INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - Inexistencia de falta de competencia en Contraloría encargada

La Resolución No. 000063 del 19 de enero de 2001, por la cual el Contralor Departamental de Santander, delegó en el Contralor Auxiliar las precisas funciones que en el artículo 1º le señaló y que se concretaron en las de nominación, administración y remoción de los servidores públicos de esa Contraloría. Se encuentra la Resolución No. 000061 del 19 de enero de 2001, en la que además de comisionarse al Contralor Departamental para desplazarse a la ciudad de Bogotá, entre el 22 y el 23 de enero de 2001, se encarga de las funciones del Despacho al Contralor Auxiliar mientras dure la ausencia del titular. El 23 de enero de 2001, se expidió, por parte del Contralor Departamental de Santander encargado, la Resolución No. 000066 del 23 de enero de 2001 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor y dentro de ella no se invocó el acto de concesión de facultades por no ser necesario, pues al encontrarse encargado debía realizar las funciones inherentes al cargo, en ausencia del titular. En las anteriores condiciones, asiste razón al Tribunal al afirmar que son dos actos diferentes y que el acusado fue proferido no en virtud del acto de facultades sino en calidad de Contralor Departamental encargado, para el efecto, basta con examinar el acto acusado para comprobar que no se invocan las facultades contenidas en el acto de delegación. Por las razones anteriores no prospera el cargo de incompetencia.

INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIO EN PROVISIONALIDAD - Configuración de desviación de poder al no corresponder a reestructuración ni a mejoramiento de servicio / INSUBSISTENCIA - Abuso de potestad discrecional y desviación de poder / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD EN LA CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Configuración de desviación de poder al acreditarse la relación de causalidad con la inhabilidad del diputado hermano del actor por participar en la elección del Contralor Departamental / REINTEGRO - Procedencia

Para la Sala es revelador, por decir lo menos, el hecho de que a sólo una semana de haber sido elegido el nuevo Contralor y encontrándose fungiendo como tal uno en situación de encargo, con quien el actor hasta ese momento se desempeñó sin ninguna dificultad, ya se estuvieran realizando actos que atentaban contra el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, tales como el ser privado de las prerrogativas que en su condición se le habían otorgado, máxime cuando está probado que el hermano del actor, Diputado no votó por el nuevo Contralor como obra en la constancia. A lo anterior se agrega que a tan solo 18 días de su elección fue proferido el acto de insubsistencia y que en la contestación de la demanda, para efecto de señalar los motivos que tuvo la administración para retirar del servicio al actor, se señalan razones de reestructuración por virtud de la Ley 617 de 2000 y de mejoramiento del servicio. Las primeras no son ciertas, en cuanto no está comprobado en el expediente que se hubiera iniciado algún proceso en ese sentido, que indicara la necesidad de relevar del cargo al actor y en caso de que así fuera, lo procedente hubiera sido adelantar el proceso de reestructuración, el que daría lugar a la supresión del cargo del actor y no a su declaratoria de insubsistencia. Las segundas, razones de mejoramiento del servicio no están claras por cuanto como se vio en la relación de pruebas documentales y testimoniales, el actor a lo largo de sus 21 años de servicio en la Entidad, fue distinguido por el conocimiento de la materia con encargos para el desempeño de funciones superiores y así mismo varias veces autorizado para capacitaciones y para integrar comisiones dirigidas a la redacción del código fiscal del Departamento, asesorías a otras entidades, etc. Es claro, en consecuencia, el

nexo causal existente entre la elección del Contralor, si se tiene en cuenta que esta se realizó el 5 de enero de 2001, el 12 se le estaba solicitando la entrega de los teléfonos, el carro y el fax y el 23 del mismo mes y año, ya se estaba expidiendo el acto de insubsistencia. En las anteriores condiciones, es claro para la Sala que el Contralor Departamental autorizó o ratificó las actuaciones del Contralor encargado durante su ausencia, pues de otra manera se hubiera procedido a corregir tal situación, como en efecto se hizo con otra Asesora cuyo nombramiento fue declarado insubsistente y el mismo día derogado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., marzo cuatro (4) de dos mil diez (2010).

Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01292-01(1682-07)

Actor: VICENTE PARRA ANAYA

Demandado: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de abril 18 de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES

VICENTE PARRA ANAYA, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó del Tribunal Administrativo de Santander la nulidad de la Resolución No. 000066 del 23 de enero de 2001, expedida por el Contralor Auxiliar del Departamento de Santander, por la cual se le declaró insubsistente del cargo de Asesor, Código 105, grado 4 y la inaplicación de la Resolución No. 00063 del 19 de enero de 2001, expedida por el Contralor Departamental, mediante la cual delegó en el Contralor Auxiliar la facultad de nominación, administración y remoción de los servidores públicos de esa Contraloría.

Como consecuencia de lo anterior solicita el correspondiente restablecimiento del derecho.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

El 5 de enero de 2001, los Diputados de la Asamblea Departamental de Santander, fueron citados con el propósito de elegir Contralor para el período 2001 - 2003. Entre los ternados se encontraba Alberto Rivera Balaguera, quien, algunos Diputados, manifestaron y sustentaron que se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo. Entre esos Diputados se encontraba Darío Parra Anaya, hermano del actor del presente proceso.

En dicho debate resultó electo Alberto Rivera Balaguera, funcionario que luego de iniciar sus labores, exigió al actor, quien ejercía el cargo de Asesor 105-04, la renuncia a dicho cargo.

Por Resolución No. 00061 del 19 de enero de 2001, el Contralor elegido, encargó de sus funciones del Despacho al Contralor Auxiliar y el mismo día mediante la Resolución 00063 del 19 de enero de 2001, le delegó la función de nominación, administración y remoción de los servidores públicos de la Contraloría.

El 23 de enero de 2001, el Contralor Departamental encargado, mediante la resolución acusada, resolvió declarar insubsistencia el nombramiento del actor.

Expresa el actor que lo anterior, aunado a una serie de actos que el Contralor Departamental ejecutó en su contra, indican el ánimo en su contra, que finalmente llevó a su retiro del cargo, situación que tuvo origen en la posición de su hermano en relación con la inhabilidad que consideraba tenía Alberto Rivera Balaguera para el desempeño del cargo al que aspiraba.

El actor laboró en la Contraloría Departamental de manera continua e ininterrumpida, entre el 25 de abril de 1980 y el 22 de enero de 2001, desempeñándose en los cargos de Subjefe de Sección de Archivo, auditor de Rentas Departamentales, Jefe de División de Control Previo, Asesor del Despacho del Contralor, Jefe de Oficina, Jefe de Planeación1-5, Jefe de División 1-5, Director 1-5, Jefe de Oficina 2-9, Jefe de Presupuesto y Contratos, Jefe de

División, Jefe de Unidad Administrativa y Financiera y finalmente desempeñó el cargo de Asesor 105-4.

El actor era un funcionario de amplia e intachable trayectoria, desechado por el nuevo Contralor con tan sólo diez días de gestión, lo que indica que no fue el buen servicio lo que motivó su desvinculación de la administración.

El uso de la facultad discrecional, en el caso del actor, no fue adecuado a los fines de la norma, ni proporcional a los hechos que le servían de causa, es decir tuvo un móvil diferente al buen servicio público que debe orientar a la administración cuando se actuación se da en ejercicio de esa facultad.

Normas violadas y concepto de la violación.-

- C.P., artículos 2, 4, 6, 13, 25, 90, 121, 122 y 123.
- C.C.A. artículo 36 y 84
- Decreto 2400 de 1968, artículo 26.
- Ley 489 de 1998, artículo 9o

Luego de reiterar que la facultad discrecional tiene sus límites, los cuales fueron desconocidos con el acto acusado, expresa que éste fue proferido con desviación de poder y por funcionario incompetente.

En relación con la desviación de poder afirma que el Contralor Departamental al expedir el acto demandado, tuvo un fin diferente, ajeno al interés general y al buen servicio que debió orientarlo, que se originó en la manifestación de la posible causal de inhabilidad que afectaba al Contralor elegido, hecha por el hermano del actor, quien como Diputado de la Asamblea Departamental debía participar en su elección.

Es decir, existe un vínculo entre la posición del Diputado Darío Parra Anaya y el acto de declaratoria de insubsistencia del actor, lo cual se deduce igualmente de las actitudes asumidas por el nuevo Contralor en relación con el actor, pues de inmediato ordenó quitarle el celular, el vehículo que había sido puesto a su disposición, el fax, a lo que se agrega que fue objeto de aislamiento inmediato por parte de sus superiores.

En lo que tiene que ver con la falta de competencia, expresa que existen funciones, al tenor del artículo 11 de la Ley 489 de 1998, que por su naturaleza o mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego del examen del acervo probatorio, expresa que la potestad discrecional del Contralor Departamental para nombrar y remover un empleado sometido al régimen de libre nombramiento y remoción, se erige básicamente en virtud de la confianza solidaridad, entendimiento, seguridad, cordialidad, etc., que debe existir entre los dos funcionarios, pues siendo este último por regla general, el dispuesto a ocupar cargos directivos de extrema cercanía al nominador, es lógico que el jefe considere la existencia de dichos sentimientos. Es una prerrogativa intrínseca a la potestad discrecional.

En la forma como se desataron los hechos, el actor no era precisamente la persona de mayor confianza y cercanía al Contralor, sin embargo, ello no confirma la decisión de que la remoción era parte de un ardida para ajusticiar los cuestionamientos jurídicos realizados en su contra por el diputado hermano del demandante durante el proceso de elección del Contralor, máxime que no fue el único desvinculado de la institución.

Concluye expresando, en este aspecto, que correspondía al demandante probar que su salida de la Contraloría Departamental de Santander, incidió en forma negativa en el cumplimiento de la misión de la entidad.

En cuanto a la falta de competencia para la expedición del acto acusado, expresa que el 19 de enero de 2001, el Contralor del Departamento de Santander, expidió dos resoluciones: La primera, No. 000061 que en su parte resolutiva decidía respecto de una comisión para el traslado a la ciudad de Bogotá a ejercer funciones propias de su cargo los días 22 y 23 de enero y el encargo de las funciones de su Despacho al Contralor Auxiliar señor Miguel Ángel Pinto Hernández y la segunda, la No. 000063, por medio de la cual delegó ciertas funciones en el Contralor Auxiliar.

El acto administrativo acusado, fue expedido por el Contralor Auxiliar, en calidad de Contralor Departamental encargado, mas no en calidad de Delegatario.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante (fl. 431), interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia por lo siguiente:

Con la expedición del acto acusado, se incurrió en un abuso de la potestad discrecional, en cuanto si bien al expediente no se allegó la hoja de vida de quien reemplazó al actor, lo cierto es que durante su vinculación en la Entidad demandada y debido a su excelente desempeño, ocupó altos cargos, entre ellos el de Contralor Departamental encargado y Contralor Auxiliar, de lo que se desprende que la ausencia de un funcionario de sus calidades, causa un detrimento en la administración, en el entendido de que se le priva de sus capacidades, que según las pruebas aportadas, era lo que lo caracterizaba y hacía único en la entidad.

Se incurrió igualmente, por parte de la administración, en desviación de poder, por cuanto no fueron motivos del buen servicio público los que llevaron al retiro demandado, sino la falta de respaldo por parte del hermano del actor, en su calidad de Diputado, a la candidatura de quien resultara elegido Contralor Departamental, afirmación respaldada por los testimonios recibidos dentro del proceso.

Por último reitera el cargo de falta de competencia, por cuanto el acto acusado fue expedido en ejercicio de las funciones que le fueran delegadas y no como Contralor Encargado, lo que trae como consecuencia la ilegalidad del acto demandado.

Para resolver, se

CONSIDERA

VICENTE PARRA ANAYA ingresó al servicio de la Contraloría de Santander, desde el 25 de abril de 1980 hasta el 22 de enero de 2001, desempeñándose en el cargo de asesor 105-04.

Durante el tiempo de su vinculación, se desempeñó como Subjefe de Sección Archivo, Auditor de Rentas Departamentales, Jefe de División Control Previo, Asesor del Despacho del Contralor, Jefe de Oficina de Planeación, Jefe de Planeación, Jefe de División, Director, Jefe de Oficina, Jefe de Presupuesto y Contratos, Jefe de División, Jefe de Unidad Administrativa, Jefe de Unidad Administrativa y Financiera y Asesor Código 105-14.

Encontrándose ocupando el último de los cargos reseñados, fue declarado insubsistente por medio de la Resolución acusada, proferida por el Contralor Departamental encargado, el 23 de enero de 2001.

Como cargos contra el acto acusado se exponen tres: desviación de poder, abuso de la potestad discrecional y falta de competencia, a cuyo estudio se procede.

1. **Falta de competencia**

Considera el actor, que el acto acusado, no podía ser proferido por el Contralor Encargado, en uso de la delegación de funciones que le fuera hecha por el titular y en consecuencia se configura esta causal de nulidad.

Sobre el particular, se tiene lo siguiente:

Como lo señaló el Tribunal en la sentencia de primera instancia, en el expediente existen dos actos administrativos relevantes para la decisión del presente cargo.

A folio 4, obra la Resolución No. 000063 del 19 de enero de 2001, por la cual el Contralor Departamental de Santander, delegó en el Contralor Auxiliar las precisas funciones que en el artículo 1º le señaló y que se concretaron en las de nominación, administración y remoción de los servidores públicos de esa Contraloría.

A folio 6, se encuentra la Resolución No. 000061 del 19 de enero de 2001, en la que además de comisionarse al Contralor Departamental para desplazarse a la ciudad de Bogotá, entre el 22 y el 23 de enero de 2001, se encarga de las funciones del Despacho al Contralor Auxiliar mientras dure la ausencia del titular.

El 23 de enero de 2001, se expidió, por parte del Contralor Departamental de Santander encargado, la Resolución No. 000066 del 23 de enero de 2001 por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor y dentro de ella no se invocó el acto de concesión de facultades por no ser necesario, pues al encontrarse encargado debía realizar las funciones inherentes al cargo, en ausencia del titular.

En las anteriores condiciones, asiste razón al Tribunal al afirmar que son dos actos diferentes y que el acusado fue proferido no en virtud del acto de facultades sino en calidad de Contralor Departamental encargado, para el efecto, basta con examinar el acto acusado para comprobar que no se invocan las facultades contenidas en el acto de delegación.

Por las razones anteriores no prospera el cargo de incompetencia.

2. **Abuso de la potestad discrecional y desviación de poder**

Sustenta este cargo afirmando que el acto por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, no fue adecuado a los fines de la Ley ni proporcional a los hechos que le sirvieron de causa. Dicho acto desborda cualquier límite de razonabilidad en el ejercicio de la facultad discrecional, atendiendo a la hoja de vida del actor quien llevaba más de 20 años en la entidad y tenía una importante preparación académica.

Se afirma en la demanda, igualmente, que el nominador con la expedición del acto de insubsistencia no persiguió razones del buen servicio público, sino que lo hizo movido por sentimientos diferentes, al ser el hermano del actor uno de los diputados que se opuso a la elección del nuevo Contralor por considerarlo inhabilitado para el ejercicio del cargo.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

De conformidad con la Constitución Política, el trabajo es un derecho y en consecuencia el Estado debe brindar especial protección al derecho al trabajo en todas sus modalidades, haciendo énfasis en el ejercicio del mismo, en condiciones dignas y justas. La misma Carta, en el artículo 53, ordenó al legislador que al

expedir el estatuto del trabajo tuviera en cuenta entre sus principios mínimos fundamentales “la estabilidad”.

En concordancia con lo anterior y en orden a realizar estos valores la Carta Política, dispuso que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y tratándose de decisiones discrecionales, la Ley determina que éstas deben ser adecuadas a los fines de al normas que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Así, y aunque las normas que regulan la administración de personal, permiten que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, como es el caso del actor, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin necesidad de motivar la providencia, tal prerrogativa no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control y su ejercicio tiene trazados precisos límites, unos de orden Constitucional y otros de rango legal, como los ya citados.

A tales principios y límites debe ceñirse la administración en sus actuaciones y todo acto que se expida por fuera de ellos estará afectado de nulidad.

En consecuencia, procederá la Sala al estudio del material probatorio incorporado al proceso, con el fin de establecer si en la expedición del acto acusado se incurrió en la desviación de poder alegada o si por el contrario, como lo afirma la Entidad se pretendió el mejoramiento del servicio y obedeció al nuevo marco de acción trazado en la Ley 617 que obligaba a la reestructuración.

A folio 66 del expediente, obra el Acta No. 002 correspondiente a la sesión del 5 de enero de 2001 adelantada por la Asamblea Departamental de Santander, en la cual, como punto 4º se trató la elección del Contralor Departamental de Santander. En dicho documento consta, a folio 88, que fue electo como Contralor General del Departamento el doctor ALBERTO RIVERA BALAGUERA.
Ante dicha elección, por considerar algunos de los diputados que éste se encontraba inhabilitado para el ejercicio del cargo, dejaron la constancia de haber votado por otro de los candidatos. Textualmente expresa la constancia:

> Para efectos jurídicos pertinentes, los suscritos Diputados de la Asamblea Departamental de Santander, dejamos expresa constancia de nuestro **VOTO PARA CONTRALOR**

> **GENERAL DEL DEPARTAMENTO**, por el Doctor **ISNARDO JAIMES JAIMES,** quien reúne las calidades profesionales, morales y jurídicas para cumplir con la misión fiscalizadora de los actos del Gobierno Departamental. Bucaramanga, enero 5 de 2001.

Entre quienes firman la anterior constancia se encuentra el Diputado DARÍO PARRA ANAYA, hermano de VICENTE PARRA ANAYA, actor en el presente proceso.

Aunque no existe constancia expresa de la fecha en que se posesionó el Contralor Elegido, a partir de ese momento, en relación con el actor, se sucedieron los siguientes hechos:

A folio 19, la Secretaria General de la Contraloría de Santander, a solicitud del Contralor encargado, le solicitó a VICENTE PARRA ANAYA, poner a disposición del Despacho del Contralor, los aparatos celulares que le habían sido asignados para su servicio personal y el de su conductor, así como el vehículo con las respectivas llaves, a partir del 12 de enero de 2001, fecha de la comunicación.

Como obra a folio 17 del expediente, el actor puso a disposición del Contralor General (e) los celulares y el vehículo que le fueron asignados. Así mismo, el 15 de enero de 2001, el señor PARRA ANAYA entregó el fax que igualmente se le había entregado para el cumplimiento de sus funciones.

El 23 de enero de 2001, fue declarado insubsistente por medio de la Resolución No. 000066, del cargo de Asesor código 105 grado 4, a partir de la fecha de dicho acto.

Consta en el expediente que para la fecha en que fue declarado insubsistente, luego de 20 años de servicio (25 de abril de 1980 a 22 de enero de 2001), el actor había desempeñado los siguientes cargos:

- Subjefe de Sección de Archivo
- Auditor de Rentas Departamentales
- Jefe de División Control Previo
- Asesor del Despacho del Contralor

- Jefe de Oficina de Planeación
- Jefe de Planeación I-5
- Jefe de División I-5
- Director I-5
- Jefe de Oficina 2-9
- Jefe de Presupuesto y Contratos
- Jefe de División
- Jefe de Unidad Administrativa
- Jefe de Unidad Administrativa y Financiera
- Asesor código 105 grado 4.

A folios 352 y siguientes obran las declaraciones de trabajadores de la Contraloría que dan cuenta del desempeño del actor y en relación con sus calidades profesionales, expresan:

- **Luis Guillermo Márquez Silva**: Profesional Universitario de la Contraloría, al ser interrogado sobre las calidades profesionales del actor, señaló:

> En muchísimas ocasiones ya sean ordenadas por el Contralor Departamental o por solicitud de los mismos compañeros como era el funcionario que más tenía conocimiento del control fiscal en mi caso acudía con frecuencia para que me asesorara en las áreas del Control fiscal, no recuerdo cuántas pero fueron muchísimas y a él le debo los conocimientos que tengo actualmente sobre el control fiscal.

- **Hernando Rodríguez Vargas**: Empleado de la Contraloría Departamental de Santander, sobre el mismo tema expresó:

> En lo referente a capacitaciones y especialmente en lo del manejo del presupuestal el Doctor Vicente Parra era considerado no si como decirlo si el número uno ó la Biblia o el sabelotodo, el número uno, porque constantemente o a menudo cuando se necesitaba hacía inducciones a los Alcaldes Municipales, Personeros a nosotros los mismos funcionarios y a personal que lo requiriera siempre y cuando la Contraloría lo autorizara en cuestiones de asesorías también era requerido por las diferentes entidades y personas con una capacidad y eficiencia en el desempeño de este trabajo, por cuanto conoce mucho del tema. … Él efectuaba estas capacitaciones en la cámara de Comercio,

> en la sede de la Contraloría y en un auditorio que se adecuó en la sede de la contraloría, utilizando proyectores, talleres, entre otros.

- **Gregorio Bautista Quijano**: (Excontralor de Bucaramanga).

> En cuanto a las calidades del Doctor Vicente Parra Anaya las considero como excelentes, sobresalientes en el desempeño de sus funciones, es una persona que por su conocimiento integral acerca de las funciones de la Contraloría departamental, por su experiencia de más de quince años lo considero y así fue considerado no solo por mí mismo sino por los demás compañeros de la entidad como el mejor funcionario y es así que para el año dos mil si no estoy mal se le reconoció y fue condecorado ya que no solamente el Doctor Vicente Parra se limitaba a desempeñar sus funciones si no que igualmente era consultor, capacitador de cualquier funcionario de la entidad que lo requería, era una persona que conocía todo el manejo de la Contraloría Departamental y lo colocaba al servicio de la entidad. Persona honesta, pulcra, colaboradora, es decir, como conclusión un funcionario excelente. Sobresaliente.

De la veracidad de las anteriores afirmaciones dan cuenta los oficios que obran a folios 24 y 25 del expediente. En el primero, la Asesora General del Contralor invita al actor a participar como conferencista en el Seminario de Control Fiscal dirigido a los auditores municipales y en el segundo la Jefe de la División de Presupuesto, solicita autorización para que el actor, actualice y capacite en materia presupuestal a los empleados de esa dependencia.

El actor, igualmente, fue varias veces comisionado por la Contraloría con el fin de que prestara asesorías en materia presupuestal en otras entidades, entre ellas en la Fiscalía Doce Seccional del Socorro, según consta a folio 58, en Resolución No. 000117 del 3 de febrero de 1994, a folio 61 en Resolución No. 002758 del 19 de octubre de 1990, a folio 62 en Resolución No. 002231 del 5 de septiembre de 1991, a folio 63 en Resolución No. 001426 de mayo de 1991.

A folio 65, consta que en el año de 1996, intervino en la redacción del Nuevo Código Fiscal de Santander, de conformidad con la Ordenanza 015 de mayo 16 de dicho año.

Relacionado así el material probatorio obrante en el proceso, es claro que con el retiro del actor no se pretendió el mejoramiento del servicio ni fue producto de ningún proceso de reestructuración como lo afirma la Entidad demandada.

En efecto, para la Sala es revelador, por decir lo menos, el hecho de que a sólo una semana de haber sido elegido el nuevo Contralor y encontrándose fungiendo como tal uno en situación de encargo, con quien el actor hasta ese momento se desempeñó sin ninguna dificultad, ya se estuvieran realizando actos que atentaban contra el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, tales como el ser privado de las prerrogativas que en su condición se le habían otorgado, máxime cuando está probado que el hermano del actor, Diputado DARÍO PARRA ANAYA, no votó por el nuevo Contralor como obra en la constancia ya transcrita.

A lo anterior se agrega que a tan solo 18 días de su elección fue proferido el acto de insubsistencia y que en la contestación de la demanda, para efecto de señalar los motivos que tuvo la administración para retirar del servicio al actor, se señalan razones de reestructuración por virtud de la Ley 617 de 2000 y de mejoramiento del servicio.

Las primeras no son ciertas, en cuanto no está comprobado en el expediente que se hubiera iniciado algún proceso en ese sentido, que indicara la necesidad de relevar del cargo al actor y en caso de que así fuera, lo procedente hubiera sido adelantar el proceso de reestructuración, el que daría lugar a la supresión del cargo del actor y no a su declaratoria de insubsistencia.

Las segundas, razones de mejoramiento del servicio no están claras por cuanto como se vio en la relación de pruebas documentales y testimoniales, el actor a lo largo de sus 21 años de servicio en la Entidad, fue distinguido por el conocimiento de la materia con encargos para el desempeño de funciones superiores y así mismo varias veces autorizado para capacitaciones y para integrar comisiones dirigidas a la redacción del código fiscal del Departamento, asesorías a otras entidades, etc.

Llama la atención de la Sala en este punto, el hecho de que en el mes de abril de 2001, como obra a folio 367 del expediente, se haya celebrado el contrato de prestación de servicios 008 del 17 de abril de 2001, entre la Contraloría Departamental de Santander y Gerardo Alberto Camacho Miranda, cuyo objeto

era la prestación de servicios de asesoría en administración pública, por un valor de $34’000.000.oo y un término de 8 meses.

Entre las obligaciones del contratista, se acordaron:

> ASESORAR AL CONTRALOR GENERAL DE SANTANDER EN LOS ASUNTOS DE ADMINISTRACION PUBLICA QUE ESTE PONGA A SU CONSIDERACIÓN.

Lo anterior, a pesar de que entre las funciones de Asesor, que cumplía el actor, se contemplan las siguientes:

- Prestar al contralor y al nivel directivo en general la asesoría técnica y administrativa en las materias por él requeridas para la solución de los problemas y la implementación de políticas administrativas y de control fiscal.
- Asistir y aconsejar al Contralor y al nivel directivo en general en los programas y proyectos que presenten las dependencias.
- Atender consultas y emitir conceptos técnicos relacionados con su formación académica sobre aspectos generales y específicos que le formulen las dependencias de la Contraloría
- Prestar asesoría en las materias de competencia de la Contraloría Auxiliar, Secretaría General Oficinas Asesoras para la elaboración de informes, rendición de cuentas, diagnósticos, proyectos y estudios en general relacionados con las funciones de la entidad.
- Prestar asesoría al nivel directivo en la elaboración de la planeación anual de la entidad, presentando los proyectos que le sean requeridos.
- Informar y asesorar al Contralor de la marcha administrativa y operativa de cada una de las dependencias y recomendar las medidas pertinentes.
- Responder Civil, Penal, Administrativa, Disciplinaria y Fiscalmente por os documentos que se produzcan para la firma del Contralor.
- Realizar las demás que le asigne el superior inmediato relacionadas con el cargo que desempeña.

Además de las anteriores, comunes a todos los asesores, el actor tenía las siguientes específicas:

- Coordinar el diseño, organización y control de las actividades propias de los Asesores.
- Proponer mecanismos, pautas e instrumentos que permitan el adecuado desarrollo de la gestión de los asesores.
- Elaborar e implementar cuadros, informes estadísticos y datos concernientes al área de desempeño, presentar los resultados y proponer los mecanismos orientados a la adecuación de los planes, programas y políticas institucionales.
- Responder Civil, Penal, Disciplinaria, Administrativa y Fiscalmente por los documentos que se produzcan para la firma del Señor Contralor.
- Realizar las demás funciones que le asigne el superior inmediato.

Lo anterior quiere decir que para el desempeño de las funciones que fueron contratadas, existían en la planta de la entidad, según obra a folio 20 del expediente cuatro cargos, de un lado y de otro, el del actor a quien le fueron asignadas unas funciones específicas en las que debía coordinar, organizar y controlar a los demás Asesores.

Lo anterior muestra el grado de idoneidad del actor y la necesidad, luego de su retiro de contratar personal ajeno a la Entidad, para el desempeño de funciones que estaban asignadas en el manual de la Contraloría.

Para la Sala, la prueba anterior constituye por lo menos un indicio de que con el retiro del actor no se logró el mejoramiento del servicio y que no era este el fin buscado por el nominador.

Es claro, en consecuencia, el nexo causal existente entre la elección del Contralor, si se tiene en cuenta que esta se realizó el 5 de enero de 2001, el 12 se le estaba solicitando la entrega de los teléfonos, el carro y el fax y el 23 del mismo mes y año, ya se estaba expidiendo el acto de insubsistencia.

No se entiende cómo a tan sólo siete días de la elección, el actor ya no era el empleado eficiente, necesario para la buena marcha de la Contraloría en atención a los conocimientos que sobre control fiscal poseía, sino que pasó a ser un funcionario con una mala actitud gerencial, a tener un cargo más artificial que real y a desarrollar unas funciones que se cruzaban con las del contralor auxiliar o

Secretario General, afirmaciones todas contenidas en la contestación de la demanda de la Entidad, sin ningún sustento probatorio.

Llama la atención de la Sala la forma desobligante y con ausencia de la más elemental cortesía que deben observar los servidores públicos, en que el apoderado de la Entidad se refiere al actor, cuando afirma:

> … y además no siempre quien llego (sic) como el mejor barrendero a la empresa y asciende en la misma hasta llegar a ser gerente, será el mejor gerente, pudiendo sí ser el peor, por lo tanto lo mínimo que debía intentar la contraloría departamental para mejorar su gestión, era cambiar algunos funcionarios de libre nombramiento y remoción de alto nivel, que permitiera reorientar la función fiscalizada y sacar a la contraloría departamental de su deplorable gestión administrativa y de resultados que en general permitieran el mejoramiento del servicio.

Extraña la Sala las pruebas de todo lo afirmado por la Entidad, es decir, no se allegaron las pruebas que denotaran la mala actitud gerencial del actor, el estudio que demostrara que el cargo no era necesario y que sus funciones se cruzaban con las de otros funcionarios y los resultados deplorables de la gestión desarrollada por el actor en materia presupuestal, financiera y contable.

Nótese la contradicción, el cargo pasa de ser un cargo más aparente que real y sin embargo el actor resulta siendo el responsable de toda la gestión en la Entidad demandada.

Con el material probatorio recaudado, que aunque no es abundante sí es suficiente para demostrar la desviación de poder en que se incurrió con el retiro del actor, la Sala llega a la conclusión de que al encontrarse viciada la Resolución No. 000066 del 23 de enero de 2001, deberá ser anulada para en su lugar ordenar el reintegro del actor.

No desconoce la Sala que todos los actos fueron ejecutados por el Contralor encargado, sin embargo, éste se encontraba encargado del Despacho desde antes de la elección, pero sólo a raíz de la designación del Dr. Alberto Rivera Balaguera, empezó a ejecutar los actos de que da cuenta el proceso.

Se observa igualmente el grado de confianza del Contralor elegido con quien venía ejerciendo las funciones en calidad de encargado, como se observa en las Resoluciones 000063 del 19 de enero de 2001 por la cual le fueron delegadas las facultades de nominación, administración y remoción de los servidores públicos de la Contraloría y la No. 000061 atrás citada, por la cual lo encargó de las funciones del Despacho del Contralor mientras durara la ausencia de su titular.

En las anteriores condiciones, es claro para la Sala que el Contralor Departamental autorizó o ratificó las actuaciones del Contralor encargado durante su ausencia, pues de otra manera se hubiera procedido a corregir tal situación, como en efecto se hizo con otra Asesora cuyo nombramiento fue declarado insubsistente y el mismo día derogado.

En consecuencia, se revocará el fallo apelado y en su lugar se declarará la nulidad de la resolución demandada y se dispondrá el correspondiente restablecimiento del derecho, en los términos que se indicarán en la parte resolutiva de esta providencia.

Se ordenará que las sumas que resulten a favor de VICENTE PARRA ANAYA se ajusten en su valor como lo tiene definido la jurisprudencia de la Corporación, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A. y de acuerdo con la fórmula que se indicará en la parte resolutiva de esta providencia. Igualmente se dispondrá que no hay lugar a descuento de suma alguna por concepto de lo que hubiera podido percibir la actora con ocasión de otra vinculación laboral durante el tiempo de retiro del servicio como consecuencia del acto aquí impugnado.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia de 18 de abril de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del proceso promovido por VICENTE PARRA ANAYA. En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 000063 del 23 de enero de 2001 expedida por el Contralor Auxiliar del Departamento, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Asesor 105-4

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condénase al Departamento de Santander - Contraloría Departamental de Santander a reintegrar a VICENTE PARRA ANAYA al cargo del cual fue retirado mediante el acto acusado, o a uno de igual o superior categoría, y a pagarle los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.

El pago de los salarios y demás prestaciones que resulten a favor del actor se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir VICENTE PARRA ANAYA desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para 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.

Declárase para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de VICENTE PARRA ANAYA.

No hay lugar a realizar descuento de suma alguna por concepto de lo que hubiere recibido el actor con ocasión de otra vinculación laboral durante el tiempo de retiro del servicio como consecuencia del acto aquí impugnado.

Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen. **CUMPLASE**.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN **LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

ALFONSO VARGAS RINCÓN