

**INSUBSISTENCIA DE EMPLEADA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION POR LIQUIDADOR DE ENTIDAD PUBLICA – Competencia. Facultad nominadora / ACTOS DEL LIQUIDADOR DE ENTIDAD PUBLICA – Actos administrativos. Presunción de legalidad**

Por otra parte, el mismo Decreto 1790 de 2003 le asignó al liquidador la facultad de eliminar los cargos vacantes y suprimir aquellos que no fueran necesarios para adelantar el proceso de liquidación. Si bien el cargo ejercido por la actora no fue considerado dentro de los antes mencionados por cuanto en concepto del liquidador era necesario para efectos de asesoramiento jurídico y consulta, este subsistió durante el proceso de liquidación, sin que ello impidiera que en el liquidador en un momento dado, pudiera prescindir de sus servicios, en aras del buen servicio. De tal suerte que el Liquidador tenía atribuidas las mismas funciones que ejercía en su momento el Gerente de la entidad en liquidación, por lo que también poseía la titularidad de la facultad nominadora. Igualmente, es el artículo 10 del Decreto 1790 de 2003, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 254 de 2000 (régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional) el que establece que todos los actos del liquidador que por su naturaleza constituyan el ejercicio de sus funciones administrativas, son considerados actos administrativos y gozan de la presunción de legalidad que a ellos se atribuye. De tal suerte que el acto por medio del cual declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora, mantiene la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo, en la medida en que no se logró demostrar su ilegalidad.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1790 DE 2003

**ACTO DE NOMBRAMIENTO – Demanda frente a la posible ilegalidad. Liquidación de entidad pública. Prohibición de nombramiento de nuevos servidores públicos.**

Aduce la demandante que con ocasión de su insubsistencia y por haberse vinculado a la persona que fue nombrada en su reemplazo, se violó el artículo 17 del Decreto 1790 de 2003 que prohíbe vincular nuevos servidores públicos. Al respecto, dirá la Sala que este argumento no tiene fundamento jurídico en la medida en que lo que se está debatiendo es la legalidad del acto que declaró insubsistente a la actora, acto administrativo diferente al que realizó el nombramiento de su reemplazo con su correspondiente vinculación, el cual no fue demandado en el sub - júdece, circunstancia que imposibilita estudiar su legalidad.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1790 DE 2003 – ARTICULO 17

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04141-01(1725-08)**

**Actor: ROSALBA GARCES BETANCUR**

**Demandado: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES EN LIQUIDACION**

### **APELACIÓN SENTENCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación, interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida el diecisiete (17) de mayo de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### **ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución número 0095 del 27 de febrero de 2004, expedida por el Liquidador del Fondo Nacional de Caminos Vecinales – FNCV en Liquidación, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Jefe de la Oficina Asesora Código 1045 Grado 09, Oficina Jurídica de la Planta Global de Personal, a partir del 1º de marzo de 2004.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando cuando fue retirada del servicio, se le cancelen los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectiva su revinculación y se declare que no ha existido solución de continuidad.

Como hechos de la demanda, expone que fue nombrada en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Código 1045 Grado 09 de la planta global del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, funciones que desempeñó hasta el día 1º de marzo de 2004, fecha en la cual fue declarada insubsistente.

Mediante Decreto 1790 del 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales con base en las facultades que le otorga el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, el numeral 3 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con las pautas dadas por el Decreto Ley 254 de 2000. Como consecuencia de ello, se suprimió la entidad como órgano encargado del mantenimiento, mejoramiento, construcción y rehabilitación de la red vial terciaria nacional y se determinó que la representación legal de la entidad estaría en cabeza del liquidador.

Relata que el 27 de febrero de 2004 y sin que el cargo que ocupaba fuera suprimido, el Liquidador del Fondo Nacional de Caminos Vecinales – FNCV en Liquidación, mediante Resolución 0095 del 27 de febrero de 2004 declaró insubsistente su nombramiento, haciendo una nueva designación para proveerlo, sin tener competencia para ello.

## **LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Dijo el a quo que la actora se encontraba incorporada como funcionaria de libre nombramiento y remoción por cuanto su ingreso no fue el resultado de un proceso de selección o concurso de méritos que le confiriera estabilidad o fuero de inamovilidad, por lo que no podrían derivarse a su favor los derechos y prerrogativas de la carrera administrativa. Conforme a lo anterior, la situación de la demandante autorizaba al nominador para que ejerciera la facultad discrecional dentro de los términos de ley y por razones del buen servicio.

Respecto al vicio de falta de competencia del liquidador para expedir el acto demandado, equiparó el cargo de Liquidador de la entidad con el de Gerente General, por ser el representante legal de la entidad en liquidación, por lo tanto es

a él a quien le compete ejercer la facultad nominadora de nombrar o remover a los funcionarios del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Adujo que si bien en el artículo 17 del Decreto 1790 de 2003, se prevé la prohibición de vincular servidores públicos a la planta de personal de la entidad a partir de la entrada en vigencia del proceso de liquidación y hasta cuando se concluya, ello encuentra su razón de ser en el programa de supresión de cargos que debe adelantar el Gerente Liquidador, lo que hace inútil que se produzcan nuevas vinculaciones.

Manifestó que al ser el Gerente Liquidador de la entidad demandada el representante legal, podía ejercer la facultad de libre remoción respecto de la demandante, máxime cuando el desmejoramiento del servicio no fue puesto entredicho, de ahí que se infiere que el reemplazo cumplía con todos los requisitos de idoneidad para el desempeño del cargo.

## **EL RECURSO DE APELACION**

La demandante solicitó que se revoque la decisión del a – quo y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Dijo en primer lugar, que el juez de primera instancia equiparó el cargo de liquidador con el de gerente general contrariando expresamente lo establecido en el Decreto 1790 de 2003, además que parte de un supuesto errado en la medida en que el Gerente General poseía la facultad discrecional de nombrar y remover, a diferencia del Liquidador quien sólo puede hacer lo que establece la Ley 254 de 2000 y el decreto que ordenó la supresión y liquidación de la entidad. Pone de presente que si bien el Liquidador tiene la competencia para elaborar el programa de supresión de cargos para presentarlo a la junta liquidadora, ello no quiere decir que posea la facultad nominadora.

Sostuvo igualmente que la norma le prohibía al liquidador la vinculación de nuevos servidores públicos de conformidad a lo establecido en el artículo 17 del

Decreto 1790 de 2003 de lo que se deduce que no poseía por ende, la facultad de remover.

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, la Sala decidirá la presente controversia, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

El asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución 0095 del 27 de febrero de 2004 por medio del cual se declaró insubsistente a la actora del cargo de Jefe de la Oficina Asesora Código 1045 Grado 09 de la Oficina Jurídica de la Planta Global de Personal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, quien considera que está viciada de nulidad por haberse expedido con falta de competencia por parte del Liquidador de la entidad. Así las cosas y de acuerdo con los argumentos de la apelación la Sala debe establecer si el Gerente Liquidador era competente para expedir el acto acusado.

De las pruebas allegadas al expediente se puede establecer:

- Por Decreto 1650 de 1960 fue creado el Fondo Nacional de Caminos Vecinales como establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Posteriormente, por Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992 se ordenó la supresión de la entidad y por Decreto 2128 del 1º de diciembre de 1995 se ordenó la reorganización de la entidad (fl. 2)

- Mediante la Ley 573 de 2000 se revistió al Presidente de la República, en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, de facultades extraordinarias para entre otras, dictar el régimen de liquidación y disolución de las entidades públicas del orden nacional (numeral 7º del artículo 1º)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Declarada exequible mediante sentencias de la Corte Constitucional C-401-01, C-402-01 y C-409-01.

Con fundamento en la norma anterior, el Presidente de la República profirió el Decreto Ley 254 de 2000 “Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”

- Mediante Decreto 1790 del 26 de junio de 2003, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales y legales conferidas suprimió el Fondo Nacional de Caminos Vecinales ordenando su liquidación y por Decreto 1899 del 8 de julio de 2003 designó al liquidador de la misma, quien tomó posesión del cargo el 29 de julio de 2003.

- Por Decreto 3393 del 26 de noviembre de 2003 (fl. 20) se modificó la planta de personal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales FNCV en Liquidación y se ordenó la supresión de cargos de la planta de personal.

- Mediante Resolución 0361 del 2 de mayo de 2001 se nombró a la actora en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora, Código 1045 Grado 09 de la Oficina Jurídica de la Planta Global del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, del cual tomó posesión mediante Acta 144 del 2 de mayo de 2001 (fl. 6).

- El Liquidador del Fondo Nacional de Caminos Vecinales – FNCV en Liquidación, por Resolución 0095 del 27 de febrero de 2004, declaró insubsistente el nombramiento de la actora (fl. 7) decisión que le fue comunicada mediante oficio 280 – 0840 del 27 de febrero de 2004 (fl. 8).

- A folio 9 del expediente obra copia simple de la Resolución 0097 del 1º de marzo de 2004 por medio del cual el Liquidador del Fondo Nacional de Caminos Vecinales – FNCV en Liquidación nombró el reemplazo de la demandante quien se posesionó del cargo el 2 de marzo de 2004 (fl. 10).

De lo expuesto se observa que la demandante no fue inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, por cuanto no accedió al cargo por concurso o selección por méritos. Se trataba entonces de una empleada de libre nombramiento y remoción para todos los efectos legales, por lo que el nominador podía válidamente retirarla del servicio, mediante el ejercicio de la facultad discrecional, sin necesidad de motivar la providencia, ni adelantar procedimiento previo para la expedición del acto respectivo, esto es, no se encontraba amparada por ningún

fuero de estabilidad relativa en el cargo, bien por los derechos de carrera o por el nombramiento en periodo fijo, conforme lo manifestó el juez de primera instancia.

Ahora bien, la parte actora alega que el Liquidador de la entidad no tenía la competencia para expedir el acto de insubsistencia por el cual la retiró de la entidad. Al respecto, la Sala considera que el Gerente liquidador bien podía retirar a la actora del cargo, como efectivamente lo hizo, por las siguientes razones:

Como se anotó anteriormente, en uso de las facultades conferidas por la ley, el Presidente de la República ordenó la liquidación del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, entidad pública del orden nacional adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transporte (hoy Ministerio de Transporte), y en el cual se designó a un Liquidador quien debía reunir las mismas calidades exigidas para el Gerente y quien a su vez, además de ejercer las funciones que le son propias, estaría a cargo de la representación legal de la entidad en liquidación, de lo cual se infiere que tenía atribuidas las competencias que en su momento ejercía el Gerente General en vigencia de la entidad.

Por otra parte, el mismo Decreto 1790 de 2003 le asignó al liquidador la facultad de eliminar los cargos vacantes y suprimir aquellos que no fueran necesarios para adelantar el proceso de liquidación. Si bien el cargo ejercido por la actora no fue considerado dentro de los antes mencionados por cuanto en concepto del liquidador era necesario para efectos de asesoramiento jurídico y consulta, este subsistió durante el proceso de liquidación, sin que ello impidiera que en el liquidador en un momento dado, pudiera prescindir de sus servicios, en aras del buen servicio.

De tal suerte que el Liquidador tenía atribuidas las mismas funciones que ejercía en su momento el Gerente de la entidad en liquidación, por lo que también poseía la titularidad de la facultad nominadora.

Para sustentar lo anterior, obra dentro plenario, copia del oficio enviado por el Liquidador del Fondo Nacional de Caminos Vecinales – FNCV en Liquidación al Departamento Administrativo de la Función Pública (fls. 12 – 13) con el fin de de establecer si el nombramiento realizado al reemplazo de la actora gozaba de legalidad o por el contrario estaría objetado por lo dispuesto en el artículo 17 del

Decreto 1790 de 2003, que prohíbe la vinculación de nuevos servidores públicos a la planta de personal hasta que concluya su liquidación.

En respuesta a la consulta elevada por el Liquidador, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública le remitió copia del oficio EE9096 del 12 de noviembre de 2003 dirigido al Gerente Liquidador del INURBE en Liquidación, en el cual la Oficina Jurídica se había pronunciado sobre el particular, en los siguientes términos:

“( . . . )

Como puede observarse en atención a la norma que ordena la liquidación de la entidad dentro del programa de supresión de cargos se debió estudiar la necesidad o no de continuar con los cargos que se consulta, por ser necesarios para el proceso de liquidación.

Si estos cargos no fueron suprimidos porque se requieren para la culminación del proceso liquidatorio y quienes se encuentran desempeñándolos se retiran de la entidad, será viable proveerlos nuevamente, si no se ha desvirtuado su razón de ser dentro de la entidad en liquidación, provisión que puede ser, igualmente, mediante encargo o traslados.

No obstante, se anota que los encargos en empleos de libre nombramiento y remoción, vacantes definitivamente, sólo pueden ser hasta por un término de tres meses.

De conformidad con el artículo 25 del C.C.A. las respuestas a las consultas formuladas, no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

De lo anterior se concluye que la facultad del liquidador de remover a un funcionario durante el proceso de liquidación de la entidad, se considera procedente, en el entendido de que el Gerente Liquidador ejerció todas las funciones administrativas asignadas para la correcta liquidación de la entidad.

Igualmente, es el artículo 10 del Decreto 1790 de 2003, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 254 de 2000 (régimen de liquidación de las entidades públicas del orden nacional) el que establece que todos los actos del liquidador que por su naturaleza constituyan el ejercicio de sus funciones administrativas, son considerados actos administrativos y gozan de la presunción

de legalidad que a ellos se atribuye. De tal suerte que el acto por medio del cual declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora, mantiene la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo, en la medida en que no se logró demostrar su ilegalidad.

Ahora bien, de otro lado, se examinará la situación expuesta por la demandante respecto de la violación del artículo 17 del Decreto 1790 de 2003, que dispone:

“Prohibición de vincular nuevos servidores públicos. Prohíbese la vinculación de servidores públicos a la planta de personal de la entidad a partir de la vigencia de este Decreto y hasta que concluya su liquidación.”

Aduce la demandante que con ocasión de su insubsistencia y por haberse vinculado a la persona que fue nombrada en su reemplazo, se violó la disposición antes transcrita.

Al respecto, dirá la Sala que este argumento no tiene fundamento jurídico en la medida en que lo que se está debatiendo es la legalidad del acto que declaró insubsistente a la actora, acto administrativo diferente al que realizó el nombramiento de su reemplazo con su correspondiente vinculación, el cual no fue demandado en el sub - júdece, circunstancia que imposibilita estudiar su legalidad.

Si la demandante quería poner en discusión la supuesta ilegalidad en la vinculación de la persona que la reemplazó, debió demandar el acto de nombramiento, dentro de los términos que la ley contempla y alegar las violaciones a la norma.

Así las cosas, se concluye que en el asunto en estudio, el acto de remoción acusado fue simplemente el resultado del ejercicio de las facultades que el liquidador ostentaba, por lo que al no haberse logrado desvirtuar su legalidad, la Sala confirmará la sentencia del a - quo por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demandada.

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

## **F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora **ROSALBA GARCÉS BETANCUR**.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**