramiento del Jefe de Control Interno le corresponde al Representante Legal de la Entidad donde se vaya a proveer el empleo, razón por la cual, el Presidente de la República no tenía la facultad para nombrarlo y en consecuencia tampoco de retirarlo.

Además es necesario tener en cuenta que el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política consagra taxativamente los servidores que debe nombrar sin que se incluya al Jefe de Control Interno.

### **Caso Concreto**

Con al acervo probatorio arrimado al expediente, quedó demostrado que la demandante fue nombrada por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución No. 001516 de 6 de junio de 1996, en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno, Código 0125, Grado 20 (Fls. 5-6) y que el Presidente de la República por Decreto No. 1669 de 13 de agosto de 2001, la declaró insubsistente tácitamente, al efectuar un nombramiento en su reemplazo. (Fls. 7)

El Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001 (acto acusado), se expidió con fundamento en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2539 de 2000, norma última que fue declarada parcialmente nula por el

---

13. Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley.

Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de octubre de 2008, por considerar que no es competencia del Presidente efectuar el nombramiento del Jefe de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Lo anterior significa con lo anota el Agente Fiscal de la Procuraduría que el Representante Legal de cada Entidad Pública está facultado para nombrar o remover al Jefe de Control Interno del Nivel Nacional; en esas condiciones surge el interrogante si en el sub-examine el Presidente de la República podía válidamente efectuar el nombramiento del jefe de Control Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y como consecuencia desvincular a la accionante quien se encontraba nombrada en el mismo.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que para la fecha en que se profirió el acto de insubsistencia tácita (13 de agosto de 2001), el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, que sirvió de fundamento del mismo, se encontraba vigente, pues el Consejo de Estado lo suspendió el 13 de marzo de 2003 y posteriormente declaró parcialmente su nulidad con fundamento en sentencia de 9 de octubre de 2008, como quedó ampliamente estudiado.

Advierte la Sala que, al Juez Administrativo le asiste la facultad oficiosa de aplicar la excepción de ilegalidad, en relación con los actos administrativos que infrinjan la Ley, si bien es cierto esta excepción no tiene consagración constitucional, se encuentra fundada en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887<sup>9</sup> declarado exequible por la Corte Constitucional,<sup>10</sup> que en dicha oportunidad precisó: “de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo al orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio.”

---

En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes.”

<sup>9</sup> **Ley 153 de 1887**, por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y 57 de 1887, en su artículo 12, dispone: “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno ~~expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria~~, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ~~ni a la doctrina legal más probable~~.”

Éste artículo declarado EXEQUIBLE, salvo los apartes tachados declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 26 de enero de 2000, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, “(...) bajo el entendido que no vincula al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, en los términos de esta Sentencia.”

En esas condiciones, en el sub-judice se inaplicará el artículo 8° del Decreto 2539 de 2000, en consecuencia el acto acusado (Decreto 1669 de 13 de agosto de 2001) que declaró insubsistente tácitamente a la demandante deviene nulo por falta de competencia, por lo que se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda y se ordenará el reintegro de la accionante con las consecuencias económicas a que hubiere lugar.

Como quiere que prosperara el cargo de expedición irregular del acto por falta de competencia, la Sala estima que no es necesario estudiar los restantes correspondientes a la falta de motivación y desviación de poder.

Se negará la condena en costas a la Entidad accionada puesto que, conforme a lo previsto por el artículo 171 del C.C.A., su conducta procesal no observa temeridad o mala fe.<sup>11</sup>

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

## **FALLA**

**1°. REVÓCASE** la sentencia de 5 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda incoada por Gilma Susana Martínez Gaitán contra la Nación, Departamento Nacional de Planeación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

**En su lugar se dispone:**

**2°. INAPLÍCASE** el artículo 8° del Decreto 2539 de 4 de diciembre de 2000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

10 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 de 26 de enero de 2000, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto de 26 de junio de 2008, expediente 1725-07, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sobre el particular, indicó: “(...) es claro que el Juez, al momento de decidir si es procedente condenar en costas debe, necesariamente, analizar la conducta de la actora pues, sólo si concluye que ésta actuó de mala fe, en forma temeraria o dilatoria, puede imponer la condena mencionada.

La tesis del Consejo de Estado, ha sido avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-043 de 27 de enero de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra (...)

En el sub-examine, la Sala observa que no aparece probado que la conducta de la actora hubiera sido diferente a la de propender por un adecuado ejercicio de su derecho y de ninguna manera la decisión de desistir de la demanda implicó un abuso de su derecho de acceso a la Administración de Justicia; así las

**3º. DECRÉTASE** la nulidad del Decreto No. 1669 de 13 de agosto de 2001, mediante la cual el Presidente de la República declaró insubsistente tácitamente el nombramiento de la actora en el cargo de Jefe de Oficina Asesora de la Superintendencia (de Control Interno), Código 0125, Grado 20 de la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

**4º. ORDÉNASE** a la Nación, Departamento Nacional de Planeación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reintegrar a la actora al cargo de Jefe de Oficina Asesora de la Superintendencia (de Control Interno), Código 0125, Grado 20 de la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o a uno de igual o superior categoría junto con el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás prestaciones dejados de percibir desde cuando se produjo su retiro hasta cuando sea efectivamente reintegrada, con la aclaración, para todos los efectos legales y prestacionales, de que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio.

**5º.** De igual modo se ordena la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha en que fue desvinculada del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de la providencia.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**6º. DECLÁRASE** que para todos los efectos legales no constituye doble asignación recibida del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, lo percibido por la libelista desde la fecha de la insubsistencia hasta la del reintegro a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

**7º.** Se dará cumplimiento a la sentencia con arreglo a lo ordenado en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

**8º. NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, **PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.** DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDIAL**